

Revista Brasileira  
de Direito Animal



Programa em  
Pós-graduação em  
Direito da UFBA



ISSN: 1809-9092 | **QUALIS DE DIREITO - ESTRATO: B3**

**PERIODICIDADE:** SEMESTRAL

**LINHA EDITORIAL:** ASPECTOS JURÍDICOS DA BIOÉTICA E DOS DIREITOS DOS ANIMAIS

**EDITOR RESPONSÁVEL:** Heron José de Santana Gordilho (UFBA)

**COORDENAÇÃO:** Heron José de Santana Gordilho, Luciano Rocha Santana e Tagore Trajano de Almeida Silva

**CONSELHO INTERNACIONAL:** Bonita Meyersfed (África do Sul), David Favre (EUA), Francesca Bernabei Mariani (Bélgica), Gisela Vico Pesch (Costa Rica), Gustavo Larios Velasco (México), Helena Striwing (Suécia), Jean-Pierre Marguénaud (França), Jesus Mosterín (Espanha), Magda Oranich Solagrán (Espanha), Norma Alvares (Índia), Song Wei (Rep. Popular da China), Tom Regan (EUA), Carmen Velayos Castelo (Espanha), David Cassuto (EUA), Kathy Hessler (EUA), Pamela Frasch (EUA), Steven Wise (EUA).

**CONSELHO EDITORIAL:** Sônia T. Felipe (UFSC), Edna Cardozo Dias (FUMEC), Mônica Aguiar (UFBA), Paula Brügger (UFSC), Fábio C. S. de Oliveira (UFRJ), Fernanda Medeiros (PUC/RS), Carlos M. Naconecy (PUC/RS), Célia Regina Ferrari Faganello Noirtin (UFRB), Rita Paixão (UFF), Danielle Tetü Rodrigues (PUC/PR), Ariene Guimarães Bassoli (UFPE), Norma Sueli Padilha (UniSantos), Érica Mendes (UEM/PR), Valéria Galdino (UEM/PR), André Portella (UCSal/BA).

**CORPO DE PARECERISTAS AD HOC DOUBLE-BLIND REVIEW:** Danielle Tetü Rodrigues (PUC/PR), Ariene Guimarães Bassoli (UFPE), Fábio C. S. de Oliveira (UFRJ), Fernanda Medeiros (PUC/RS), Carlos M. Naconecy (PUC/RS), Célia Regina Ferrari Faganello Noirtin (UFRB), Rita Paixão (UFF), Norma Sueli Padilha (UniSantos), Érica Mendes (UEM/PR), Valéria Galdino (UEM/PR), André Portella (UCSal/BA), Edna Cardozo Dias (FUMEC), Mônica Aguiar (UFBA), Paula Brügger (UFSC).

**CONSELHO CONSULTIVO:** Anaiva Oberst Cordovil, Ana Rita Tavares Teixeira, Alzira Papadimacopoulos Nogueira, Antonio Herman V. Benjamin, Celso Castro, Cynthia Maria dos Santos Silva, Daniel Braga Lourenço, 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 Luiza Nunes, Maria Metello, Mariângela Freitas de Almeida e Souza, Paulo de Bessa Antunes, Sales Eurico Melgarejo Freitas, Shelma Lombardi de Kato, Simone Gonçalves de Lima, Tagore Trajano Almeida Silva, Tatiana Marcellini Gherardi, Thiago Pires Oliveira, Vânia Maria Tuglio, Vanice Teixeira Orlandi, Alfredo Domingues Barbosa Migliore, Germana Belchior, Mery Chalfun, Diogo Luiz Cordeiro Rodrigues, Vânia Rall.

## COORDENADORES/EDITORS-IN-CHIEF

**Heron José de Santana Gordilho** - Pós-doutor e Visiting Scholar pela Pace University/USA. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia(1988), mestre em Direito pela UFBA(1996), Mestre em Ciências Sociais pela UFBA (1999), Doutor em Direito Público pela UFPE (2006), com pesquisa na Universidade do Texas/Austin - EUA. Estudos em Direito do Consumidor pela Université Catholique de Louvain (Louvain-la-Neuve), Belgique(1994) em Direito Ambiental pela Université de Limoges, France (2005); Atualmente é professor Adjunto II da Universidade Federal da Bahia, associado ao seu programa de pós-graduação, onde lidera o grupo de pesquisa - Núcleo Interdisciplinar de Pesquisa e Extensão em Direito Ambiental e Direito Animal.

**Luciano Rocha Santana** - Doutorando em Direitos Humanos pela Universidad de Salamanca, possui graduação em Direito pela Universidade Católica do Salvador (1990) e graduação em Artes Cênicas pela Universidade Federal da Bahia (1991). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia na Comarca de Salvador.

**Tagore Trajano de Almeida Silva** - Professor de Direito Constitucional e Projeto de Pesquisa e Monografia da Unijorge/Bahia/Brasil. Professor da Pós-graduação lato sensu em Direito Ambiental da Universidade Federal da Bahia - Fundação Faculdade de Direito. Mestre e Doutorando em Direito Público e pesquisador da Universidade Federal da Bahia (UFBA).Visiting Scholar da Michigan State University (MSU/USA). Pesquisador Visitante da University of Science and Technology of China (USTC/China). Membro-fundador da Asociación Latinoamericana de Derecho Ambiental. Membro do Núcleo Interdisciplinar de Pesquisa e Extensão em Direito Ambiental e Direito Animal - NIPEDA ([www.nipeda.direito.ufba.br](http://www.nipeda.direito.ufba.br)). Presidente do Instituto Abolicionista Animal ([www.abolicionismoanimal.org.br](http://www.abolicionismoanimal.org.br)).

## REVISORES “BLIND REVIEW”/PEER REVIEW COMMITTEE

**Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros** - Possui Graduação em Ciências Jurídicas E Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1998), Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2001) e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2009), tendo realizado Estágio de Doutorado Sanduíche pela CAPES na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2006-2007). Atualmente é professora da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

**Érika Mendes de Carvalho** - Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (1996), mestrado em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá (1998) e doutorado em Direito Penal pela Universidad de Zaragoza, Espanha (2004). Atualmente é Professora Adjunta em regime de tempo integral e dedicação exclusiva na Universidade Estadual de Maringá. Atua como professora visitante na Universidad de Salamanca e como professora convidada nos cursos de especialização em Ciências Penais da UFBA e de especialização em Direito e Processo Penal da UEL e da UFRGS.

©2011, by Instituto Abolicionista pelos Animais

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  
Austrauch wird gebeten*

### **CAPA, PROJETO GRÁFICO E EDITORAÇÃO**

Lúcia Valeska Sokolowicz

### **FOTO DE CAPA**

Blue and Gold Macaw - Graham Alton - <http://www.flickr.com/>

### **COORDENAÇÃO E REVISÃO DOS TEXTOS INTERNACIONAIS**

Heron José de Santana Gordilho

Tagore Trajano de Almeida Silva

### **EQUIPE DE REVISÃO**

Luciano Rocha Santana

Gilmar Miranda Freire

Géssica Freire

Liana Oliva

Maria Izabel Toledo

### **BIBLIOTECA TEIXEIRA DE FREITAS**

---

Revista Brasileira de Direito Animal. – Vol.6, N.9 (jul./dez. 2011). – Salvador, BA: Evolução, 2011-

Semestral: 2007-2010-2011, Anual: 2006-2008-2009

ISSN: 1809-9092

1. Direito – Periódicos

---

# Revista Brasileira de Direito Animal

Brazilian Animal Rights Review

ANO 6 | VOLUME 9 | JUL - DEZ 2011

COORDENAÇÃO

Heron José de Santana Gordilho

Luciano Rocha Santana

Tagore Trajano de Almeida Silva

# SUMÁRIO

FOREWORD | 9

## DOCTRINA INTERNACIONAL | INTERNATIONAL PAPERS

O RECONHECIMENTO AOS CHIMPANZÉS DO DIREITO DE UTILIZAR OS WRITS DO *HABEAS CORPUS* E DO *DE HOMINE REPLEGIANDO*

*Steven M. Wise* | 15

PROPRIEDADE VIVA: UM NOVO *STATUS* PARA OS ANIMAIS DENTRO DO SISTEMA JURÍDICO

*David Favre* | 101

DAS PESSOAS E DO DIREITO PENAL: A PERSONALIDADE COMO PRÉ-REQUISITO PARA VITIMIZAÇÃO

*Luis E. Chiesa* | 177

“QUEM FICA COM OS GATOS... VOCÊ OU EU?” ANÁLISE SOBRE A GUARDA E O DIREITO DE VISITA. QUESTÕES RELATIVAS AOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO APÓS O DIVÓRCIO OU A SEPARAÇÃO

*Mills Eithne, Kreith Akers* | 209

## DOCTRINA NACIONAL | NATIONAL PAPERS

A CULTURA DE ENTRETENIMENTO COM ANIMAIS E O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS PÁTRIO

*Milena Britto Felizola* | 243

O DEVER DE PRESERVAÇÃO DA VIDA ANIMAL COMO EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA “SADIA QUALIDADE DE VIDA”

*Maria da Glória Colucci* | 265

TRAPAÇA, ABSTRAÇÃO E A TESE HEIDEGGERIANA “O ANIMAL É POBRE DE MUNDO”. LEITURAS DE MACINTYRE E DERRIDA

*Kelly Cristini Rocha da Silva Ferreira* | 289

**ANIMAIS NÃO HUMANOS COMO SUJEITOS DE DIREITO:  
CONSIDERAÇÕES PROCESSUAIS**

*Ana Conceição Barbuda Ferreira* | 307

**ÔNUS DA PROVA NOS CRIMES DE VIVISSECÇÃO**

*Priscila Magalhães Pessoa* | 355

**ACESSO À JUSTIÇA POR NOVOS SUJEITOS DE DIREITO:  
ANIMAIS E OUTRAS ENTIDADES AMBIENTAIS**

*Ariete Chagas* | 393

**JURISPRUDÊNCIA | CASES**

**SENTENÇA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO DO RJ x  
PREFEITURA MUNICIPAL E IBAMA**

*Alberto Nogueira Júnior* | 425

**OBRAS INDICADAS | ANNOUCEMENT | 471**

**REGRAS DE PUBLICAÇÃO | 473**





## EDITORIAL

Este é o sexto ano e a nona edição da Revista Brasileira de Direito Animal.

Isto, por si só, já é um feito notável!

É importante destacar quão importante e influente essa revista tem sido e, sem dúvida, continuará sendo para o mundo acadêmico, contribuindo decisivamente para o desenvolvimento dos direitos dos animais no Brasil.

A sua publicação se torna ainda mais importante, se levarmos em conta que quando a revista foi lançada, os direitos dos animais era uma temática que não gozava de nenhum prestígio no mundo acadêmico brasileiro. Poucas pessoas sabiam do que se tratava, e para muitos, não passava de mais um modismo, indigno de ser levado a sério.

Hoje em dia, isto não mais ocorre. Vários livros já foram lançados, diversas aulas ministradas, muitos congressos realizados, e se isto tudo não bastasse, algumas ações judiciais em defesa dos animais foram bem sucedida nos tribunais brasileiros, em favor dos animais.

Embora o mundo jurídico ainda seja refratário ao reconhecimento dos animais como sujeitos de direito, a Revista Brasileira de Direito Animal continua a publicar seus artigos e críticas, escritas por grandes juristas no Brasil e no mundo.

Este volume n.9 não é exceção. Apresenta artigos de renomados especialistas, muitos deles consagrados internacionalmente, ao lado de artigos produzidos por jovens autores, os quais, muito em breve, também serão reconhecidos pela comunidade acadêmica.

Os artigos apresentados são de qualidade incontestada, e eu mesmo pretendo publicar outras vezes nesta conceituada revista, avaliada pelo Ministério da Educação do Brasil com o conceito B3 pelo critério QUALIS.

Seja como for, a Revista Brasileira de Direito Animal é um periódico vital e essencial, para dar voz aqueles que lutam pelos direitos dos animais, e é uma honra para mim escrever estas palavras introdutórias, ainda que eu deva parar por aqui e permitir que o leitor possa apreciar os fascinantes artigos que lhe esperam.

New York, 28 de maio de 2012

*David Nathan Cassuto*

Professor PhD da Pace Law School (NY)

Diretor de BAILE (Brazil-American Institute for Law & Environment)

## FOREWORD

This is the sixth year and ninth issue of the Brazilian Animal Rights Review (BARR). That, in and of itself, is a remarkable achievement. When one considers how important and influential the journal is, was, and no doubt will remain in the development of Animal Law in Brazil, the achievement becomes more stellar still. When this journal began, Animal Law was a little-regarded specialization within the law. Few people knew what it was and many of those who did dismissed it as a fad, unworthy of serious consideration. No longer. Now, books have been written, classes taught, congresses convened, and lawsuits brought (and won). Animal Law is not going away. And through it all, Brazilian Animal Rights Review has continued to publish cutting edge legal theory and commentary from the finest minds in the field –from Brazil and from all over the world.

This current issue is no exception. It features articles from internationally respected scholars as well as those whose contributions will shortly win them similar renown. The articles are uniformly excellent. I know that I will be returning to them again and again – as I have done with previous volumes of this journal. The Brazilian Animal Rights Review is a vital national resource and an essential voice for the voiceless. It is an honor to write these introductory words. But I will stop here and allow you to proceed to the important and fascinating articles that await you.

New York, 28th, 2012

*David Nathan Cassuto*

Pace Law School Professor (NY)

BAILE Director (Brazil-American Institute for Law & Environment)



**DOCTRINA INTERNACIONAL**

---

INTERNATIONAL PAPERS



# O RECONHECIMENTO AOS CHIMPANZÉS DO DIREITO DE UTILIZAR OS WRITS DO HABEAS CORPUS E DO DE HOMINE REPLEGIANDO<sup>\*</sup>

("The recognition to the chimpanzees of the right to use the *writs of habeas corpus and homine replegiando*")

Steven M. Wise<sup>\*\*</sup>

"Acreditamos que mesmo com a morte de Suíça (a chimpanzé) o tema continuará sendo discutido, especialmente nas salas das faculdades de direito, visto que muitos colegas, procuradores, estudantes e entidades manifestaram suas opiniões, buscando fazê-las prevalecer. O assunto não morrerá com esse writ, certamente continuará por permanecer controverso".<sup>1</sup>

---

\* Tradução de Edvaldo Pereira e Eledison Sampaio, graduandos em Direito da Universidade Federal da Bahia.

\*\* Presidente do Centro de Expansão de Direitos Fundamentais em Coral Springs, Florida, atualmente professor adjunto da disciplina "Direito Animal", nas faculdades de Direito de Vermont e Thomas. Eu agradeço a Christopher Green por assumir o pesado fardo de avaliar cada linha das muitas desse artigo. Suas sugestões contribuíram decisivamente para uma melhora da versão final. Eu agradeço ao professor Laurence H. Tribe por suas profundas críticas. Eu agradeço à estudante de direito Kristin Lupoli por sua diligente pesquisa e a Ann Jones, por passar meses pesquisando antebellum leis escravocratas sulistas. Eu agradeço também ao professor Daniel Coquillette, ao professor David Favre, a Bonita Meyersfield, a Katrina Sharman, ao professor Joseph Vining, e a David Wolfson por suas revisões das primeiras versões, e ao Animal Welfare Trust, a Brad Goldberg, e a Jana Kohl pelo seu apoio durante os vinte meses necessários à realização da pesquisa e à redação desse artigo.

RESUMO: Os chimpanzés, e demais animais não-humanos, apesar de ainda serem considerados por muitos como meras coisas jurídicas, vêm sendo cada vez mais considerados pelo *common law* como sujeitos de direitos básicos, vez que a moralidade social e as políticas sociais mudam, e a experiência humana avança. Até um passado relativamente recente, um escravo africano era considerado uma coisa sem direitos; no dia anterior, um vassalo inglês; hoje, essa coisa pode ser um feto humano, amanhã, um chimpanzé. É inegável que os humanos escravizam os chimpanzés e os privam de sua liberdade, e de terem reconhecido o uso dos *writs* do *habeas corpus* e do de *homine replegiando*. A flexibilidade é uma característica típica da estrutura do *common law* e os chimpanzés, como indivíduos, estão juridicamente autorizados a usar o *habeas corpus* para levar aos tribunais seu pedido de reconhecimento de liberdade de ir e vir.

PALAVRAS-CHAVE: *common law*, sujeitos de direitos básicos, *habeas corpus*.

ABSTRACT: Chimpanzees and other nonhuman animals, although still regarded by many as mere object, are increasingly seen by the *common law* as subjects of basic rights, because social morality and social policy change, and experience human advances. Until a relatively recent past, an African slave was considered a thing without rights, the day before, an English vassal; today, this thing can be a human fetus, tomorrow, perhaps, a chimpanzee. It is undeniable that humans slave chimpanzees and deprive them of their liberty, and don't recognize the use of the writs of *habeas corpus* and the *homine replegiando* in benefit of animals. Flexibility is a feature of the structure of common law and chimpanzees as individuals are legally allowed to use the *habeas corpus* to bring to justice its application for recognition of freedom of movement.

KEYWORDS: *common law*, subjects of basic rights, *habeas corpus*.

SUMÁRIO: Introdução; 1.Chimpanzés; 1.1. Chimpanzés são escravizados e privados de sua liberdade de ir e vir; 1.2. Chimpanzés são seres complexos que estão fortemente relacionados e lembram os humanos; 2. Por que a estrutura do *common law* confere aos chimpanzés o direito de ajuizar ações para contestar seu *Status Jurídico* de coisa; 2.1. Flexibilidade é inerente à estrutura do *common law*; 2.2. Personalidade jurídica é central para o *common law*; 2.3 A coisificação legal dos chimpanzés deve ser sempre sujeito de reavaliação do *common law*; 3. Escravidão e condição de servo na legislação anglo-



americana; 4. O mandado de *homine replegiando* no *common law*; 4.1. O desenvolvimento do mandado de *homine replegiando* no *common law* da Inglaterra; 4.2. A decisão de *homine replegiando* e a escravidão humana na América (EUA); 4.3. Um chimpanzé é recolhido para utilizar o precedente do *common law* de *homine replegiando* a fim de confrontar sua condição de coisa; 5. O mecanismo do *habeas corpus* no *common law*; 5.1. O desenvolvimento do Habeas Corpus na Inglaterra; 5.2. SOMERSET V. STEWART – O uso paradigmático do *writ de Habeas Corpus* em nome de um escravo negro; 5.3. O *Writ* do *habeas corpus* e a escravidão dos negros na América (EUA); 5.4. Um chimpanzé pode usar o *writ* do *habeas corpus* fundamentado no *common law* para questionar seu condição legal de coisa; Conclusão

## Introdução

Chimpanzés, como qualquer outro animal não-humano, são hodiernamente considerados como “coisas” jurídicas.<sup>2</sup> Classificados como objeto de propriedade, a eles são negados todos os direitos legais. Tal quadro permite aos humanos escravizá-los. Entretanto, a assertiva de que aos chimpanzés, e talvez outros animais não-humanos cognitivamente complexos, devem ser reconhecidos os direitos legais básicos têm deflagrado vastamente discussões acadêmicas por parte de membros de faculdades de direito altamente respeitadas.<sup>3</sup>

Algumas “coisas” jurídicas necessitam do reconhecimento de personalidade jurídica no sistema do *common law* por uma razão importante: as coisas são invisíveis para o *civil law* e não possuem qualquer tipo de direito, incluindo a capacidade de ser parte e a capacidade processual. Aqueles que podem sofrer por sua invisibilidade o fazem. Mas a moralidade social muda, as políticas sociais evoluem, e a experiência humana avança. Ontem, um escravo africano era consensualmente considerado uma coisa sem direitos; no dia anterior, um vassalo inglês; hoje, essa coisa pode ser um feto humano, amanhã, talvez, um chimpanzé.

Empregando princípios jurídicos comumente aceitos, oferecemos argumentos extensivamente durante anos, sobre o porquê de no mínimo alguns chimpanzés e membros de certas outras espécies, devem ter reconhecidos os direitos materiais fundamentais de integridade física e liberdade de ir e vir.<sup>4</sup> O reconhecimento desses direitos materiais do *common law* qualificaria seus titulares como pessoas jurídicas, e não como meras “coisas”. Reiteramos esses argumentos neste artigo, embora resumissem, sucintamente, algumas das descobertas científicas que sustentam os respectivos argumentos materiais. Esse artigo tem seu foco nas questões procedimentais.

Pode ser que as cortes acabem por rejeitar os argumentos substantivos que um bem jurídico oferece em suporte de sua postulação por personalidade. A separação entre coisa e pessoa não é facilmente superável a qualquer postulação inicial por parte de um bem jurídico, será como observou o professor Christopher Stone, “fadado a soar esdrúxulo ou assustador ou risível (...) porque até que a coisa sem direito receba seus direitos, nós não conseguiremos vê-la como nada diferente de uma coisa submetida ao uso ‘nosso’ - aqueles que titularizam direitos até o momento”.<sup>5</sup> Mas, tendo êxito ou não as postulações substantivas, o bem jurídico precisa de uma causa de pedir procedimental para afirmar em primeira instância a sua postulação de que não deve mais ser considerada uma coisa, mas sim uma pessoa, seja por uma razão de fato - porque preenche as definições existentes de personalidade - seja por uma razão de direito - porque a definição de personalidade jurídica deve ser modificada para englobá-lo.

Neste artigo, defendemos que os humanos escravizam os chimpanzés e, conseqüentemente, os privam de sua liberdade de ir e vir, bem como que aos chimpanzés deve ser reconhecido o uso dos *writs* do *common law* do *habeas corpus* e do de *homine replegiando*, de forma a levar aos tribunais suas postulações a respeito da liberdade de ir e vir. Na Parte I, demonstraremos que os chimpanzés são geneticamente semelhantes, em alto grau,

aos humanos e deveras complexos cognitiva e socialmente.<sup>6</sup> Na Parte II, argumentaremos que a flexibilidade é uma característica típica da estrutura básica do *common law* e que a personalidade jurídica é uma dos valores básicos do *common law*. E que a estrutura do *common law* exige que se reconheça uma causa de pedir idônea, a permitir que se vá em busca de tais direitos judicialmente, e que a postulação dos chimpanzés em terem reconhecida sua personalidade jurídica deve sempre estar sujeita à reavaliação do *common Law*.<sup>7</sup> Na Parte III, demonstraremos que os vassalos da Inglaterra, pós-conquista, usavam *writs* que os permitiam, sob certas circunstâncias, serem declarados livres.<sup>8</sup> Na Parte IV, traçaremos a história do *writ* do *common law de homine replegiando* na Inglaterra e na América (EUA) e defenderemos que os chimpanzés, como indivíduos, estão juridicamente autorizados a usar tal *writ* para levar aos tribunais seu pedido de reconhecimento de liberdade de ir e vir.<sup>9</sup> Na Parte V, delinearemos a história do *writ* do *habeas corpus* no *common law* inglês e norte-americano e defenderemos que os chimpanzés, como indivíduos, estão autorizados juridicamente a utilizar tal *writ* para levar aos tribunais sua postulação pela liberdade de ir e vir.<sup>10</sup>

## 1. Chimpanzés

### 1.1. Chimpanzés são escravizados e privados de sua liberdade de ir e vir

Chimpanzés e outros grandes primatas estão sendo levados à extinção.<sup>11</sup> Até 2001, o número de chimpanzés livres tinha caído, por estimativa, para menos de 150.000, e por volta de setembro de 2005, de acordo com outra estimativa, para 100.000.<sup>12</sup> Em 2003, o Projeto Grande Primata (“The Great Ape Project”) tentou realizar o primeiro censo realmente abrangente de grandes primatas escravizados nos Estados Unidos.<sup>13</sup> Reconhecidamente incompleto, o censo, ainda assim, conseguiu identificar mais de

3.100 grandes primatas em cativeiro. Aproximadamente dois terços eram chimpanzés, e quase 1.300 estavam escravizados para fins de pesquisas biomédicas.<sup>14</sup> O resto estava escravizado para entretenimento público em zoológicos de beira de estrada, parques zoológicos, santuários de diversas espécies e propósitos, e para divertimento privado em coleções de animais raros dispostas em jardins.

Pelo fato de chimpanzés e humanos apresentarem o mesmo impulso pela liberdade de ir e vir, que origina a mais profundo, mais ancestral, parte reptiliana de nossos cérebros triádicos, ambos podem ser escravizados.<sup>15</sup> Justiniano, em suas Institutas e em seu Digesto, presumiu que a maior parte dos animais selvagens viviam em um “estado natural de liberdade”<sup>16</sup>. O historiador do direito do século dezessete John Selden ressaltou que o Digesto apresenta uma definição de liberdade como:

[...] a facultas natural [ou poder] de fazer o que se quer, (...) a qual pode ser pensada igualmente a respeito de animais e homens se não houver lei relevante que, em qualquer sentido, restrinja o desejo de um homem ou o instinto de um animal [o qual pode ser considerado de natureza semelhante à de um desejo].<sup>18</sup>

Blackstone considerou que a liberdade pessoal a cuja proteção se prestaria o *writ* do *habeas corpus* seria “o poder de locomoção, de modificar situações, ou mover-se (...) pra qualquer lugar que o desejo de alguém pudesse vir a se direcionar; sem aprisionamento ou restrições, a não ser com base em devido processo legal”.<sup>19</sup> Rollin C. Hurd iniciou seu clássico tratado de 1858 sobre a liberdade pessoal e o *habeas corpus* declarando ser a liberdade pessoal:

[...] o poder de locomoção irrestrita. Tal direito tem origem nas leis fundamentais de nosso ser. Os desejos recorrentes do corpo, o qual requer trabalho continuado para sua provisão, e a necessidade de exercício para ação saudável de todos os processos vitais, tornam a locomoção indispensável à existência animal. O homem tem esses desejos em comum com animais inferiores (...) o direito de liberdade pessoal é inerente ao homem como ser senciente independente (...).<sup>20</sup>

Aquele privado da liberdade de ir e vir e forçado a servir a outrem é um escravo. Para o *antebellum* apologista da escravidão dos negros Thomas R. Cobb:

[...] o escravo, embora tenha o poder de locomoção, move-se não de acordo com sua própria inclinação, mas sim de acordo com os desejos de seu mestre, o qual pode aprisioná-lo ao cerceá-lo (...) então é totalmente oposta a posição do escravo em relação à do homem livre no tocante a esse direito, de forma que não poderíamos definir melhor sua condição senão dizendo que ele é o inverso do homem livre.<sup>21</sup>

O professor Laurence Tribe afirmou que Jerom, um chimpanzé adolescente que morreu uma década após cientistas do Centro Regional de Pesquisas com Primatas de Yerkes (“Yerkes Regional Primate Research Center”) injetarem HIV nele, estava “claramente (...) escravizado”.<sup>22</sup> Membros do Comitê Nacional Norte-americano de Pesquisas com Chimpanzés (“United States National Chimpanzee Resource Committee”), em respeito ao próprio nome da instituição, referem-se aos chimpanzés como um “recurso natural”, um “recurso global”, um “recurso de pesquisas com chimpanzés”, “recursos de chimpanzés”, e até como um “renovável e robusto recurso nacional”, afirmações que demonstram claramente que eles vêem os chimpanzés como escravos.<sup>23</sup> A punição costumeiramente imposta aos humanos condenados por sérias ofensas criminais é a privação da liberdade de ir e vir. O aprisionamento dos criminosos lembra tão intensamente a escravidão que a décima terceira emenda da Constituição Norte-americana excepcionou-a expressamente: “nem a escravidão nem a servidão involuntária, à exceção da punição por crime em qualquer lugar que a parte tenha sido devidamente condenada, existirá dentro dos Estados Unidos (...)” (“Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States”).<sup>24</sup>

## 1.2. Chimpanzés são seres complexos que estão fortemente relacionados e lembram os humanos

Durante a segunda metade do século XX nós aprendemos bastante sobre os chimpanzés. Como bem apontou o professor Andrew Whiten, nós progredimos da posição de completa ignorância sobre chimpanzés selvagens em que nos encontrávamos há poucas décadas em direção a uma detalhada gama de conhecimentos adquiridos mediante centenas de pesquisas de campo e laboratoriais.<sup>25</sup> O que nós aprendemos foi que os chimpanzés lembram os humanos de formas altamente significativas. Sem dúvida, a razão pela qual 1.300 chimpanzés estão escravizados para fins de pesquisas biomédicas nos Estados Unidos deve-se em grande parte a sua similaridade genética com os humanos.<sup>26</sup> Consequentemente, o Comitê de Proteção aos Chimpanzés a Longo Prazo (“Committee on Long-Term Care of Chimpanzees”), uma parte do Conselho de Pesquisas Naturais (“Natural Research Council”), concluiu em 1997 que estes dois fatores: usos científicos e parentesco genético próximo, não podem ser dissociados; não se pode fundar-se em um deles e ignorar o outro.<sup>27</sup>

Há apenas seis milhões de anos atrás, chimpanzés e humanos tinham um ancestral em comum. A seqüência do genoma dos chimpanzés aferida em 2005 revelou que os humanos e os chimpanzés têm mais de 98% de nosso DNA e quase todos os nossos genes.<sup>28</sup> “No final das contas, os genes dos chimpanzés e dos humanos são extremamente similares”.<sup>29</sup> A divergência causada por substituições de nucleotídeos entre os genomas do homem e do chimpanzé de apenas 1.06 por cento, enquanto as diferenças de genoma devidas a inserções e deleções de material genético, chamadas de “indels”, de aproximadamente 2.7 por cento.<sup>30</sup> Até esta pequena variação pode não ser tão significativa como pode aparentar à primeira vista. Atualmente é praticamente impossível determinar se uma seqüência de DNA humano ausente

nos chimpanzés foi adicionada durante o curso da evolução humana ou perdida pelos chimpanzés durante sua evolução.<sup>31</sup> De tudo um pouco, “dado o pequeno período desde a cisão entre homens e chimpanzés, é provável que algumas pequenas mutações de grande efeito tenham sido responsáveis por parte das diferenças - fenotípicas - atuais que separam os humanos dos chimpanzés e dos demais grandes primatas.<sup>32</sup>

Tão poucas diferenças separam chimpanzés e outros primatas dos seres humanos que um grupo de trabalho de vinte e dois cientistas e filósofos, formado para discutir os problemas éticos que possam advir do transplante de células-tronco de humanos para não-humanos, escreveu em 2005 que:

[ ] muitos dos critérios mais plausíveis e amplamente aceitos para determinar o status moral envolvem capacidades mentais, tais como capacidade de sentir prazer e dor, linguagem, racionalidade e grau de parentesco. Na medida em que um [primata não-humano] atinge essas capacidades, tal criatura deve ser alçada ao correspondentemente alto estatuto moral.<sup>33</sup>

Chimpanzés possuem esses atributos. Eles demonstram possuir mentes complexas, autoconsciência e autoconhecimento, exibem alguns ou todos os elementos de uma teoria da mente (eles sabem o que outros chimpanzés veem ou sabem o que outros chimpanzés sabem), compreendem símbolos, constroem sociedades complexas, transmitem cultura, utilizam como sistema de comunicação uma linguagem humana ou uma linguagem sofisticada e envolvem-se em complicadas operações mentais, tais como decepção, dissimulação, imitação e resolução perspicaz de problemas difíceis.<sup>34</sup> Seres humanos (atualmente, da espécie *Homo sapiens*) e chimpanzés (atualmente, das espécies *Pan troglodytes* e *Pan paniscus*) são tão próximos, genética e evolutivamente, que proeminentes cientistas argumentam que os homens e os chimpanzés comuns devem ser incluídos na mesma raça, *Hominina*, e no mesmo gênero, *Homo*, para formar *Homo sapiens*, *Homo troglodytes* e *Homo paniscus*.<sup>35</sup>

## 2. Por que a estrutura do common law confere aos chimpanzés o direito de ajuizar ações para contestar seu *status* jurídico de coisa

### 2.1 Flexibilidade é inerente à estrutura do *common law*

Como todos os animais não-humanos, chimpanzés atualmente são considerados coisas, não pessoas. Para demonstrar que o *common law* permite-lhes ajuizar demandas para contestar seu *status* legal, devemos primeiramente demonstrar que o sistema do *common law* é suficientemente flexível para admitir esse tipo de reivindicação. Eu sustento, aqui, que tal flexibilidade é inerente à própria estrutura do *common law*.

Que significa a “estrutura” do *common law*? “Estrutura”, numa interpretação constitucional, refere-se à maneira pela qual uma constituição é organizada, o que ela pressupõe e dá a entender, o que seu texto sugere sem afirmar, qual a lógica de seu esquema e substância e que ações ajudam a tornar todo o tema coerente e operacional.<sup>36</sup> O Professor Laurence Tribe aponta para uma das divergências entre o *Justice William Rehnquist* e a Suprema Corte de Justiça dos Estados Unidos, como uma clássica exposição do argumento constitucional da estrutura.<sup>37</sup> Uma constituição, escreveu Rehnquist, é “construída sobre certos postulados e hipóteses [traçados] na experiência compartilhada e no entendimento comum”<sup>38</sup>. A Justiça explicou que a Suprema Corte, frequentemente, baseava-se:

[...] em noções de um plano constitucional – a ordenação implícita das relações dentro do sistema federal, necessárias para tornar a Constituição uma carta governamental exequível (...) Os postulados tácitos produzidos por aquela ordenação estão tão enraizados na elaboração do documento quanto suas disposições expressas, porque, sem eles, nega-se à Constituição força e, muitas vezes, significado... [cuja] derrogação minaria a lógica do esquema constitucional.<sup>39</sup>



O *common law* não é um texto escrito, como é a Constituição dos Estados Unidos.<sup>40</sup> O mais respeitado juiz americano do *common law* do século XIX foi Lemuel Shawn. O *common law*, escreveu Shawn, “consiste em alguns princípios gerais e abrangentes, fundados na razão, justiça natural e política pública esclarecida, modificados e adaptados às circunstâncias de todos os casos particulares que se inserem nele”.<sup>41</sup> Assim como a Constituição dos Estados Unidos, o *common law* tem uma estrutura que se origina de seus pressupostos, o que seu funcionamento indica, o que a lógica de seu sistema e substância representa, e quais ações ajudam a tornar todo o sistema coerente e operacional.

O *common law*, entretanto, não é dedutivo. O juiz Richard Posner escreveu que “[um] conjunto de casos pode compor um padrão. Mas, quando advogados ou juízes divergem sobre qual padrão se compõe, sua desavença não pode ser resolvida nem por um apelo a um sentido intuitivo do padrão, nem pelos métodos de indução científica”.<sup>42</sup> Pela personalidade ou filosofia, os juízes tendem a enfatizar uma visão legal sobre os outros, de forma geral, ou em determinadas searas jurídicas. Essas visões são frequentemente incomensuráveis e uma visão geralmente não pode ser objetivamente provada como superior.<sup>43</sup>

Juízes detentores de uma “visão formal” maturam suas decisões no passado. Juízes formalistas acreditam que devem decidir do mesmo modo que outros magistrados, porque outros juízes decidiram daquela maneira. Eles acreditam que não deva haver “jurisprudência da dúvida”.<sup>44</sup> O mais formalista desses juízes – que chamamos de juízes de precedentes (ou de normas) – preferem veementemente a segurança jurídica à correção legal. Eles compreendem o direito como sendo um sistema de estreitas, embora consistentes normas, que eles podem aplicar de maneira mais ou menos mecânica. E que eles valorizam ou acreditam que o sistema legal deveria prezar pela estabilidade, certeza e previsibilidade.

Por exemplo, em 1995, os juízes formalistas da Suprema Corte de Justiça de Massachusetts ponderaram se aquela Corte

deveria continuar fiel à antiga regra segundo a qual um que-relante cujo carro não tenha sido devidamente registrado não teria o direito de abrir uma queixa por danos causados por um motorista negligente. Os juízes reconheceram que:

[...] A doutrina tem chamado-a de “cínica.” (...) essa norma tem sido amplamente criticada. Na proposição original, ela muito dificilmente poderia nos ser de alguma utilidade hoje. A regra, no entanto, tem perdurado por mais de quarenta e seis anos sem ser cassada pelo legislativo. Alguns de nós preferiríamos anular a (...) questão, mas a maioria da Corte considerou que a invalidação dessa norma deveria ser da competência do Legislativo e não do Judiciário.<sup>45</sup>

Lorde Halsbury da Inglaterra, no século XIX, e Lorde Farwell, no século XII, foram tão longe quanto um juiz formalista poderia ir. Halsbury denunciou “a inconveniência – a desastrosa inconveniência – de cada decisão judicial poder ser questionada novamente e de os comportamentos da humanidade *ser tidos como duvidosos em razão de decisões diferentes*”.<sup>46</sup> Farwell mais tarde anunciou que era “impossível para [os Juízes da Corte] criarem qualquer doutrina nova no *common law*”, uma regra que vigora desde 1966.<sup>47</sup> Pela extremada importância dada à segurança e à estabilidade como valores supremos, Farwell e Halsbury mal poderiam ser considerados juízes do *common law*. Eles seriam mais assemelhados a juízes europeus continentais do sistema de *civil law*, para quem esses são os valores jurídicos mais importantes.<sup>48</sup>

Uma segunda categoria de juízes togados é o “Juiz de Precedentes (Princípios)”. Esses juízes também olham para o passado, mas eles honram precedentes que estejam amplamente fundamentados em princípios legais, não normas restritivas. Eles não acreditam que juízes deveriam se limitar aos procedimentos específicos através dos quais seus antecessores formularam regras inflexíveis a partir de tais princípios. Quando a justiça exige mudança, esses juízes manuseiam princípios estabelecidos para *reconstruir a lei, algumas vezes profundamente*, e utilizando procedimentos que poderiam ter estarecido os juízes mais antigos.

Por exemplo, em 1916, a Corte de Apelação de Nova Iorque subverteu a duradoura regra segundo a qual o fabricante de um produto defeituoso era responsável apenas em relação a seu comprador imediato, a não ser que o produto fosse inerentemente perigoso.<sup>49</sup> O Presidente da Corte, Benjamin Cardozo, defendeu que o proprietário de um veículo Buick novo, acidentado em decorrência do colapso de uma roda poderia processar a companhia Buick Motors mesmo que a Buick tenha comprado a roda defeituosa de outro fabricante.

Precedentes formulados nos dias das viagens de carruagem não se adequam às condições de viagem hoje. O princípio (...) não muda, mas as coisas sujeitas ao princípio, essas sim, mudam. Tais princípios serão aquilo que as necessidades da vida em uma civilização em desenvolvimento exijam que eles sejam.<sup>50</sup>

Isso reflete o que o professor Melvin Aron Eisenberg chama de uma “transformação” do *common law*, quando os juízes, utilizando-se de “aproximações minimalistas ou de resultado centrados (...) reconstroem radicalmente os precedentes e subvertem a regra dos precedentes então estabelecida (...)”.<sup>51</sup> Eles seguem o precedente, mas com um alto nível de abstração.

Por outro lado, os “juízes substantivos” rejeitam o passado como uma algema. Eles concordam com o Justice Oliver Wendell Holmes Jr. (da Suprema Corte de Justiça dos Estados Unidos) que diz que “é revoltante não haver razão melhor para se regular uma lei do que o fato desta ter sido baixada nos tempos de Henrique IV”.<sup>52</sup> Eles acreditam que o *common law* deveria estar em fluxo permanente e que suas regras deveriam mudar. Um dos mais puristas juízes substantivos foi Lord Denning, da Inglaterra.<sup>53</sup> Por ocasião de sua morte, um juiz substantivo disse, admirado, que Denning havia “guiado o direito no caminho da efetivação da justiça ao invés de direcioná-lo no sentido do que diz a lei”, enquanto um juiz formal, Lorde Chancellor, resmungou, “o problema com Tom Denning (...) é que ele está sempre refazendo o direito, e nós nunca sabemos onde estamos”.<sup>54</sup>

As concepções jurídicas dos juízes substantivos estão carregadas de considerações morais, econômicas e políticas. Eles acreditam que o direito deveria expressar um senso de justiça presente na comunidade, e não o de outra era, e que as cortes deveriam manter o direito identificado com os valores da sociedade, prevalecendo as concepções de justiça e moralidade, assim como as novas descobertas científicas. Juízes substantivos pretendem indagar por que juízes certa vez decidiram um caso de determinada maneira e se essas razões ainda fazem sentido. Eles não buscam simplesmente a resolução dos problemas, mas querem que essas questões sejam decididas corretamente, e eles mudarão a lei, às vezes, de novo e de novo, até acertarem. A subversão que eles promovem de uma regra jurídica, quando essa mudança inspira-se no clamor social, é simplesmente um outro método de julgar casos no *common Law*.<sup>55</sup> Eles compreendem essas novas regras não como sendo um “novo direito, mas, uma aplicação do que ele é, e conseqüentemente tem sido a verdadeira lei”.<sup>56</sup> É por isso que as decisões judiciais do *common law* são “presumivelmente retrospectivas”.<sup>57</sup> As mudanças do Tribunal não “pretendem criar uma nova lei, mas justificar as velhas da deturpação (...) Declarou-se não que tal sentença era *lei* ruim, mas que *não era lei*”.<sup>58</sup>

O professor Leonard Levy revela ser o Chefe de Justiça Shaw o paradigma de um juiz substantivo:

[seu] uso esporádico de citações – muitas vezes absolutamente ausentes – era habitual. Embora ele tenha sido devidamente respeitador do valor das antigas fórmulas, ele foi mais freqüentemente obrigado a repará-los. Por conseguinte, suas opiniões dão a impressão de um arrogante desprezo pelo precedente. Mas foi sua concepção do direito como uma ciência em crescimento que o fez impaciente com a mera autoridade para seu próprio bem. Ele não podia contentar-se com o precedente, muito embora ele pudesse recrutá-lo a seu serviço quando quisesse. Seu espírito inventivo não permitiria que ele fosse o prisioneiro do parecer de alguém. Portanto, ele sempre procurou maneiras de adaptar o antigo ao novo, conciliar as doutrinas em conflito, e assim restaura a lei a fim de torná-la prática e plástica.<sup>59</sup>

Juízes substantivos que tentam alcançar metas sociais importantes como o crescimento econômico, a unidade nacional, ou a saúde ou bem-estar de uma comunidade são conhecidos como “juízes políticos”. Eles valorizam o que é bom. Por outro lado, “juízes de princípio” valorizam o que é certo. Eles podem tomar emprestados os princípios da religião, ética, economia, política, ou em quase qualquer lugar, e estes princípios podem ir da democracia representativa para a maximização da riqueza, para a liberdade e para a igualdade. Independentemente de serem ou não motivados principalmente pela política ou pelo princípio, é claro aos juízes substantivos do *common law* que a flexibilidade e a incerteza são ambas inerentes e centrais ao *common Law*.<sup>60</sup>

Professor Eisenberg alegou que “o que é o *common law* não pode ser determinado sem a consideração do que o *common law* deve ser”.<sup>61</sup> Isso porque existe uma “conexão necessária entre o conteúdo do *common law* e [certas] normas morais, políticas e posições experimentais (...)”.<sup>62</sup> Em outras palavras, o *common law*:

[...] deve ser, e é em grande parte, enraizado na moralidade social, política social e na experiência humana. Portanto, a melhor norma jurídica para reger qualquer questão é a regra que melhor reflete estes três elementos, com balanceamento e ajuste adequados, quando eles não apontam exatamente na mesma direção. Embora nem todas as regras de *common law* devam ser a melhor regra a qualquer momento, ao longo do tempo as normas jurídicas tendem a se tornar o melhor.<sup>63</sup>

Isto remete a Lord Mansfield, que, como procurador-geral, argumentou que “o *common law* (...) trabalha puramente através de regras retiradas da fonte da justiça”.<sup>64</sup> Esta visão é realizada por juízes do *common law* que não se consideram limitados pelas regras legais existentes, um grupo que provavelmente inclui a maioria dos juízes estaduais de apelação americanos.<sup>65</sup> Estes juízes acreditam que a estrutura do *common law* exige que tragam qualquer regra jurídica que condensa a moralidade social da política pública, ou a experiência humana em harmonia com o entendimento moderno.

## 2.2 Personalidade jurídica é central para o *common law*

A razão pela qual a personalidade é central para o *common law* é que determina quem ou o que conta, e se o valor de uma entidade é inerente, ou meramente instrumental. “Coisas” existem para pessoas, enquanto “pessoas” existem para si mesmas.<sup>66</sup> Personalidade, entretanto, é um conceito multifacetado. Um século atrás, John Chipman Gray observou que “o significado técnico-jurídico de pessoa é um sujeito de direitos e deveres legais”.<sup>67</sup> Em 1997, a Suprema Corte de Louisiana, observando que o legislador estadual tinha caracterizado o feto que nasce morto “como se nunca tivesse existido como pessoa, exceto para fins de ações resultantes da sua morte ilegal”, corretamente afirmou que essa “classificação de ‘pessoa’ é feita exclusivamente para a finalidade de facilitar determinações sobre a conexão de direitos e deveres legais. ‘Pessoa’ é um termo de arte (...)”.<sup>68</sup>

Importante ressaltar que “pessoa” não é apenas um conceito biológico, isso é, independe da qualidade de ser humano.<sup>69</sup> Escravos humanos já foram coisas, um ídolo hindu já foi designado uma pessoa, enquanto fetos humanos,<sup>70</sup> empresas<sup>71</sup> e entidades governamentais podem ser pessoas protegidas pelo estado ou por disposições constitucionais federais, estatutos e *common law*.<sup>72</sup>

Por outro lado, “pessoa” é comumente entendida como sendo sinônimo de “humano”, o que pode se tornar crítico quando uma corte interpreta um estatuto. A Suprema Corte Judicial de Massachusetts invocou este sinônimo quando interpretou o estatuto do homicídio veicular daquele Estado, que proibia o funcionamento de um veículo a motor que poderia causar “a morte de outra pessoa”.<sup>73</sup> O Tribunal declarou que “na interpretação de um Estatuto, palavras devem estar de acordo com seu significado ordinário e seu uso aprovado”.<sup>74</sup> Portanto, “em conformidade com o uso aprovado, e dando aos seus termos sentido ordinário, a palavra ‘pessoa’ é sinônimo do termo ‘ser humano’”.<sup>75</sup>

Este caso de Massachusetts ilustra porque a palavra “pessoa” nos estatutos, os quais são ordinariamente construídos de acordo com definições comuns, podem facilmente ter um significado diferente do que o que possuem no *common law*, onde ele geralmente designa uma entidade como sujeito de direitos e deveres legais.<sup>76</sup> O longo e amargo conflito sobre a personalidade dos fetos humanos, escravos negros, e corporações não tem sido debatido sobre se essas entidades são consideradas humanas. Essa é uma questão da Biologia. Ao invés disso, se preocupam se essas entidades devem ter direitos legais e, por conseguinte, valor inerente para o *civil law* e, se assim o for, que direitos eles deveriam ter.<sup>77</sup>

Precisamente porque isso determina quem vive e quem morre, quem pode ser escravizado e quem não pode, quem conta e quem não, a personalidade legal é a questão individual mais importante que pode ser levada perante uma corte do *common law*. Qualquer juiz do *common law* que negasse a uma coisa legal o poder de argumentar que mudanças nas normas morais, política, e proposições experienciais requerem a reavaliação sobre o *status* de coisa legal dele ou dela contraditoriamente, injustamente, e fora da estrutura do *common law*. O juiz faria da mais importante regra do *common law* a única permanentemente inacessível a reexame judicial.

Essa não é a maneira que o *common law* opera nos Estados Unidos. Se assim fosse, fetos humanos não seriam pessoas no *common law* no que diz respeito aos danos sofridos no útero em cada estado americano.<sup>78</sup> Em 1884, Oliver Wendell Holmes Jr., ocupando a cadeira da Suprema Corte de Justiça de Massachusetts, privou fetos de personalidade no *common law* ao decidir que eles eram uma mera parte de suas mães.<sup>79</sup> Virtualmente, todas as altas cortes americanas seguiram sua decisão, mas a ciência do século vinte provaria que todos estavam errados e cada uma das cortes reverteram suas decisões posteriormente.<sup>80</sup> Quando chegou sua vez, a corte de apelações de Nova Iorque questionou: “deveríamos fazer com que o *common law* esteja em concordân-

cia com a Justiça? (...) Sendo a corte de última instância do estado de Nova Iorque, deveríamos ajustar a lei ao direito”.<sup>81</sup>

Apropriando-se de uma decisão de uma corte britânica, disse o Tribunal de Apelação: “quando os fantasmas do passado se colocam no caminho da justiça chacoalhando suas correntes medievais, o curso apropriado para um juiz é passar através deles sem se deter”.<sup>82</sup> Esses juízes acreditavam que eles tinham “não somente o direito, mas o dever de reexaminar uma questão em que a Justiça o exija” e para “fazer a lei concordar com os padrões atuais de sabedoria e justiça ao invés de com ‘alguma norma antiquada e esquecida do passado.’”.<sup>83</sup> Os juízes, eles diziam, agiam “na mais pura tradição do *common law*”, quando eles adaptavam e alteravam casos anteriores “para produzir justiça do senso-comum”.<sup>84</sup> Qualquer outro resultado seria “grossoeiro” e iria apenas “fazer referência a uma ficção antiquada e obsoleta”.<sup>85</sup>

### 2.3 A coisificação legal dos chimpanzés deve ser sempre sujeito de reavaliação do *common law*

Os chimpanzés têm uma plausível, não obstante, poderosa alegação de tratamento como pessoas jurídicas, cujo interesse fundamental em liberdade corporal deveria ser protegido pelos direitos legais básicos.<sup>86</sup> Mudanças aceleradas na moralidade e política sociais, juntamente com o aumento da experiência humana e, especialmente, da investigação científica, estão fortalecendo o argumento para a personalidade jurídica dos chimpanzés.<sup>87</sup> Uma pesquisa de opinião pública em 2001 revelou que a maioria dos americanos (oitenta e cinco por cento) acredita, e corretamente a propósito, que os chimpanzés tem “um complexo social, intelectual e vida emocional”.<sup>88</sup> A maioria (cinquenta e um por cento) acredita que os chimpanzés deveriam ser “tratados de forma semelhante às crianças, com um tutor para cuidar de seus interesses”, ao contrário de serem tratados como humanos adultos (nove por cento) ou propriedade (vinte e três por cento).<sup>89</sup>



Havia um comentário acompanhando a publicação de 2005 do genoma natural do chimpanzé, o qual pediu “responsabilidades éticas especiais para com os grandes macacos em cativeiro”, que sugeriu que “o estudo dos grandes símios deveria seguir princípios éticos semelhantes aos atualmente utilizados em seres humanos que não podem manifestar consentimento”.<sup>90</sup> Este comentário foi fortemente apoiado pelo *Chimpanzee Sequencing and Analysis Consortium*. Estes foram os cientistas que sequenciaram o genoma do chimpanzé. Eles claramente escolheram ignorar um comentário feito pelos membros do *United States National Chimpanzee Resource Committee* (“Comitê Nacional de Pesquisas dos Estados Unidos sobre Chimpanzés”) que perversamente interpretava a rescisão da pesquisa biomédica sobre chimpanzé em todo o mundo, muitas vezes por motivos éticos, como a principal razão para o aumento das pesquisas acerca de chimpanzés nos Estados Unidos.<sup>91</sup>

A política pública está mudando. As 1.985 emendas ao Ato de Bem-Estar Animal dos Estados Unidos requeridas pela Secretaria de Agricultura para promulgar requisitos mínimos a um “ambiente físico adequado para promover o bem-estar psicológico dos primatas”, reconheceram implicitamente que primatas não-humanos têm psicologias merecedoras de proteção.<sup>92</sup> O Congresso aprovou o *Chimpanzee Health Improvement, Maintenance, and Protection Act* (“Ato de Melhoria da Saúde, Manutenção e Proteção do Chimpanzé”), em 2000, o qual disponibilizou até trinta milhões de dólares por ano para apoiar um sistema de santuário nos Estados Unidos, no qual centenas de “chimpanzés excedentes” poderiam se aposentar.<sup>93</sup> O Congresso também promulgou legislação para apoiar a conservação dos chimpanzés selvagens.<sup>94</sup>

Procuramos de longe provar que existe uma flexibilidade inerente na estrutura do *common law* que permite a seus juízes reavaliem cada norma jurídica por completo. Também, tenhamos demonstrado como o conferido estatuto jurídico de “pessoa” é um pré-requisito obrigatório para que tenham seus inte-

resses considerados na civil law. Nossa posição é, portanto, a de que juízes de direito têm o dever de pelo menos considerar as reivindicações de uma “coisa” que deveria ser considerada uma “pessoa”.

Na próxima seção, examinaremos que as causas acionadas no *common law* deveriam ser mais apropriadas quando um chimpanzé pretende estabelecer seus direitos fundamentais no *common law* para atos de liberdade corporal. Escolhemos dois antigos, porém poderosos, mandados do *common law*: o mandado de *habeas corpus* e de *homine replegiando*. Cada um tem uma longa história de proteção aos interesses humanos de liberdade corporal. Eles têm protegido, mesmo os interesses dos seres humanos não livres que foram classificados como coisas legais, tais como os vilões ingleses e os escravos negros. Defendemos que estes dois mandados devem concomitantemente estar à disposição dos chimpanzés para contestar a sua “coisidade” jurídica como tentativa de justificar os seus interesses fundamentais nas normas do *common law* para adquirir liberdade corporal.<sup>95</sup>

### **3. Escravidão e condição de servo na legislação anglo-americana**

William Blackstone escreveu: “sob o governo saxão, havia uma espécie de pessoas em condição de absoluta servidão, utilizadas e empregadas nos trabalhos mais servis e pertencendo, tanto elas como seus filhos, ao senhor da propriedade, assim como o resto do gado ou do material sobre ela”.<sup>96</sup> Os escravos saxões, os vilões da pós-conquista, e os escravos negros, no período da Rainha Elizabeth I, eram tratados como bens móveis pessoais ou imóveis sob a lei inglesa e, mais tarde, lei americana.<sup>97</sup> Não existia situação jurídica entre os escravos e os homens livres: ou era livre ou era escravo.<sup>98</sup> “*Civiliter mortuus*” (“civilmente morto”), esses escravos eram “coisas” que não tinham qualquer direito de personalidade, incluindo o direito instituir

litígio.<sup>99</sup> Mas, eventualmente, procedimentos mais evoluídos permitiram que através deles os escravos pudessem requerer seu status jurídico perante a Corte.

Ninguém sabe ao certo onde a escravidão humana inglesa teve origem ou quando apareceu, mas nós sabemos que os cristãos ingleses foram escravizando uns aos outros desde os mais remotos períodos anglo-saxões. Os escravos podiam ser comprados, vendidos e exportados sem que esta prática fosse questionada.<sup>100</sup> Sob uma lei saxônica inspirada no Direito Romano, os escravizados, devido à guerra, convicção criminal, ou acidente de nascimento, eram considerados bens móveis: qualquer atitude errada deles era perpetrada legalmente contra os seus proprietários. Por volta do século X, a lei saxônica concedeu aos escravos humanos alguns privilégios legais, enquanto continuava a tratá-los normalmente como coisas. Sua coisificação legal se refletiu em um acordo entre saxões e celtas que estabelecia uma substituição de valores em caso de perda de animais não-humanos. Ambos, o escravo humano e a égua, foram avaliados na quantia de vinte centavos de libra.

Já em 1086, Domesday Book constatou que, entre dez e vinte e cinco por cento dos anglo-saxões foram escravos. O colonizador Normando não tinha tradição de considerar os escravos como bens móveis e acreditava que os homens livres poderiam desenvolver de forma mais eficiente as terras recém-conquistadas e aumentar a renda dos proprietários normandos. Assim, puseram-se a libertar os escravos ingleses. No início do século XII, restava apenas um punhado de escravos, de propriedade da Igreja Católica. Em 1102, o *Council of Westminster* (“Conselho da Catedral Ocidental”) formalmente proibiu o comércio de escravos humanos, declarando: “[ninguém] de agora em diante, passará a ter a pretensão de continuar com o comércio vergonhoso exercido até então, em que os homens eram utilizados na Inglaterra para serem vendidos como animais irracionais”.<sup>101</sup>

Embora a escravidão saxônica tenha desaparecido após sessenta anos da conquista normanda, muitos vilões ingleses per-

maneceram “vilões, a maior parte constituída pela população inglesa, como registrado no Domesday Book”.<sup>102</sup> Havia dois tipos de vilões: os vilões saudosos, vinculados à terra, e vilões brutos, associados aos seus senhores. Desacordos existem sobre até que ponto os vilões foram escravos pessoais.<sup>103</sup>

Em meados do século XIII, um parecer judicial relatou que “condes, barões e os inquilinos livres deveriam legalmente (...) vender seus [vilões] como bois ou vacas”, e o rol de apelos contém evidência de muitas vendas de vilões.<sup>104</sup> Lorde Holt, Chefe de Justiça da Corte do Rei de Bench, na virada do século XVIII, não gostava da escravidão negra, no entanto, não achava que vilões eram escravos: “alguém pode ser um vilão, na Inglaterra, mas não um escravo”.<sup>105</sup> A “slaveophilic” Suprema Corte da Geórgia concordou, afirmando que “qualquer analogia equiparável com a atividade dos vilões do período feudal é totalmente falaciosa”.<sup>106</sup> Os vilões podem ter sido possuídos por seus senhores, mas eles ainda tinham privilégios que os escravos negros nunca tiveram, como o direito de se casar. Para piorar, eles eram propriedade definitiva dos seus senhores, mas tinham direitos legais contra qualquer outra pessoa no mundo.<sup>107</sup>

Enquanto um escravo saxão esperava por uma liberdade que estava limitada a alforria voluntária ou a fuga, um vilão poderia melhorar o seu status legal de forma indisponível para escravos. Ele poderia fazê-lo através da conduta do seu senhor, residir em determinadas cidades ou bairros por um ano e um dia sem reivindicação do senhor ou por ordenação, cavalaria, casamento e outros meios. Blackstone observou que os vilões “não podiam deixar seu senhor sem sua permissão, mas se eles fugissem ou fossem roubados do senhor, poderiam ser reclamados ou recuperados via Ação, como animais ou outros bens móveis”.<sup>108</sup>

Como a presunção do direito costumeiro em favor da liberdade evoluiu, tornou-se cada vez mais difícil provar que alguém era um vilão. A menos que alguém confessasse, no Tribunal, ser um vilão, tinha que ser provado que era descendente de um vilão de ações, ininterrupta por ilegitimidade, desde que saísse da

sua mente. Alguns têm sugerido que um vilão poderia, uma vez tendo iniciado diretamente uma ação para estabelecer seu *status* de liberdade; outros afirmam que este direito, se existiu, desapareceu em 1302, talvez por 1230.<sup>109</sup> Mais tarde, o mandado de *homine replegiando* permitiu aos vilões testar o seu *status* legal.

Mandados do *common law* evoluíram para o uso por um senhor que poderia conduzir a atribuição do *status* legal de um vilão. O mandado de *naifty* foi usado por senhores tão previamente quanto o mais antigo processo do século XII impetrado para determinar se um vilão em alegação era ou não era livre.<sup>110</sup> Durante o século XIII, um senhor que reivindicava que um vilão poderia impetrar um processo perante um tribunal de uma comarca, em seguida, entregava um mandado de “naifty” para o delegado. Se o vilão alegado, em seguida, pedisse que fosse livre, o delegado e tribunal da comarca perdia a jurisdição e o caso ia para um Tribunal Real. Para continuar o litígio, o senhor tinha de obter uma quantia de nativos ou o vilão em alegação, obter um mandado de liberdade probanda, também chamado de mandado “monstravit”.

Até 1351, quando o Parlamento severamente o enfraqueceu, o mandado “monstravit” permitiu que o vilão alegado permanecesse livre durante a pendência de um processo que poderia durar vários anos.<sup>111</sup> Em seu célebre argumento para o Tribunal do Rei de Bench, no caso de Somerset v. Stewart de 1772, o advogado Francis Hargrave observou que os tribunais do *common law* atribuíam o ônus da prova ao senhor, sempre que a liberdade de um vilão estivesse em causa. Este foi o caso, tanto com o mandado de *homine replegiando*, em que o vilão foi o autor, e o mandado de *nativo habendo*, em que o vilão foi o réu.<sup>112</sup>

Durante centenas de anos, cada vez mais perplexos com o espetáculo do poder despótico que homens ingleses exerciam sobre outros homens ingleses, os jurados começaram a hesitar em considerar alguém como vilão. Assim, a condição de servo feudal foi extinta no final do século XVI, não porque tenha sido formalmente abolida, pois nunca foi, mas porque a oferta de vi-

lões diminuiu e nenhum foi criado. O último caso envolvendo um vilão foi decidido em 1618 com um veredicto do júri favorável ao vilão.<sup>113</sup>

## 4. O mandado de *homine replegiando* no *common law*

### 4.1. O desenvolvimento do mandado de *homine replegiando* no *common law* da Inglaterra

O mandado de *homine replegiando* no *common law* é o mais antigo “mandado de liberdade” do direito inglês; ele apareceu no “Pipe Rolls” na metade do século XII.<sup>114</sup> O mandado “era o remédio popular mais usual para obter a liberação de simples custódias”, e ordenava um delegado ou uma pessoa particular a transformar a privação da sua liberdade em outra pena, tendo o prisioneiro que pagar fiança.<sup>115</sup> Isto evoluiu dentro do método do *common law* para tentar atribuir título aos vilões apreendidos por um senhor através do mandado de “nativo habendo”.<sup>116</sup>

O *homine replegiando* é uma espécie de reivindicação. É o direito de posse, que geralmente toca aos corações dos reivindicados.<sup>117</sup> Em certo momento, o Chefe de Justiça Holt escreveu: “não há diversidade entre um *homine replegiando* e uma reivindicação comum para o gado”.<sup>118</sup> O *homine replegiando* empresta tudo o que pertence a uma das reivindicações de bens.<sup>119</sup> Blackstone escreveu: “o mandado de *homine replegiando* existe para reivindicar um homem fora da prisão, ou fora da guarda de qualquer pessoa privada (da mesma forma que bens móveis tomados em sofrimento pode ser reivindicados...)”.<sup>120</sup>

A distinção conceitual entre os dois tipos de reivindicação não é a de que a reivindicação comum se aplica aos não-humanos e o *homine replegiando* se aplica aos seres humanos. Geralmente reivindicação comum se aplica a coisas jurídicas, enquanto o *homine replegiando* se aplica às pessoas jurídicas. Os seres humanos ocasionalmente se incluem em ambas as categorias.<sup>121</sup> Juntas,

reivindicação comum e *homine replegiando* foram destinados a ocupar todo o domínio da Reivindicação, para incluir todas as coisas e todas as pessoas injustamente detidas. É certo que houve uma perversidade ocasional e teoricamente a tabela de “unsuppoi” usa o mandado de *homine replegiando*, interpondo os casos existentes antes da Guerra e os mestres americanos que procuram recuperar os escravos desobedientes. Mas os juízes, ao invés disso, devem ter exigido dos mestres que fizessem valer a alegação de interesse comum da reivindicação.

Com um pequeno número de exceções irrelevantes, a reivindicação comum foi concebida para abranger “todas as espécies de propriedade, animadas, inanimadas, tangíveis e móveis possíveis”.<sup>122</sup> Primariamente dirigiu-se ao direito de posse, que era muitas vezes uma parte do direito de propriedade, uma coisa jurídica de uma pessoa jurídica, um direito que era inerente a tais relações, como entre o homem e o arado, o homem e o boi, e homem e o escravo.<sup>123</sup> Por outro lado, o *homine replegiando*, geralmente era aplicado à auto-propriedade, que era um direito da pessoa jurídica de exigir a liberdade de restrição corporal.

O historiador jurídico Frederick Maitland observou que “a conexão (...) entre Reivindicação e Liberdade é óbvia”, e ainda declarou que “quando um homem é injustamente privado da sua liberdade, ela deve ser reivindicada”.<sup>124</sup> Isto se harmoniza bem com a afirmação de John Locke feita no século XVII de que cada ser humano “tinha uma propriedade em sua própria pessoa”.<sup>125</sup> Junto com Thomas Hobbes, Locke apregoada o “individualismo possessivo”, a idéia que o ser humano poderia possuir um atributo como a liberdade individual, da mesma forma que poderia ter sua própria propriedade.<sup>126</sup>

O mandado de *homine replegiando* geralmente permitia a libertação imediata de alguém que estava procurando reivindicar a si mesmo para liberdade.<sup>127</sup> No entanto, em meados do século de “Blackstone”, numerosas exceções e procedimentos se adicionaram aos mandados. Isto fez que o habeas corpus se tornasse o mais eficiente mandado de escolha da maioria das pessoas

detidas ilegalmente.<sup>128</sup> Mas o mandado de *homine replegiando* continuava a ser viável. Em 1758, John Wilmot Eardley, um jurista do Tribunal do Rei de Bench, e o futuro Chefe de Justiça do Tribunal de Fundamentos Comuns, escreveram que uma vez que uma boa declaração fosse prevista antes do Tribunal, se um mandado de habeas corpus fosse inadequado, “o caso não era irremediável: pelo Common Law, o mandado de *homine replegiando* iria liberá-lo claramente”, como um mandado de direito.<sup>129</sup> Um mandado de *homine replegiando* possuía uma grande vantagem sobre o recurso de habeas corpus.<sup>130</sup> Diferentemente do habeas corpus, o *homine replegiando* permitia julgamentos.<sup>131</sup>

Em 1786, o Chefe de Justiça McKean, do Supremo Tribunal da Pennsylvania, recomendou que um termo de liberdade interposto a favor de um escravo negro originalmente como um mandado de habeas corpus fosse transformado em mandado de *homine replegiando* de modo que o júri pudesse decidir a questão da liberdade.<sup>132</sup> Antes da Guerra, abolicionistas do Norte entendiam esta vantagem “de um julgamento de júri direcionado a pessoas que estavam em significativa desvantagem nos termos da legislação vigente, mas que poderiam contar com a simpatia e o apoio de uma porção predominante da comunidade (...)”.<sup>133</sup> Os escravos poderiam preferir um mandado, como habeas corpus, que prometia simplesmente libertar. Mas eles se contentariam com um, como de *homine replegiando*, que estendia a possibilidade de uma liberação mais lenta, mas certamente mais perceptora da servidão.

## 4.2 A decisão de *homine replegiando* e a escravidão humana na América (EUA)

O precedente de *homine replegiando* foi incorporado na legislação das colônias americanas e depois dos estados americanos que adotavam o mesmo sistema do *common law* inglês.<sup>134</sup> A utilização da decisão parece ter sido relativamente difundida<sup>135</sup> na



América com “a maioria dos estados reconhecendo seu poder para relacionar a decisão ao *common law*”.<sup>136</sup> Em sua forma pura de *common law*, a decisão de *homine replegiando* foi utilizada na colônia de Massachusetes por negros buscando liberdade; seu estatuto pós-Revolução ajudou a superar procedimentos decisórios arcaicos.<sup>137</sup> Em 1837, um relatório da casa de representantes de Massachusetes estabeleceu que “se um feitor/capitão recapturar alguém que não é seu escravo, ele estará sujeito a conceder sua custódia a qualquer pessoa no processo de *habeas corpus* ou conforme a decisão /precedente de *homine replegiando*”.<sup>138</sup>

Nos últimos anos, na República Norte Americana, o precedente de *homine replegiando* foi utilizado em pelo menos seis outros estados: Maine, Pensilvânia, Maryland, Carolina do Sul, Mississipi, e Virginia. Da mesma forma, “em Massachusetes, Nova Iorque, Pensilvânia e especialmente em Maine, o precedente era aparentemente muito familiar aos advogados e “parecia ter sido utilizado para praticamente todos os propósitos para os quais se impetrou um *habeas corpus*” incluindo processos criminais, prisão civil, serviço militar, questões relacionadas ao poder familiar e à guarda de criança e disputas de feitores/capatazes.<sup>139</sup>

Em 1823, uma corte federal na Carolina do Sul, respondendo à manifestação de que o precedente de *homine replegiando* “não é para ser retirado das cinzas do *common law* para ser usado agora contra o estado da Carolina do Sul”, observou que “ele estava inculpido como lei na jurisprudência da Carolina do Sul, embora desconhecido na prática atual dos casos para os quais é aplicável. No estado de Nova Iorque é popularmente utilizado.<sup>140</sup> Em 1834, o Chanceler Halworth, na Corte de Nova Iorque na Corregedoria expôs que quando a Lei de 1793 sobre escravos fugitivos foi sancionada:

[...] o precedente do *common law* do *homine replegiando*, com o propósito de definir o direito do feitor para os serviços do escravo, se tornou bastante conhecido pelas leis de diversos estados, e foi constantemente

utilizado com este propósito, exceto quando isto foi deslocado para outros procedimentos de *habeas corpus*, ou pela legislação local.<sup>141</sup>

No ano seguinte, uma Corte Federal em Nova Iorque adotando o precedente de *homine replegiando* preenchido por uma lei federal de escravos fugitivos, concedeu que “o precedente é hábil a definir a questão da escravidão, e embora rapidamente obsoleto, esta corte não poderia negar à parte seu direito de apresentá-lo (...)”.<sup>142</sup>

Maine complementou este precedente do *common law* com uma lei substancialmente copiada de Massachusetts e voltado para aqueles “privados de liberdade, ou detidos”.<sup>143</sup> Uma versão posterior foi usada em favor de uma pessoa privada de sua liberdade sem motivos legais e em favor de seu benefício.<sup>144</sup>

Relatórios da Pensilvânia contêm numerosos exemplos do uso do precedente.<sup>145</sup> Em 1817, a Suprema Corte da Pensilvânia recusou o precedente de *habeas corpus* no caso de um negro que pedia por sua liberdade, visto que o caso foi ouvido por outra corte. Mas, parafraseando a Justiça Wilmot inglesa, a corte declarou que “a parte não está sem remédio, como ele utilizou o *homine replegiando*”.<sup>146</sup> Em 1847, uma corte suprema na Pensilvânia adotou o precedente na situação de um xerife detendo um suspeito negro fugitivo em obediência da Quarta seção da Corte da Filadélfia.<sup>147</sup>

A maioria das cortes do sudoeste, entretanto, não ficaram muito entusiasmadas com relação à utilização do precedente nos casos de escravos negros. O poder do precedente em restaurar imediatamente a liberdade de um peticionário, causou ao mesmo tempo um julgamento antecipado dos juízes do sudoeste e legislaturas em seu desfavor, restrição ou até mesmo abolição.<sup>148</sup> Alguns juízes evocavam a decadência do precedente por haver caído em desuso, permanentemente substituído pelo precedente do *habeas corpus* e outras causas de ação.<sup>149</sup> A Suprema Corte da Carolina do Sul, acreditando que o precedente foi “calculado para ser extremamente prejudicial para aqueles que realmente

se transformam em fatores” entendeu sua substituição pela Lei de Liberdade.<sup>150</sup> A corte de apelação da Virgínia observou que:

[...] antes da Lei da Virgínia de Liberdade de 1795, o *habeas corpus* e o de *homine replegiando* foram evocados por escravos em busca de liberdade, mas tais remédios se mostraram vexatórios e inseguros, em outras palavras, eles trabalharam um novo procedimento foi previsto pela Lei (...) o *homine replegiando* foi repellido e o *habeas corpus* foi considerado não mais apropriado.<sup>151</sup>

### 4.3 Um chimpanzé é recolhido para utilizar o precedente do *common law* de homine replegiando, a fim de confrontar sua condição de coisa

Nós vimos que os frutos do precedente da liberdade de *homine replegiando* foram amplamente utilizados por vassalos e escravos negros a fim de confrontar detenções ilegais. Enquanto outros afirmavam ser o precedente obsoleto, ele não era. Foi temporariamente encoberto por outros remédios, especialmente o *habeas corpus* mais eficiente. Mas o precedente de *homine replegiando* continua existindo, e é adequado quando os demais remédios usuais não o são.<sup>152</sup>

Um argumento similar de caducidade foi rejeitado pela Corte Distrital dos Estados Unidos em 1879, quando índios americanos pensaram em usar o precedente federal do *habeas corpus* pela primeira vez. O Governo solicitou que:

[...] Esta é a primeira instância na qual os Índios têm permissão para impetrar e manter o *habeas corpus* em uma corte federal e não ficar sem jurisdição (...) Este não é seguro. Não pode ser justo que por conta de nenhum Índio antes haver evocado o precedente numa corte federal, a autoridade legal não exista. Poder e autoridades legais conferidas não deixam de existir em consequência de sua pouca utilização. Embora, muito tempo tenha se passado, há várias gerações desde a lei original do *habeas corpus act* (...) o que não significa que aqueles indígenas não possam se proteger através de suas prescrições, simplesmente porque seus ancestrais não fizeram o mesmo.<sup>153</sup>

Mesmo que uma corte tenha determinado o precedente de homem como obsoleto, seria verdade somente em relação aos seres humanos que possuem diversos mecanismos poderosos para escolher. Mas o *common law* somente está alcançando as situações nas quais é plausível de acordo com a moralidade, a política e níveis de experimentação, para um chimpanzé petionário com sucesso evocar o precedente nas apelações com os mesmos argumentos dados em casos de humanos cativos que usaram o precedente por não haver outro remédio.

O precedente está disponível para ser evocado por um chimpanzé petionário que tenha sido ilegalmente detido em qualquer jurisdição que originalmente incorporou o *common law* da Inglaterra e não tenha revogado o precedente por legislação ou ação judicial. Mesmo quando a corte determina que um chimpanzé seja coisa legalmente detida, isto não pode ser argumento para negar a capacidade do chimpanzé como petionário de utilizar precedente de homem pela primeira vez.

Um chimpanzé, como qualquer outro petionário que apresenta o precedente, será titular do mérito de ter seu caso decidido por um júri. Assim, como no caso dos escravos, foi mais vantajoso usar o precedente de *homine replegiando* e demandar por um julgamento através do júri, do que através do *habeas corpus*. Também parece mais prudente, para quem representa um chimpanzé, lançar mão do precedente do que do *habeas corpus*. Ambos, o escravo negro e o chimpanzé, estão e estarão da mesma forma em desvantagem “significativa perante a lei”, sendo que ambos terão de contar com a simpatia e o apoio de parcela da comunidade.<sup>154</sup>

Este caminho foi real em estados do nordeste antes da Guerra Civil Americana. O que provavelmente seria irreal nos Estados Unidos quando entramos no século vinte e um, quando a consciência dos americanos parece estar acima da média. Em 2001, uma pesquisa revelou que cinquenta e um por cento dos americanos acreditam que os chimpanzés deveriam ser tratados “de forma semelhante às crianças, com um tutor para lhes garantir

seus interesses”, com somente vinte e um por cento reportando que chimpanzés deveriam ser tratados como propriedade.<sup>155</sup> Portanto, o precedente de *homine replegiando* poderia se converter em extremamente prejudicial, vexatório e inseguro para os adestradores de chimpanzés escravos como ocorreu no caso dos feitores de negros na Carolina do Sul e Virginia. Como em setembro de 2005, uma decisão brasileira demonstrou a simpatia dos juízes.<sup>156</sup>

## 5. O mecanismo do *Habeas Corpus* no *common law*

### 5.1 O desenvolvimento do *Habeas Corpus* na Inglaterra

“É o mais celebrado na lei inglesa” disse Blackstone, e o direito mais fundamental na legislação anglo-americana.<sup>157</sup> Bastante disseminado e imune a desafios técnicos e adequado para ambos os sistemas legais, do *common* e *civil law*, o remédio do *habeas corpus* nos casos de restrição ilegal, pública ou privada e sempre que ocorrer. Começou modestamente como um precedente do *common law* voltado a conferir a aparência de segurança que ignoraram repetidas assembleias de um tribunal. Seus antecedentes podem ser encontrados no século dezoito, quando tribunais anglo-saxônicos requereram a um acusado comparecer para pagar indenização, o preço de uma vida ou injúria. Se o acusado ignorasse esta audiência, então desconhecia o conteúdo da decisão, o revel poderia ter sua propriedade apreendida, possivelmente ser preso ou até morto caso resistisse.<sup>158</sup> Próximo do final do século XI, William, o Conquistador, introduziu um precedente que determinada que os xerifes fossem parte nas audiências. Um século depois, Henry II expandiu o precedente, ordenando que os xerifes fossem considerados como acusados antes perante um tribunal.<sup>159</sup>

De acordo com a mentalidade da metade do século trezes, juízes usavam o precedente de *habeas corpus ad respondendum* (“dar ao corpo a resposta”) a fim de alcançar defesa<sup>160</sup>. Naquele tempo, Bracton redigiu que um xerife deveria ser obrigado a apresentar aquele que falhou três vezes a comparecer nas audiências<sup>161</sup>. As cortes daquele período também requeriam o comparecimento nos casos de terras controladas “quod distringat eum per omnes terras... Et quod habeat corpus... (para desapropriar a terra, deste modo tinha-se o corpo),” e eventualmente eram aconselhados a usar o *capias*<sup>162</sup>. As Cortes começaram a usar *habeas corpus ad respondendum* de outras formas, inclusive para obrigar um xerife ao juri<sup>163</sup>. Naquele tempo, o *habeas corpus* não tinha nada que ver com a justificação de uma detenção ilegal. Ao contrário, era voltado a “pessoas que não estavam custodiadas, mas soltas” ou iniciando um procedimento, foi essencialmente uma técnica para conseguir “que se fizesse algo que o processo ordinário das cortes não estava adaptado a fazer”.<sup>164</sup>

No início do século XIV, prisioneiros começaram a utilizar o *habeas corpus* para casos de *certiorari* ou *audita querela*, e posteriormente o desenvolvimento do precedente de prerrogativa.<sup>165</sup> O precedente de *certiorari* abrangeu casos de prisioneiros nos tribunais inferiores para um superior, e mais frequentemente, da aplicação do *common law court* para Cortes de equidade. O *habeas corpus* alcançou o corpo do prisioneiro perante a Corte. Esta combinação desenvolveu o *habeas corpus cum causa*, para aqueles prisioneiros que detidos por pessoas públicas ou particulares pudessem ser ouvidos por uma instância superior a respeito de sua detenção ilegal.<sup>166</sup> Isto se tornaria uma arma formidável nas mãos de cortes competindo por poder, por exemplo, as Canônicas, Eclesiásticas, de Alto Comissariado, Cortes superiores em relação às instâncias inferiores, etc.<sup>167</sup>.

O *habeas corpus cum causa* foi incorporado por juízes de cortes inferiores, nos casos de detenção. Da combinação de ambos os precedentes, no início do século XVI, o *habeas corpus* começou a obter uma aparência mais moderna e a funcionar com

independência. Rapidamente, começou a produzir efeitos mais rápidos no sentido de “fazer cessar o comando e devolver o corpo para a causa”.<sup>168</sup> Isto foi em parte resultado do grande poder disputado entre as cortes do *common law* e as estrangeiras com seu Corpo de Conselho.<sup>169</sup> Também em 1587, a Corte das Petições Comuns poderia ordenar a soltura de um prisioneiro, quando o precedente de *habeas corpus* cum causa estabelecesse que o prisioneiro estivesse sendo detido “per mandatum Francisci Walsingham” Elizabeth’s Fs chief spymaster.<sup>170</sup>

No entanto, há limites em relação ao poder do *Habeas Corpus* da Corte contra o soberano. No famoso caso dos cinco cavalheiros de 1627, o mais proeminente advogado inglês argüiu sem sucesso que certos cavalheiros ordenados prisioneiros, pelo conselho do rei, por se recusarem a pagar taxas, tinham que ser soltos ou então as causas de suas detenções deveriam ser especificadas.<sup>171</sup> A casa dos comuns respondeu com as cláusulas 5 e 8 da Petição de Direitos, as quais dispõem que sujeitos presos sem causa aparente (explícitas), e que forem trazidos à Corte pelo *writ* de *habeas corpus* “para sofrer e receber” o que a Corte irá ordenar, “nenhuma causa foi certificada, mas eles foram detidos pelo comando especial de sua Magestade (...)”<sup>172</sup>, os comuns pediam humildemente (...) que nenhum homem livre, de nenhuma maneira (...) seja preso ou detido (...)”<sup>173</sup>, a petição de direitos recebeu o assentimento real.

No ano seguinte, o Conselho privativo, então na Câmara Star, prendeu um mercador inglês por falar insolentemente com o Conselho. Por duas vezes a corte de magistratura do rei ordenou sua soltura com *writ* de *habeas corpus*. O caso da Câmara confirmou que o *writ* de *habeas corpus* assumiu um grande papel na proteção da jurisdição das cortes do direito comum. De fato, questionando a validade do compromisso, previamente o efeito incidental do *writ*, começa a se tornar seu objeto mais importante. No julgamento do professor Duker, “isto foi neste ponto (...) o que *writ* de *habeas corpus* embarcou nessa jornada como “o

mais alto remédio do direito, para qualquer homem que esteja preso”.<sup>174</sup>

O Parlamento continuou a executar o Ato de *Habeas Corpus* de 1641. Este instituto declarava que qualquer preso pela Corte, rei ou pelo conselho privativo, poderia propor o *writ* de *habeas corpus* perante as cortes de magistratura do rei ou de pedidos comuns. Este não era somente um instituto, mas a declaração do direito existente.

A custódia do prisioneiro pode ser ordenada para “trazer (...) o corpo da (...) grupo que cometeu (...) e (...) assim como certificar a verdadeira causa do tão (...) aprisionamento, e por isso a corte (...) terá procedido para examinar e determinar qual foi a causa do compromisso (...) ser justo ou legal (...)”.<sup>175</sup> Em 1670, exatamente com o *writ* do *habeas corpus*, o chefe de justiça Vaughan, da corte de pedidos comuns, ordenou a soltura, na torre de Londres, dos bravos jurados que insistiram na absolvição de William Penn depois do julgamento do juiz alertar expressamente contra isso. Vaughn proclamou que “o *writ* de *habeas corpus* é agora o remédio mais usual com o qual o homem tem sua liberdade restaurada de novo, se ele foi privado desta ilegalmente”.<sup>176</sup> É claro que alguns juízes ainda têm meios de evitar ou de atrasar os processos de presos detidos, ordenando eles amarrados em navios para terras distantes, se recusando a receber *writs* propostos quando a corte estava em suas frequentes férias, e impondo altas fianças.<sup>177</sup> Este, e outros abusos, levaram à passagem ao Ato de *habeas corpus* de 1679, o mais renomado estatuto inglês, dito Blackstone para ser “outra magna carta”.<sup>178</sup>

Este ato foi determinado para remediar esses defeitos, e até para permitir que terceiras pessoas pudessem propor *writs* de *habeas corpus* em nome dos detidos.<sup>179</sup> No entanto, ele não foi determinado para prisões ordenadas pela casa dos comuns ou detenções não criminais. Nem foi determinado para suplantar o direito comum, para o *writ habeas corpus* “tem o escopo mais amplo que (...) o Ato de *habeas corpus*; pois pode ser utilizado em toda a sorte de casos (...)”.<sup>180</sup> Mas até mesmo em certas circuns-



tâncias não cobertas pelo Ato de *habeas corpus*, “quando o *writ* era utilizado no direito comum, (a corte) adotava, na prática, as previsões do ato de 1679<sup>181</sup>, do mesmo modo que o mesmo era aplicado. Os *writs* de *habeas corpus* agora começam regularmente a tratar de assegurar a soltura de “prisões de pessoas privadas, ou de prisões de outros não responsáveis pelo crime”.<sup>182</sup>

Por que muitos continuaram percebendo deficiências no *writ* de *habeas corpus*, especialmente em encarceramentos navais, em 1758 a casa dos comuns votou para emendar o Ato de *habeas corpus* de 1679.<sup>183</sup> Mas o projeto de lei encontrou uma implacável oposição do Lorde Mansfield, chefe de justiça da corte de magistratura do rei Hardwicke, Lorde chanceler. O que Horace Walpole descreveu como “a única voz, a qual, no último caso, teve um efeito real: a qual convenceu muitas pessoas”.<sup>184</sup> Lorde Mansfield argumentou:

[...] que as pessoas apoiaram isso da infundada imaginação de que a liberdade estava preocupada nisso, enquanto isso tinha pouco a fazer com a liberdade nas leis de navegação a não ser o ato de encorajar o cultivo de furiosos; a ignorância nos assuntos dessa natureza era extremamente perdoável, desde que o conhecimento de leis particulares requeria um estudo particular delas; que o grande gênio sem estudo não pode se tornar senhor de si assim como da literatura japonesa sem entender a língua do país; por isso, o *writ* de *habeas corpus* no direito comum era um remédio suficiente contra todos os abusos os quais o projeto supostamente retificasse.<sup>185</sup>

Enquanto o projeto estava pendente na casa dos Lordes, ele enviou dez questões sobre o direito corrente do *habeas corpus* para todos os juízes reais. O juiz Wilmot deu uma longa resposta, em que forneceu a mais compreensiva descrição da lei de *habeas corpus ad subjiciendum* na existência desde o tempo da revolução americana. Wilmot manteve que a lei comum do *habeas corpus* alcançou detenções privadas, mas que o ato de 1679 deveria ser aplicado somente para cometimentos criminais e não para urgências ilegais no serviço militar.<sup>186</sup> O *habeas corpus* não era uma ação civil, ele insistia, mas o “*writ* de remédio mandatório” com

o qual o juiz comanda a produção de um pedido daquele que foi preso ilegalmente. Ele estatui ainda: “este é um *writ* de uma soberana e transcendente autoridade, e que nenhum privilégio de pessoa ou lugar pode se colocar contra isso. Isso corre, no direito comum, por todos os domínios da coroa. Isso está acomodado a todas as pessoas e lugares”.<sup>187</sup>

O *writ* não era uma questão como uma matéria de curso, Wilmot escreveu, porque muitas prisões eram legais. Isso inclui detenções em prisões religiosas abaixo da Yoke de villeinage; agora, restrições podem legalmente serem impostas por maridos a mulheres, pais a filhos, guardiães a protegidos e senhores a aprendizes. Outros podem ser legalmente detidos como resultado de fiança, enquanto os pobres podem ser legalmente confinados em hospitais e casa de trabalho, e loucos podem ser levados para comissões de loucura.<sup>188</sup> Mas qualquer peticionante que pudesse demonstrar a provável causa que verificou a declaração juramentada, de que a detenção dele foi ilegal, estava intitulado para o *writ* de *habeas corpus* como matéria de direito, e nenhuma corte podia legalmente denegar isto.<sup>189</sup>

## 5.2 Somerset v. Stewart – o uso paradigmático do *writ* de *Habeas Corpus* em nome de um escravo negro.

Em 28 de novembro de 1771, uma das mais significantes petições do *writ* de *habeas corpus* chegou às câmaras do chefe de justiça, rei de Bench Mansfield.<sup>190</sup> Dentro de suas atribuições como um membro da casa dos lordes, 13 anos antes, Lorde Mansfield desempenhou um importante papel em impedir a casa dos comuns de estender o alcance do Ato de *habeas corpus* de 1679. Como ele atracou com a demanda de amigos de James Somerset para sua liberdade, relembra um marco na luta pela liberdade humana e não humana.<sup>191</sup>

Duzentos e trinta e três anos após, em 2004, a Corte Suprema dos Estados Unidos caracteriza o julgamento do lorde Mansfield como “a soltura por *habeas corpus* de um escravo africano comprado na Virgínia e detido num navio ancorado na Inglaterra e amarrado na Jamaica”; a Corte anotou no rodapé esta caracterização para a seguinte sentença: “No direito comum, as cortes exercem a jurisdição do HC para os clamores de estrangeiros detidos em territórios soberanos”.<sup>192</sup> Mas James Somerset, de 33 anos, não foi seu estrangeiro. Seqüestrado com sete anos, vendido para um escocês, Charles Steuart, na Virgínia, Somerset foi possivelmente propriedade de Steuart na Inglaterra, capaz de ser comprado, vendido, emprestado, hipotecado e herdado como qualquer outra coisa. Ele era inquestionavelmente propriedade de Steuart sob a lei da Virgínia.<sup>193</sup>

A ação de Somerset provavelmente foi proposta por seus avôs, pois naquele momento o africano foi atacado a bordo do “Ann and Mary”, que se preparava para ancorar na Jamaica, aonde ele iria ser vendido para trabalhar arduamente na cana de açúcar como punição por insultar e escapar de Stuart em Londres. O Lorde Mansfield não estava ansioso para ordenar este HC. Trancado por longos anos em muitos conflitos públicos com o determinado abolicionista Granville Sharp, acerca da legalidade da escravidão humana na Inglaterra, finalmente se livrou do último caso de escravidão de Sharp, Lewis v. Staphylton, o qual empestiu ele por muitos meses.<sup>194</sup> Lorde Mansfield pôde claramente se livrar da petição de Somerset.

Mansfield questionou se a própria pessoa havia proposto o *writ* de Somerset. Este problema se apresentava a ele toda vez que um senhor demandava o retorno de um aprendiz ou escravo negro colocado no serviço militar, pois o aprendiz ou escravo não podia propor se ele quisesse fazer. Como no caso de Somerset, uma terceira pessoa peticionou para o detido, um agente, ou talvez um amigo, a petição refletiu o que a pessoa detida queria. Esposa e marido podem peticionar uns para os outros, pais para seus filhos, filhos para parentes de idade, guardiães para

guardiados, irmãos para irmãs. Mas, exceto em circunstâncias não usuais, os juízes usualmente se recusam a considerar ações propostas por estranhos.<sup>195</sup> Ele esteve tão inclinado, que Lorde Mansfield poderia ter achado que os avós, se tivessem peticionado para Somerset, seriam meros estranhos.

Significativamente, o Lorde Mansfield declarou o *writ* de HC e eventualmente libertou James Somerset, apesar do adverso retorno para o navio do capitão John Knowless. Knowless estatuiu que, como Somersetera escravo na África, ele tinha sido pego na África como escravo, que nas colônias americanas e na Jamaica escravos como Somerset eram “vendidos e liquidados como coisas e que os escravos eram propriedade dos senhores”, que Somerset tinha sido vendido para Steuart, e (quatro vezes) descreveu Somerset como um negro de propriedade de Steuart.<sup>196</sup>

Na maneira pela qual o Lorde Mansfield descreveu seu recente uso do HC para retirar escravos negros dos navios reais, no recente despachado caso Lewis apareceram premissas, se ambíguas, ainda problemáticas, para James Somerset. Na abertura da corte, o Lorde Mansfield estatuiu que “eu tenho garantido vários *writs* de HC em declarações de senhores para seus negros, dois ou três eu acredito, entre declarações de senhores argüindo a compra e a propriedade de seus negros pressionados. Eu tenho garantido HC para devolver eles para seus senhores (...)”.<sup>197</sup>

Lorde Mansfield estava aqui simultaneamente repudiando uma forma de detenção forçada, o aprisionamento naval, enquanto reforça outra, a escravidão. Granville Sharp pensava que o uso do *writ* por Mansfield para libertar os negros do aprisionamento era inteiramente admirável, “um claro conhecimento da ilegalidade da prisão (...) e um alívio para a opressão ilegal”.<sup>198</sup> Este aparentemente significava que o Lorde Mansfield acreditava que os escravos negros possuíam a liberdade que o HC foi feito para proteger e tentou com grande alívio contra aquele aprisionamento errado.

Ainda, a sentença do Lorde Mansfield foi internamente inconsciente. Em um suspiro, ele clamou o emprego do *writ* para o

retorno dos escravos negros pressionados no navio para algum senhor que pudesse provar sua compra e propriedade.<sup>199</sup> Mas o *writ* do HC não foi e não é hoje feito para permitir um juiz ordenar o retorno da propriedade; a corte só permitiu isso para remediar a privação da liberdade.<sup>200</sup> Granville Sharp acreditava que esse uso do HC “para devolver um pobre miserável, contra sua vontade, para as mãos de um tirano senhor, o qual odiava e o tratava meramente como uma coisa, ou propriedade e não como um homem”, fez do chefe de justiça ser culpado por injúria.<sup>201</sup> Toda conduta que possa privar o país de um usual marinheiro, injúria cruel do pobre negro a ele mesmo, que foi arrastado para o serviço do rei, para devolvê-lo, contra a sua vontade, para as mãos do cruel tirano, e injuriou a lei inglesa “pervertendo o *writ* constitucional com o propósito inteiramente oposto do uso original, significado e intenção”.<sup>202</sup> O uso do *writ* pelo Lorde Mansfield para assistir o senhor para ter de volta seus escravos foi uma impropriedade, como clamou Sharp. Isso também pressagiou o ocasional abuso do *writ* de *homine replegiando* por senhores em antebellum América para recuperar seus escravos. O Lorde Mansfield devia ter determinado que os senhores usassem outro *writ*, ao invés de tornar o *writ* de HC um instrumento de liberdade para uma opressão.<sup>203</sup>

O retorno dos escravos para seus senhores determinado por Lorde Mansfield, por outro lado, foi estranho. *Writs* de HC usualmente colocavam aprendizes presos livres; eles não retornavam para seus senhores.<sup>204</sup> Blackstone igualou os aprendizes a escravos negros. A escravidão se tornou “não mais que o mesmo estado de subjeção da vida, no qual cada aprendiz se submete, pelo espaço de sete anos, ou às vezes, por um longo período.”<sup>205</sup> O Lorde Mansfield tratou escravos e aprendizes diferentemente. Mas se um negro preso era propriedade do senhor, o Lorde Mansfield nunca deveria ter usado o *writ* de HC. Se o *writ* aplicado para a liberdade de escravos negros, e o retorno do negro para seu senhor determinou tudo o que o *writ* de HC veio para representar.

O retorno do capitão Knowles para o *writ* representou um problema maior para James Somerset. Não há muitos anos antes, o juiz Wilmot clamou que na petição de HC, os juízes estavam amarrados aos fatos dados e a sua volta, a menos que ele “manifestamente apareça (...) pela clareza e prova indubitável, o que coloca o preso em liberdade com a maior significado das garantias, devido a uma violação direta da lei e da justiça.”<sup>206</sup> “Os juízes vão construir a lei como liberalidade como seja possível a favor da liberdade”, ele explana, “mas eles não podem fazer leis”.<sup>207</sup> “Um juiz pode demandar que o captor diga a razão porque confinou ele, e depois determinar se isso é uma boa ou má razão; mas não se isso é verdadeiro ou falso”.<sup>208</sup> De acordo com o retorno do capitão Knowless, James Somerset era indubitavelmente escravo de Charles Stuart.

A corte de apelação de justiça de Ontário e o estudioso em HC, Robert J. Sharpe, notaram que o juiz Wilmot foi um dos dez juízes que respondeu para a casa dos lordes, em 1758, sobre o HC.

Que dos nove outros juízes que deram opiniões (...) cinco pensavam que o retorno podia ser controvertido. O sexto juiz, inábil para a atualidade, deu a sua opinião também com a sua visão mais liberal. Ademais, o Lorde Mansfield extenuantemente se opôs ao indubitável, o que coloca o preso em liberdade com a maior significado das garantias, devido a uma violação direta da lei e da justiça.

“Os juízes vão construir a lei como liberalidade como seja possível a favor da liberdade”, ele explana, “mas eles não podem fazer leis”. “Um juiz pode demandar que o captor diga a razão porque confinou ele, e depois determinar se isso é uma boa ou má razão; mas não se isso é verdadeiro ou falso”. De acordo com o retorno do capitão Knowless, James Somerset era indubitavelmente escravo de Charles Stuart.<sup>209</sup>

Ademais, “Mesmo na época de Willmot (...) existiam diversas situações nas quais as cortes consideravam questões de fato em *habeas corpus*.”<sup>210</sup> Juízes não raramente examinavam os fatos envol-

vendo convocações compulsórias ilegais para servir na Marinha e Lord Mansfield chegou, no caso de um requerente que alegava ter sido ilegalmente mantido em um manicômio, a determinar o exame desta por médicos e parentes.<sup>211</sup> Em 1810, abolicionistas ajuizaram *habeas corpus* junto à Corte de King's Bench em favor da sul-africana, Sartjie Baartman, alegando que esta havia sido trazida, contra sua vontade, para a Inglaterra para ser exibida.<sup>212</sup> A referida corte determinou sua oitiva por um magistrado e um advogado, na ausência daqueles que a mantinham, para saber se de fato havia seu consentimento.<sup>213</sup>

De acordo com o Juiz Sharpe, a regra de *common law* contrária ao recurso de decisão denegatória de *habeas corpus*, em decorrência de exame de fatos, não era motivada por uma preocupação com a violação do julgamento pelo júri.

[...] A regra de direito comum pode ser entendida como uma assertiva de que o *habeas corpus* não deve substituir o lugar do julgamento pelo júri na determinação última da culpa ou inocência. Isso, entretanto, não evitou que as cortes decidissem certas questões de fato levantadas.<sup>214</sup>

Juízes poderiam evitar qualquer regra contrária a recurso de decisão denegatória através de várias maneiras. Primeiro, eles poderiam examinar fatos consistentes com a denegação que tornariam insubsistentes as razões dadas para a prisão, o que era conhecido como "Confessando e Evitando".<sup>215</sup> As cortes poderiam também determinar que o requerido demonstrasse porque um prisioneiro não poderia ser solto após a interposição do recurso.<sup>216</sup> Outra opção era decidir acerca de "fatos jurisdicionais", como por exemplo, "se a pessoa ou coisa em questão estava inserida na classe sobre a qual seus poderes poderiam ser exercidos", ou fatos que são "logicamente precedentes com relação à apreciação da questão principal, e de determinadas questões que sejam colaterais à questão que o tribunal deve decidir definitivamente".<sup>217</sup> As cortes poderiam mesmo determinar que um litígio acerca dos fatos fosse tentado.<sup>218</sup> Em resumo, Sharpe con-

clui que existiam “muitas maneiras envolvendo a regra que vinham sendo utilizadas desde a época de Wilmot e antes (...)”.<sup>219</sup>

Vista nesse contexto jurisprudencial, fica claro que, enquanto a decisão de Lord Mansfield de libertar James Somerset através de *habeas corpus* foi corajosa e inovadora, não foi um capricho de um juiz atirado agindo unilateralmente. Nem foi uma decisão caída do céu. Ao invés, foi uma aplicação lógica de entendimentos existentes acerca do *habeas corpus*, enraizados em peculiaridades históricas do *common law*, e aplicados precisamente da mesma maneira em que muitos outros juízes asseguraram a garantia de liberdade em outras circunstâncias.

A moldura estrutural do *common law* e precedentes apontaram o caminho; tudo o que Lord Mansfield fez foi conectar os pontos da forma com que ele acreditava que a justiça requeria. A decisão *Somerset* é, sobretudo, importante em razão do conservadorismo geral de Lord Mansfield e sua hostilidade anterior à idéia de liberdade para escravos negros. Apesar de agudamente consciente dos potencialmente enormes interesses econômicos envolvidos na preservação da escravidão humana na Inglaterra, ele não poderia mais negar a esses seres sem direitos a mais importante ferramenta judicial necessária ao questionamento de seu aprisionamento. Daí, a famosa afirmação de Lord Mansfield em corte aberta no dia de depoimentos anterior àquele em que prolatou sua decisão, “Fiat justitia, mat coelumi” (“Faça-se a justiça, ainda que caiam os céus”).<sup>220</sup>

Ao garantir o direito de *habeas corpus* a James Somerset, considerado então por lei como coisa, Lord Mansfield catalisou a luta contra a escravidão na Bretanha. Por fim, ele, pela primeira vez, fez com que o ilegalmente invisível se tornasse visível, assegurou aos escravos negros individualmente considerados sua longamente buscada habilidade de desafiar a legitimidade de sua servidão, e finalmente ajudou a mover uma classe inteira de seres da categoria de *coisas sem direito* para *sujeito jurídico*.



### 5.3 O Writ do *Habeas Corpus* e a escravidão dos negros na América (EUA)

Depois da II Guerra Mundial, um estudioso reputou a proibição da suspensão do direito de *habeas corpus* como “a mais importante previsão acerca de direitos humanos na Constituição dos Estados Unidos”.<sup>221</sup> Em 2004, a Suprema Corte dos Estados Unidos estendeu o *writ* a estrangeiros detidos na baía de Guantánamo, em Cuba, reafirmando que o *habeas corpus* era “um *writ* antecedente à lei, (...) lançando suas raízes profundamente na engenhosidade do *common law*”.<sup>222</sup> De acordo com a Corte, o *writ* apareceu no Direito inglês vários séculos atrás, e tornou-se “uma parte integral da nossa herança do *common law* já na época que as Colônias tornaram-se independentes, e recebeu reconhecimento explícito na Constituição”.<sup>223</sup>

Com exceção da Carolina do Sul, o *Habeas Corpus* de 1779 nunca foi explicitamente estendido para as demais colônias norte-americanas, diferentemente do *habeas corpus* fundamentado no *common law*, o qual era aplicável a todas as colônias.<sup>224</sup> De fato, o *common law* inglês geralmente era aplicado em todas as Colônias norte-americanas, enquanto que todas as cartas reais, com exceção daquela da Pensilvânia, expressamente protegiam direitos fundamentados no *common Law*.<sup>225</sup> Assim:

[...] por volta de 1680 [o *writ* do *habeas corpus*] era um instrumento legal familiar em todas as colônias... [e] profundamente enraizado nos interstícios do pensamento colonial, tanto quanto o próprio *common law* (...) O *habeas corpus* era o único processo do *common law* explicitamente escrito na Constituição, o que é a mais completa medida de sua recepção pelos colonos e a alta posição em que era considerado (...) De fato, o voto dos delegados constitucionais (...) foi unânime no sentido de que ‘o privilégio do *writ* do *Habeas corpus* não deve ser suspenso’.<sup>226</sup>

Os juízes do norte e do sul discordaram quanto à possibilidade de os escravos poderem buscar sua liberdade através dos

*writs* do *habeas corpus* ou do *homine replegiando*. As cortes do norte regularmente permitiam aos negros questionar sua escravidão através do *writ* do *habeas corpus*.<sup>227</sup> Isso não ocorria no Sul dos Estados Unidos. Na véspera da Guerra Civil Americana, a Suprema Corte da Flórida negou o *writ* a um escravo, afirmando que:

[...] não houve uma decisão das Cortes de um estado do sul citada para nós, nem fomos capazes de identificar tal coisa, envolvendo uma disputa real acerca do direito de liberdade por parte de uma pessoa alegada como escravo na qual o remédio do *habeas corpus* tenha sido considerado como o apropriado para resolver a questão (...) Se, nas circunstâncias do presente caso [o pedido do escravo pela liberdade] pode ser corretamente concretizado através...do *writ* do *habeas corpus* é a questão a ser decidida. Sendo assim, felizmente para nós, decisões tomadas pelas Cortes adotando as mesmas posições que nós sobre esse assunto delicado, assentadas e tendo a sanção e aprovação do pensamento judicial sulista e do povo, nos liberou da necessidade de investigação para afirmar a inteira veracidade das conclusões as quais eles chegaram.<sup>228</sup>

Na direção oposta do raciocínio implícito de Lord Mansfield em *Somerset*, os juízes do sul rotineiramente rejeitavam a utilização por escravos do *writ* do *habeas corpus* com fundamento de que este foi criado para proteger e restaurar o direito de liberdade pessoal, do qual os escravos eram completamente destituídos<sup>229</sup>, já que o *writ* não permitia a um júri que determinasse a titularidade da propriedade<sup>230</sup> ou porque não poderia ser usado com a finalidade de apropriação de coisa móvel.<sup>231</sup> Em uma clara demonstração da natureza da lei de ser orientada por valores, os juízes sulistas favoreciam a escravidão de forma não menos fervorosa que os juízes do norte, pois estes se orientavam pela sutileza das ações tendo por objeto a liberdade dos escravos.

Juízes sulistas, entretanto, não eram a única força contrária ao uso pelos escravos negros nos estados sulistas dos *writs de homine replegiando* e do *habeas corpus* para tentar o direito à liberdade. Muitas legislações sulistas, antes e depois da Revolução

norte-americana, editaram os chamados *Freedom Acto Statutes*. Hoje, vistos universalmente como atos legislativos vergonhosos, essas leis intencionavam a diminuição ou extirpação do poder dos escravos negros de desafiar sua escravidão. Essas leis foram editadas para suplantam o *common law*, para destruir a possibilidade de os escravos empregarem *writs* de liberdade do *common law*, e para limitar as ações de liberdade a procedimentos estritos previstos nessas leis.<sup>232</sup> Tais leis de forma alguma intencionavam facilitar a libertação dos escravos; seu propósito era proteger os escravocratas da adoção pelos escravos de outras medidas legais mais eficazes para sua libertação.<sup>233</sup> Essas leis eram geralmente reconhecidas pelas cortes sulistas como o meio exclusivo para alguém questionar o *status* de escravo.<sup>234</sup>

A Corte de Apelações da Virgínia manifestou-se sobre o *Freedom Suit Act* da Virgínia no sentido de que:

[...] até a aprovação desse ato, o remédio detido por uma pessoa mantida na escravidão para o resgate da sua liberdade, não estava regulamentado. Os *writs* do *habeas corpus* e do *de homine replegiando* eram, invocados. Eles eram inadequados pela sua natureza, e o último foi repellido, enquanto que as decisões relativas ao primeiro resultaram em um remédio objetável e impróprio para o julgamento do direito do escravo à liberdade. Dessa forma, pelo ato de 1775, capítulo 11, um remédio direto e simples foi providenciado. O preâmbulo distintamente evidencia que tal remédio foi sugerido, menos pela ansiedade de facilitar os remédios a serem utilizados pelos escravos, do que pelos 'grandes e alarmantes equívocos, que surgiram em outros estados da União, e que provavelmente surgiriam neste, por associações voluntárias de indivíduos' (comumente conhecidas como sociedades de emancipação) 'que, em muitas instâncias, foram os meios de retirar dos senhores sua propriedade sobre escravos, e que em outras resultou a estes despesas pesadas em ações tediosas e infundadas'.<sup>235</sup>

As ações de liberdade na Virgínia eram algumas vezes apresentadas como ações de indenização, ameaça, agressão e cárcere-

re privado. Seu objeto era a remoção “do requerente do *status* de escravidão para o de liberdade; (...) a forma era inteiramente ficcional”.<sup>236</sup> De acordo com a Suprema Corte de Apelações da Virgínia:

[escravos] não tinham direitos pessoais (...) A única ação que eles podem apresentar é para o resgate da liberdade; e mesmo durante a pendência de tal ação, eles ainda eram escravos... Uma ação para libertação era fundamentada na alegação de que o *status* do requerente era o de escravidão; de outra forma, o remédio seria inapropriado.<sup>237</sup>

#### 5.4 Um chimpanzé pode usar o *writ* do *habeas corpus* fundamentado no *common law* para questionar seu condição legal de coisa

Desde seu surgimento no século XIII, como um *writ* usado pelos juízes para trazer partes insubordinadas à sua presença, o *writ* do *habeas corpus* fundamentado no *common law* tornou-se no fim do século XVII no procedimento usual pelo qual um sujeito de direito, ou uma entidade alegando ser um, poderia questionar a legalidade de sua detenção por uma entidade pública ou privada, em qualquer lugar, em quaisquer circunstâncias. Extremamente amplo e refratário a tecnicidades, o *writ* do *habeas corpus*, tanto na forma do *common law*, como na forma da lei, continua a servir para remediar todo aprisionamento ilegal.<sup>238</sup> É “um remédio desembaraçado de quaisquer reservas. O juiz, conhecendo do *writ*, pode, *ex parte*, determinar a imediata soltura. Essa é a arma nuclear do direito público”.<sup>239</sup> Assim como o *writ* do *homine replegiando* fundamentado no *common law*, o *writ* do *habeas corpus* fundamentado no *common law* pode ser invocado por qualquer requerente que alegue estar sendo ilegalmente detido em qualquer estado que incorporasse o *common law* da Inglaterra.<sup>240</sup>

O *writ* do *habeas corpus* fundamentado no *common law* nunca foi limitado a requerentes já reconhecidos como sujeitos de

direito. Ao contrário, foi usado por requerentes que eram considerados por lei como sendo coisas, mas que alegaram que o Grande *Writ* deveria protegê-los. Mais proeminentemente, o *writ* foi utilizado por escravos negros que eram considerados pela lei como coisas. Como discutido, a utilização mais famosa e efetiva do *writ* foi feita por Lord Mansfield, em 1772, em favor de James Somerset, declarando que este não era, por lei, um escravo. Posteriormente, outros escravos negros utilizariam o *writ* tanto na Inglaterra, como nos Estados Unidos, especialmente no norte, para desafiar a legalidade de sua escravidão.<sup>241</sup> Hoje *Somerset* é lei em quase todos os estados.<sup>242</sup>

A ciência claramente demonstrou que os chimpanzés possuem as qualidades que fazem deles candidatos plausíveis para o uso do *habeas corpus* para estabelecer que eles não possam ser considerados legalmente como coisas. Geneticamente tão similares aos seres humanos que alguns cientistas afirmam que ambos devem ser colocados no mesmo *genus*, chimpanzés são seres extremamente complexos – cognitivamente, emocionalmente e socialmente. Eles sofrem a perda da liberdade corpórea, para cuja proteção o *writ* do *habeas corpus* foi criado, de uma maneira similar àquela sofrida pelos seres humanos. Talvez eles sofram esta perda de uma maneira ainda mais aguda, já que não podem entender porque os aprisionamos, que o mundo no qual os aprisionamos é genética, física, emocional e culturalmente mal adaptada para estes, e que suas acomodações são piores que quaisquer condições de detenção humana que atendam as normas legais internacionais.

O mérito do *writ* de *habeas corpus* em favor de um chimpanzé terá de ser decidido por um juiz, não por um júri, tendo em vista que o *writ* do *habeas corpus* foi criado como um procedimento mais simples que aquele do *writ* do *de homine replegiando*. Entretanto, fatos acerca da genética, taxonomia, fisiologia, neurologia, psicologia, antropologia, etologia cognitiva, lingüística e habilidades matemáticas do chimpanzé e outros atributos biológicos, antropológicos, genéticos ou psicológicos podem ser

argüidos em favor da concessão do *writ*. Esses fatos necessitarão ser esclarecidos antes de o juiz proceder à análise da questão jurídica relativa a um chimpanzé ter direito, assegurado em lei, à libertação de sua alegada detenção.

Quaisquer destes fatos, entretanto, podem ser apropriadamente resolvidos. A explicação do juiz Sharpe acerca de como os juízes podem evitar a regra do *common law* contrária ao recurso de decisão denegatória de *writ* de *habeas corpus* ajuda a explicar como Lord Mansfield pôde deferir seu famoso *writ* em favor de James Somerset, e determinar sua libertação da escravidão, contrariamente à denegação do *writ* pelo Capitão Kanowle's sob o fundamento de que Somerset seria legalmente escravo de Charles Stuart.<sup>243</sup> Os vários métodos que o Juiz Sharpe descreveu seriam similarmente aplicáveis a qualquer *habeas corpus* de *common law* apresentado por um chimpanzé requerente.

Como foi ressaltado no início deste artigo, uma corte recentemente iniciou este caminho. Em 10 de abril de 2005, promotores do Departamento de Meio Ambiente e outros ajuizaram *habeas corpus* perante uma corte na Bahia, Brasil, em favor de uma chimpanzé chamada Suíça, que estava enjaulada em um zoológico.<sup>244</sup> Os peticionantes alegaram que “em uma sociedade livre, compromissada em assegurar a liberdade e igualdade, as leis evoluem de acordo com o pensamento e comportamento da população e, quando o comportamento público muda, também muda o Direito, e diversos autores acreditam que o Judiciário pode ser um poderoso agente de mudanças sociais”.<sup>245</sup> Antes de o caso ser finalmente julgado, Suíça morreu. Consequentemente, em 28 de setembro de 2005, o juiz extinguiu o processo. Ele explicou, entretanto, que conheceu o caso:

[porque] o tema é merecedor de discussão enquanto matéria de extrema complexidade, requerendo um exame profundo dos prós e contras, assim, não deferi o *habeas corpus*, optando, ao invés, por obter informações da autoridade requerida (...) dentro de 72 horas (...) Alguém poderia, pelo próprio teor da petição, ter fundamento suficiente para rejeitá-la, liminarmente, argüindo a impossibilidade

jurídica do pedido, ou a absoluta inaplicabilidade do instrumento legal utilizado pelos requerentes, qual seja, o *habeas corpus* para transferir o animal para o ambiente em que vivia para outro. Entretanto, de forma a estimular o debate da questão (...) eu admiti o argumento (...) Entre outros fatores que influenciaram meu conhecimento da matéria para discussão foi o fato de que entre os requerentes estarem pessoas com conhecimento jurídico presumidamente amplo, tais como promotores e professores de Direito (...). O Direito Processual Penal não é estático, mas antes sujeito a mudanças constantes, e novas decisões devem adaptar-se aos novos tempos.<sup>246</sup>

## Conclusão

Oferecemos argumentos substanciais em outras ocasiões de que os chimpanzés não devem mais ser tratados como coisas pelo *common law*, mas como pessoas, pelo menos na extensão de serem titulares do direito fundamental à liberdade corpórea. A estrutura do *common law* requer aos juízes reavaliar todas as regras deste sistema, quando apropriado. Para que os juízes desempenhem suas funções, uma ação deve estar disponível. Argumentamos que pelo menos dois antigos *writs* existentes no *common law* estão disponíveis, o *writ* do *de homine replegiando* e o *writ* do *habeas corpus*, em quase todos os estados norte-americanos e que ambos os *writs* foram frequentemente utilizados por vassalos e escravos negros durante os séculos em que eles foram considerados legalmente como coisas.<sup>247</sup> Concluimos que os chimpanzés podem utilizar esses dois *writs* do *common law* para trazer seus argumentos substanciais à atenção das cortes para decisão do respectivo mérito.

Uma corte não precisa se preocupar onde traçar uma linha a partir da qual requerentes não humanos possam apresentar ações tendo por objeto assegurar seu direito fundamental no *common law* de liberdade corpórea. Todo ser aprisionado que, à luz dos avanços do conhecimento científico, da evolução da moralidade pública e das políticas públicas, bem como do desenvolvimento da experiência humana, tenha um pedido fortemente

substancial a este direito fundamental está intitulado a apresentar o pedido perante uma corte, a qual decidirá pela procedência ou improcedência do mérito. Chimpanzés detestam estar aprisionados. Um chimpanzé selvagem percorre uma média diária de vários quilômetros e uma média anual de aproximadamente dez quilômetros quadrados.<sup>248</sup> Um chimpanzé chamado Booe, que aprendeu a linguagem de sinais antes de ser aprisionado em uma jaula de um setor de pesquisa médica por seis anos, tornou seus desejos inequivocamente conhecidos a um visitante que era representante do setor em que havia aprendido tal linguagem. “Abrir”, ele assinalou.<sup>249</sup> Qualquer que seja a força do pedido com relação a qualquer outro animal não humano, um chimpanzé é um requerente certo.

## NOTAS

- <sup>1</sup> Ver GORDILHO, Heron J. S. ; SANTANA Luciano Rocha; SILVA, Tago-re Trajano de A. (coord). In *Revista Brasileira de Direito Animal*. Vol. 01. Salvador: Instituto Abolicionista Animal, 2006. p. 281-286. Disponível em: [http://www.animallaw.info/journals/fo\\_pdf/Brazilvol1.pdf](http://www.animallaw.info/journals/fo_pdf/Brazilvol1.pdf).: Em favor de Suíça, 9ª Corte Criminal, nº 833085-3/2005 (26 de setembro de 2005, Bahia, Brasil). (escrito depois da inesperada morte de Suíça, uma chimpanzé que lhe teve negada a concessão de um habeas corpus para libertá-la de um zoológico) (doravante ‘Em favor de Suíça’), tradução inglesa disponível em <http://animallaw.info/nonus/cases/cabrsuica-eng2005.htm> (última visita em 10 de dez. de 2006). (A decisão original em português e a tradução inglesa estão arquivadas com o autor).
- <sup>2</sup> Na designação de “chimpanzé”, eu englobo tanto o chimpanzé comum como o “bonobo”, ambos igualmente próximos dos seres humanos evolutivamente.
- <sup>3</sup> Ver, e.g., *Animal rights: current debates and new directions* (Cass Sunstein & Martha Nussbaum, eds., 2004) (diversos artigos) (doravante *Animal Wrongs: a secular theory of the origins of rights* 139, 193-199 (Perseus books 2005); Laurence H. Tribe, *Ten Lessons Our Constitutional Experience Can Teach Us About the Puzzle of Animal Rights: The Work of Steven M. Wise*, 7 *ANIMAL L.* 1, 4 (2001) ; Martha C. Nussbaum,



Book Review: Animal Rights: The Need for a Theoretical Basis, 114 HARV. L. REV. 1506 (2001) (resenha de STEVEN M. WISE, RATTLING THE CAGE: TOWARD LEGAL RIGHTS FOR ANIMALS Perseus Books 2000)); Robert R. M. Verchick, A New Species of Rights, 89 CAL. L. REV. 207 (2001); Richard A. Posner, Animal Rights, 110 YALE L. J. 527(2000).

- <sup>4</sup> Ver, e.g., Steven M. Wise, Rattling the Cage Defended, 43 B.C. L. REV. 623 (2002); STEVEN M. WISE, DRAWING THE LINE: SCIENCE AND THE CASE FOR ANIMAL RIGHTS (Perseus Books 2002) (doravante WISE, DRAWING THE LINE]; STEVEN M. WISE, RATTLING THE CAGE: TOWARD LEGAL RIGHTS FOR ANIMALS (Perseus Books 2000) [doravante WISE, RATTLING THE CAGE]; Steven M. Wise, Hardly a Revolution – The Eligibility of Nonhuman Animals for Dignity-Rights in a Liberal Democracy, 22 V T. L. REV. 793 (1998) [doravante Wise, Hardly a Revolution]; Steven M. Wise, The Legal Thinghood of Nonhuman Animals, 23 B. C. ENVTL. AFF. L. REV. 471 (1996) [doravante, Wise, Legal Thinghood]; Steven M. Wise, How Nonhuman Animals Were Trapped in a Nonexistent Universe, 1 ANIMAL L. 15 (1995). Ver também Steven M. Wise, Animal Rights, One Step at a Time, em ANIMAL RIGHTS: CURRENT DEBATES AND NEW DIRECTIONS, supra nota 3, p.19; Steven M. Wise, A Great Shout - Breaking the Barriers to Legal Rights for Great Apes, em GREAT APES AND HUMANS: THE ETHICS OF COEXISTENCE (Benjamin Beck et al. eds., 2001); Steven M. Wise, Animal Thing to Animal Person - Thoughts on Time, Place, and Theories, 5 ANIMAL L. 61 (1999); Dr. Jane Goodall & Steven M. Wise, Are Chimpanzees Entitled to Fundamental Legal Rights?, Joint Presentation to Senior Lawyers Division of the American Bar Association, 2 de agosto de 1996, reimpresso em 3 ANIMAL L. 61 (1997); Steven M. Wise, Legal Rights for Nonhuman Animals: The Case for Chimpanzees and Bonobos, 2 ANIMAL L. 179 (1996). A limitação de minha discussão neste artigo aos chimpanzés não quer dizer que os membros de outras espécies devem ou não ter reconhecidos o direito material da liberdade de ir-e-vir.

- <sup>5</sup> CHRISTOPHER STONE, SHOULD TREES HAVE STANDING? (Oceana Publications 1996).

- <sup>6</sup> Ver infra as notas 11-35 e o respectivo texto.

- <sup>7</sup> Ver infra notas 36-95 and respectivo texto.

- <sup>8</sup> Ver infra notas 96-113 and respectivo texto.

- <sup>9</sup> Ver infra notas 114-156 e respectivo texto.
- <sup>10</sup> Ver infra notas 157-246 e respectivo texto.
- <sup>11</sup> Ver DALE PETERSON & KARL AMMAN, *EATING APES* (Univ. of California Press 2003). Eu já declarei que a corrente dizimação dos chimpanzés constitui genocídio. WISE, *RATTLING THE CAGE*, supra, nota 4, pp.265-266.
- <sup>12</sup> Thomas M. Butynski, *Africa's Great Apes*, in *GREAT APES AND HUMANS: THE ETHICS OF COEXISTENCE* (Benjamin B. Beck et al. eds., 2001): Alison Jolly, *The Last Great Apes?*, 309 *Science* 1457, 1457 (Sept. 2, 2005). Ver também PETERSON & AMMAN, supra, nota 11, p.263 (citando Andrew J. Marshall et al., *The Plight of the Apes: A Global Survey of Great Ape Populations* (2000) (briefing para os representantes norteamericanos George Miller and Jim Saxton) (afirmando que as populações de chimpanzés estão diminuindo em noventa e um por cento das áreas protegidas na África).
- <sup>13</sup> *THE GREAT APE PROJECT CENSUS: RECOGNITION FOR THE UN-COUNTED* (The Great Ape Project 2003).
- <sup>14</sup> Em 1º de abril de 2005, observou-se que esse número tinha caído para 1.171. John L. VandeBerg ET al., *A unique biomedical resource at risk*, 437 *NATURE* 30, 31 Tabela 1 (1º de setembro de 2005). [hereinafter VandeBerg et al.].
- <sup>15</sup> PAUL D. MACLEAN, *THE TRIUNE BRAIN IN EVOLUTION: ROLE IN PALEOCEREBRAL FUNCTIONS* (Springer 1990). A escravidão humana não é mais legal em nenhum lugar do mundo. Ver a Convenção da Escravidão de 25 de setembro de 1926, 60 L.N.T.S. 253; Carta de Nuremberg, 8 de agosto de 1945, 82 U.N.T.S. 279; Declaração Universal de Direitos Humanos, art. 4º, Rights, art. 4, G.A. Res. 217A, U.N. Doc. A/811 (Dec. 10, 1948); Convenção Suplementar da Abolição da Escravidão, do Comércio de Escravos e das Instituições e Práticas Similares à Escravidão, 7 de setembro de 1956, 360 U.N.T.S. 117; A Convenção Européia de Direitos Humanos, art. 4º(1), 15(2), 4 de novembro de 1950, 87 U.N.T.S. 103; Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 6(1), 22 de novembro de 1969, 1969, OAS T. S. No. 36; Carta Africana de Direitos Humanos e Pessoais, art. 5º, 27 de junho de 1981, 1520 U.N.T.S. 26.
- <sup>16</sup> DIG. 41.1.3 (Gaius, *Common Matters or Golden Things*, Book 2) (“natural state of freedom”); DIG. 41.1.55 (Proculus, *Letters*, Book 2) (“natural

- state of freedom"). Proculus was a first century jurist. DIG. 41.1.44 (Ulpian, Edict, Book 19) ("natural freedom").
- <sup>17</sup> DIG. 41,1.5 (Gaius, Common Matters or Golden Things, Book 2) ("natural state of liberty"); DIG. 41.2.3.14 (Paul, Edict, Book 54). Paul was a third century jurist and contemporary of Ulpian. The Institutes refer to the "natural liberty" of animals. J. INST. 2.1.12.
- <sup>18</sup> RICHARD TUCK, NATURAL RIGHTS THEORIES: THEIR ORIGIN AND DEVELOPMENT 90 (Cambridge Univ. Press 1979) (citando JOHN SELDEN, 1 OPERA OMNIA, col. 105 (D. Wilkins ed., 1726)).
- <sup>19</sup> WILLIAM BLACKSTONE, 1 COMMENTARIES 134.
- <sup>20</sup> ROLLIN C. HURD, A TREATISE ON THE RIGHT OF PERSONAL LIBERTY, AND ON THE WRIT OF HABEAS CORPUS 4 (Da Capo Press 1972) (1858).
- <sup>21</sup> THOMAS R.R. COBB, AN INQUIRY INTO THE LAW OF NEGRO SLAVERY IN THE UNITED STATES OF AMERICA 105 (Univ. of Georgia Press 1999).
- <sup>22</sup> Tribe, *supra* nota 3, p.4. Ver também WISE, RATTLING THE CAGE, *supra* nota 4, pp. 1-2.
- <sup>23</sup> VandeBerg et al., *supra* nota 14, pp. 30-32 (incluindo representantes de cada um dos principais centros que mantêm chimpanzés escravizados para fins de pesquisas biomédicas nos Estados Unidos).
- <sup>24</sup> Constituição Americana, emenda XIII, § 1 (grifo do autor).
- <sup>25</sup> Andrew Whiten, The second inheritance system of chimpanzees and humans, 437 NATURE 52, 52 (1º de setembro de 2005) (citações omitidas).
- <sup>26</sup> Comitê de Proteção aos Chimpanzés a Longo Prazo (Committee on Long-Term Care of Chimpanzees), Conselho Nacional de Pesquisa (National Research Council), Chimpanzees in Research - Strategies for the Ethical Care, Management, and Use 13 (1997), disponível em <http://fermat.nap.edu/Ybooks/0309058910/htm^> (último acesso em 10 de dez. de 2006).
- <sup>27</sup> *Id.*, p.8. O Comitê concluiu, sem qualquer explicação, que "as diferenças relevantes entre humanos e chimpanzés justificam o uso de chimpanzés em pesquisas que não seriam punidas se fossem realizadas em humanos," e que " embora estudos terminais agudos com chimpanzés

- tenham sido raros, eles são justificáveis em certas circunstâncias”. Id., p.26. Ver também infra nota 30 (citando trabalhos que desafiam estas conclusões).
- <sup>28</sup> Chris Gunter et al., *The Chimpanzee Genome*, 437 NATURE 47, 47 (1 de setembro de 2005).
- <sup>29</sup> The Chimpanzee Sequencing and Analysis Consortium, *Initial sequence of the chimpanzee genome and comparison with the human genome*, 437 Nature 69, 76 (1º de setembro de 2005) [doravante Chimpanzee Sequencing and Analysis Consortium].
- <sup>30</sup> See Ze Cheng et al., *A genome-wide comparison of recent chimpanzee and human segmental duplications*, 437 NATURE 88, 92 (1º de setembro de 2005); Chimpanzee Sequencing and Analysis Consortium, supra nota 29, pp. 69, 71, 73. DNA é uma hélice dupla unida por ligações fracas entre pares-base de nucleotídeos, adenina (A), guanina (G), citosina (C) e timina (T). A e T sempre formam uma ligação, assim como G e C. Ocasionalmente, um par-base A-C substituir um par-base G-C ou vice-versa. Id., p. 69. Isso ocorreu em cerca de 1.06 por cento dos genes de chimpanzés e humanos. Id., p. 71. Ao considerar esta diferença genética, considere que quaisquer humanos sem relações de parentesco têm milhões de genes diferentes, fazendo-os parecer e até mesmo comportar-se diferentemente. David B. Goldstein & Gianpiero L. Cavalleri, *Understanding human diversity*, 437 NATURE 1241, 1241 (27 de outubro de 2005). Ver também Elizabeth Culotta & Elizabeth Pennisi, *Evolution in Action*, 310 SCIENCE 1878, 1878 (23 de dezembro de 2005) (nós nos diferenciamos por apenas cerca de 1% nas bases de nucleotídeos que podem ser alinhadas entre nossas duas espécies, e a proteína padrão difere por conta de menos de dois aminoácidos. Mas uma surpreendente quantidade de material não-codificável está ou inserida ou deletada no chimpanzé em comparação ao humano, tornando a diferença total no DNA das duas espécies de cerca de 4%).
- <sup>31</sup> Carina Dennis, *Branching out*, 437 NATURE 17, 17 (1 de setembro de 2005). Recombinações genéticas que criam novas combinações de alelos nas quais a seleção natural pode agir, aparecem em “hotspots” de recompilação que estão raramente no mesmo lugar em humanos e chimpanzés. Wendy Winckler et al., *Comparison of Fine-Scale Recombination Rates in Humans and Chimpanzees*, 308 SCIENCE 107, 107-111 (1º de abril de 2005).

- <sup>32</sup> Wen-Hsiung Li & Matthew A. Saunders, *The chimpanzee and us*, 437 NATURE 50, 51 (1º de setembro de 2005). Estas iriam provavelmente ocorrer mediante indels ou mudanças em regiões regulatórias dos genes do DNA. Id., p.51. Ver Philipp Khaitovich et al., *Parallel Patterns of Evolution in the Genomes and Transcriptomes of Humans and Chimpanzees*, 309 SCIENCE 1850, 1853 (16 de setembro de 2005) (afirmando que tanto as substituições de nucleotídeos simples e as mudanças na expressão ou regulação dos genes estão envolvidas).
- <sup>33</sup> Mark Greene et al., *Moral Issues of Human—Non-Human Primate Neural Grafting*, 309 SCIENCE 385 (1º de julho de 2005).
- <sup>34</sup> Veja Marc Hauser, *Our chimpanzee mind*, 437 NATURE 60, (1º de setembro de 2005); Whiten, nota 25 *supra*, 52-55; Greg Miller, *Tool Study Supports Chimp Culture*, 309 SCIENCE 1311 (26 de agosto de 2005); Lesley J. Rogers & Gisela Kaplan, *All Animals Are Not Equal*, in ANIMAL RIGHTS: CURRENT DEBATES AND NEW DIRECTIONS, nota 3 *supra*, 175; WISE, DRAWING THE LINE, nota 4 *supra*, 179-230; WISE, RATTLING THE CAGE, nota 4 *supra*, 163-237. O “Chimpanzee Sequencing and Analysis Collaborative”, responsável pelo sequenciamento do genoma do chimpanzé, relatou, minuciosamente, que a principal característica dos seres humanos não era a linguagem, mas sim a “linguagem complexa.” Chimpanzee Sequencing and Analysis Consortium, nota 29, 69 (grifei).
- <sup>35</sup> Derek E. Wildman & Morris Goodman, *Humankind’s Place in a Phylogenetic Classification of Living Primates*, in EVOLUTIONARY THEORY AND PROCESSES: MODERN HORIZONS: PAPERS IN HONOUR OF EVIATAR NEVOI 293 (Primavera de 2004) (então alocado em subgêneros separados).
- <sup>36</sup> Professor Philip Bobbit identificou seis formas de interpretação constitucional: (1) interpretação “textual” olha para o significado das palavras de um dispositivo constitucional e as interpreta como elas seriam interpretadas pelo cidadão comum contemporâneo, (2) interpretação “histórica” olha para as intenções dos autores e ratificadores do dispositivo condicional ser examinado, (3) interpretação “estrutural” infere regras não escritas das relações que a Constituição, como um conjunto de mandatos logicamente estruturados, configura, (4) interpretação “doutrinária” aplica as regras criadas pelos precedentes dos tribunais, (5) interpretação “ética” deriva regras dos princípios morais refletidos na Constituição, e (6) interpretação “prudencial” vislumbra sopesar os custos e benefícios da adoção de uma determinada regra. Philip Bobbitt,

Constitutional Interpretation 12-22 (Oxford Univ. Press 1991); Philip Bobbitt, *Constitutional Fate: Theory of the Constitution* 7-177 (Oxford Univ. Press 1982). O Professor Laurence Tribe identificou seis modos similares de interpretação constitucional: textual, histórica, estrutural, precedencial, moral e uma mistura eclética dessas cinco formas. 1 Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law* 30-89 (3ª ed. 2000) [a seguir, *TRIBE*]. Para outros argumentos estruturais veja John Hart Ely, *Democracy and Distrust* (Harvard Univ. Press 1980) (suporte de revista judicial); Charles L. Black, Jr., *Structure and Relationship In Constitutional law* (Ox Bow Press 1969). Os modos textual e histórico de interpretação constitucional revelam pouca relevância para o *common law* não escrito; o doutrinário, o ético, o moral e o prudencial são mais promissores.

- <sup>37</sup> Tribe, nota 36 *supra*, 41-42 (citando *Nevada v. Hall*, 440 U.S. 410, 423, 433, 439 (1979) (Rehnquist, J., dissidente)).
- <sup>38</sup> *Nevada v. Hall*, 440 U.S. 433
- <sup>39</sup> *TRIBE*, nota 36 *supra* 41-42 (citando *Nevada v. Hall*, 440 U.S. 439 (Rehnquist, J., dissidente)).
- <sup>40</sup> A constituição Britânica é não-escrita.
- <sup>41</sup> *Norway Plains Co. v. Boston and Me R.R.*, 67 Mass. 263, 267 (1854). Shaw atuou como Juiz Presidente do Supremo Judicial Court de Massachusetts de 1830-1680, durante o apogeu do *common law* no século XIX.
- <sup>42</sup> Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence* 91 (Harvard Univ. Press 1990).
- <sup>43</sup> *TRIBE*, *supra*, nota 36, página 31 (“Por sua própria natureza, o debate em curso sobre os modos de interpretação concorrentes e relação entre eles não é adequado, já que comprovadamente as respostas “corretas” são sempre suscetíveis a surgir e superar todas as abordagens concorrentes”). Essa ilação não pode ser admitida para os ramos menos rígidos ou menos legalistas do Direito. Por exemplo, nas questões envolvendo negócios jurídicos, a segurança é sem dúvida o valor supremo. Eu argumenta que, na determinação da personalidade jurídica, princípios devem dominar os precedentes e a política. WISE, *Rattling The Cage*, *supra* nota 4, páginas 114-118. Ver também, na mesma obra, páginas 93-100 (discutindo genericamente as diferentes maneiras de julgar).

- <sup>44</sup> “Paternidade planejada”, cf. Casey, 505 U. S., páginas 833- 844, 1992 (opinião pluralista).
- <sup>45</sup> Comeauv. Harrington, 130 N. E. 2d 554, 555 (Mass. 1955) (citações omitidas).
- <sup>46</sup> Caso *London Tramways Co. vs. London County Council*, A. C. 375 (1898) (Halsbury, L. J.).
- <sup>47</sup> Caso *Bayliss versus Bishop of London*, Capítulo 1, páginas 127, 137 (1913) (Farwell, L. J. ) (destaques acrescentados pelo autor); WEEKLYL. R. 1234 (1966). Ver W. Barton Leach, *Revisionismo no Parlamento Inglês: Cai o Bastião da Rigidez da Doutrina do Precedente* (“Revisionism in the House of Lords: The Bastion of Rigid Stare Decisis Falls”), *Revista de Direito de Harvard* (HARVARD. L. REV.), páginas 797, 798-99 (1967).
- <sup>48</sup> JOHN MERRYMAN, *THE CIVIL LAW TRADITION* 48-49 (2. Ed, 1985). Alguns juízes federais nos Estados Unidos se aproximam do equivalente aos juízes formalistas do *common law*. Ver *Richmond Med. Ctr. for Women v. Gilmore*, 219 F. 3d 376, 376-377 (4th Cir. 2000). C.I. entende que a Suprema Corte tem a sua decisão no caso de paternidade planejada, v. Casey, 505 U. S. 833 (1992), para ser uma decisão do *super-stare decisis* (superprecedente) com em relação ao direito fundamental da mulher de escolher se quer ou não prosseguir com a gravidez (destaque no original). Esta é a única oportunidade a que me refiro ao Civil Law em oposição ao *common law*. Nas demais menções, eu utilizo “civil”, no sentido de “direito civil”, em oposição ao “direito penal”.
- <sup>49</sup> Ver o caso *MacPherson v. Buick Motor Co.*, 111, em especial à página 1050 (N. Y. 1916).
- <sup>50</sup> *Idem*, página 1053.
- <sup>51</sup> MELVIN ARON EISENBERG, “A Natureza do *Common law*” (*The Nature Of The Common law*), páginas 55-56, 58-6i, (Editora da Universidade de Harvard, 1988).
- <sup>52</sup> Oliver Wendell Holmes Jr., “O Caminho da Lei” (*The Path of the Law*), 10, *Harv. L. Rev.*, páginas 457, 469 (1897). Veja a clássica exposição do Presidente da Corte de Justiça Vanderbilt em *Fox vs. Snow*, 76A. 2Ed., páginas 877, 882-884 ( N. J. 1950) (Vanderbilt , C. J. , voto vencido).
- <sup>53</sup> P. S. ATIYAH & R. S. SUMMERS, “Forma E Conteúdo No Direito Anglo-Americano: Um Estudo Comparado Do Raciocínio Jurídico, Da Teoria

Jurídica E Das Instituições Do Direito” (*Form And Substance In Anglo-American Law: A Comparative Study Of Legal Reasoning, Legal Theory, And Legal Institution*), 287 (Editora da Universidade de Oxford, 1987).

- <sup>54</sup> Warren Hoge, “Lord Denning: Um Populista que Revitalizou as Cortes Britânicas” (*Lord Denning: A Populist Who Enlivened British Courts*), N. Y. TIMES, 06 de março de 1999, páginas 11 a 13.
- <sup>55</sup> EISENBERG, *supra*, nota 51, páginas 104-105.
- <sup>56</sup> Linkletter v. Walker, 381 E.U. 618, 623 (1965) (citando Shulman, Legislação retroativa, 13 Enciclopédia das ciências sociais 355, 356 (1934)). Esta é a teoria de Blackstone de que os juízes não fazem, mas simplesmente declaram a lei, ao contrário da teoria de John Austin de que os juízes criam a lei. A nova doutrina do julgamento prospectivo permite aos tribunais ignorar, como uma questão de ordem judicial, para decidir se devem fazer uma decisão apenas prospectiva, que normalmente é utilizada apenas quando os direitos possuem ou são revestidos de confiança. Veja SR Shapiro, nota de comentário, ou potenciais efeitos retroativos anulando a decisão de operação, 10 A.L.R. 3D 1371 (2005).
- <sup>57</sup> Davis v. Moore, 772 A.2d 204, 228 (D.C. 2001).
- <sup>58</sup> William. Bijyckstone., 1 Commentaries \*83 (ênfase no original). Veja State v. Waterberry, 804 P.2d 1000, 1003 (Kan. 1991); County of Los Angeles v. Faus, 312 p.2d 680, 685-686 (CaL1957) (“É a regra geral que uma decisão de um tribunal supremo de jurisdição anulando uma decisão anterior é retrospectivo nesta operação e que o efeito não é que a lei anterior era ruim, mas que nunca foi a lei”); Peerless Electric Co. v. Bowers, 129 N.E.2d 467, 468 (Oh. 1955) (per curiam) (“A regra geral é que uma decisão de um tribunal supremo de jurisdição anulando uma decisão anterior é retrospectivo nesta operação e o efeito não é que a lei anterior era ruim, mas que nunca foi a lei.”). Quarenta anos atrás, Robert Keeton escreveu que “a noção de que os juízes estão empenhados em encontrar apenas o direito ao invés de fazê-lo agora é completamente desacreditada. Mas, parafraseando uma observação familiar sobre uma outra lei letra morta do Direito, esta noção desacreditada ainda nos rege do seu túmulo.” Robert E. Keeton, *JudicialLaw Reform—A Perspective on the Performance of Appellate Courts*, 44 TX. L. REV. 1254, 1265 (1966) (citação omitida). Conforme estabelecido *supra* nas notas 51 e 52, o conceito não é tão desacreditado como o pensamento de Keeton.



- <sup>59</sup> Leonard W LEW, *the LAW OF the commonwealth and chief justice shaw* 24 (Harvard Univ. Press 1957).
- <sup>60</sup> Um juiz de precedentes (Princípios) agiria da mesma forma que um juiz substantivo, exceto porque ele não iria adotar princípios de nova qualidade, mas se basearia apenas em princípios já aceitos. EISENBERG, *nota supra* 51, p. 156-159. Veja Martin P. *Golding, Book Review - The Nature of the Common law*, 43 RUTGERS L. REV. 1261, 1273(1991).
- <sup>61</sup> EISENBERG, *nota supra* 51, p. 161. *Veja id.* em 14-42 (definir e discutir as normas morais, políticas e proposições experimentais). Resumidamente, normas morais lidam com certo e errado, as políticas se preocupam com o bom e o mau, e as proposições experimentais sobre como o mundo funciona.
- <sup>62</sup> *Id.* em 161
- <sup>63</sup> Melvin Eisenberg, *What Good Teachers Say About Teaching* (1990), Disponível em <http://teacm^g.berkeley.edu/goodteachers/eisenberg.html> (último acesso em Dez. 10, 20 06).
- <sup>64</sup> *Omychundv. Barker, (1744) 28 Eng. Rep. 15 (Ch.). Veja Edmund Reward, Lord Mansfield* 63 (Barry Hose 1979).
- <sup>65</sup> Veja, por todos, ATIYAH & SUMMERS, *nota supra* 53.
- <sup>66</sup> “Os objetos de domínio ou propriedade são coisas, diferentemente das pessoas.” WILLIAM BLACKSTONE, 2 COMMENTARIES \*16 (ênfase no original).
- <sup>67</sup> JOHN CHIPMAN GRAY, *A natureza e as fontes do Direito* 27 (Columbia Univ. Press 1909).
- <sup>68</sup> *Wartelle v. Hospital das mulheres e crianças.* 704 So. 2d 778, 780-81 (La. 1997).
- <sup>69</sup> *Veja Ex Parte Boylston*, 33 S. C.L. 41, 43 (1847); *Jarman v. Patterson*, 23 Ky. 644. 645-646 (1828) (concluindo que a personalidade jurídica dos escravos ainda não aconteceu).
- <sup>70</sup> *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113, 158, 162 (1973) (afirmando que os fetos não são pessoas, na aceção da Décima Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos; *State v. B e a k*, 378 S. E. 2 d 1, 2-3 (N. C. 1989) (afirmando que os fetos não são pessoas, na aceção do Estatuto do homicídio da Carolina do Sul). Hoje cada jurisdição americana reconhece

uma causa de ação em delito, quase sempre sob o *common law*, por um feto nascido vivo, que sofreu lesão pré-natal depois de ter atingido viabilidade. *Sec* David Kadcr, A lei da morte do *pré-natal ilícita*. *v. Wade*, 45. Mo. L. R e v. 639, 644 n.24 (1SS0). Algumas jurisdições do *common law* permitem uma ação de um feto nascido vivo, mesmo que sofreu uma lesão pré-viabilidade. *Eg.*, *S y l v i a v. Gobeille*, 220 A. 2d 222 (R.I. 1966); *Smith v. Brennan*, 157 A. 2d 497 (N.J. 1960). Outros permitem também com base no *common law* ou causa de ação legal em favor da CF estatal de lesão pré-natal que causou sua morte, com os tribunais o desenho da linha de ferimentos infligidos tanto antes como depois de viabilidade. *Veja os casos coletados em Farley v. Sartin*, 466 S. E. 2 d 522, 528 n.13 (W. V a . 1995); *Amadiov. Levin*, 501 A. 2 d 1085, 1087 n.3. (Pa. 1985). Tribunais que rejeitam a caracterização de um feto humano como uma “pessoa” podem vir a categorizá-los como uma coisa. *Veja Wise, Hardly a Revolution-fiupra* note 4, at 897. *In Witty v. American Gen. Capital Distrib.Jnc.*, 727 S.W.2d 504, 504-506 (Tx. 1987). A Corte Suprema do Texas decidiu que os fetos não eram “pessoas” no âmbito do Estatuto da morte ou sobrevivência. Mas toda a explicação do Tribunal para a rejeição da procura de alternativas da mãe de indenização pela destruição de sua família consistiu na afirmação de que “consideramos como uma questão de direito, que um feto não é relegado ao status de alienação fiduciária. *Id* 506. Se um feto do Texas não é nem uma pessoa nem propriedade, então o que é? E o que é um pré-embrião, o prazo para um zigoto até quatorze dias após a fecundação? *Em Davis v. Davis*, 842 S.W.2d 588, 597 (Term. 1992) a Suprema Corte do Tennessee disse que o tribunal tinha cometido um erro ao considerar que pré-embriões eram pessoas e que o Tribunal de Apelações do Tennessee tinha cometido um erro assumindo que eles eram propriedade. *Id em* 598-597. A Suprema Corte do Tennessee, no entanto, não se deu ao luxo do Supremo Tribunal de Justiça do Texas de simplesmente ditar o que uma entidade não é e recusando-se a instruir-nos o que eram, como o destino da vida dos Pré-embriões do Tennessee teve de ser decidido. O Tribunal considerou que pré-embriões devem “ocupar um lugar que lhes dá direito a respeito especial por causa de seu potencial para vida humana”, mas que as partes tinham um “interesse na natureza da propriedade para a medida em que tenham poder de decisão sobre a disposição dos pré-embriões, o alcance e a faixa etária das políticas definidas por lei”. *Id.* 597. Não está claro como “o interesse na natureza da propriedade” difere de um interesse de propriedade e em que “relação especial” os pré-embriões estão, eles mesmos, intitula-

dos. No entanto, o Tribunal de Apelação do Arizona, depois de considerar que um pré-embrião de três dias não era uma pessoa para o efeito do Estatuto da morte faltosa do Arizona, adotou a designação suprema do Tennessee do pré-embrião como ocupando uma posição intermédia entre bens e pessoas. *Jeterv. Mayo Clinic*, 121 P. 3d 1256, 1261 (2005).

<sup>71</sup> *Condado de Santa Clara v. S. Pac. R. R.*, 118 U.S. 394 (1886) (sustentando que as corporações são pessoas, na aceção da Décima Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos).

<sup>72</sup> Lawrence B. Solum, *Personalidade jurídica para Inteligência Artificial*. 70 N. C. L. J. 1231, 1239 (1992).

<sup>73</sup> *O Povo. v. Cass*, 467 1324 (Mass. (interpretar Mass. Gen. Laws C. 90, Sec. 24 (g)).

<sup>74</sup> *Id.* 1325 (quoting Hashimiv. Ka'il, 446N. E. 2d1387, 1389 (Mass. 1983) (determinar se é uma alternativa viável o feto ser uma pessoa).

<sup>75</sup> *Id. Veja Estados Unidos ex Tel. Standing Bear v. Crook*, 25 F. Cas. 695, 697 (D. Neb. 1879) (No. 14,891) (confrontar a nova questão se os índios americanos foram “pessoas” ou “partes”, na aceção da Lei Federal do Habeas Corpus). O Tribunal apontou Webster's, que “descreve uma pessoa como ‘uma alma vivente, um auto-consciente sendo, um agente moral, um homem, mulher ou criança, uma corrida para o ser humano individual’”, e observou que “o ponto primeiro da revista dos Estatutos declara que o termo «pessoa» inclui parcerias e sociedades”, e encontrou que o mandado estava disponível para os Índios.

<sup>76</sup> *Compare Didonato v. Wortman*, 358 S.E.2d 489, 490 (N.C. 1987) (concluindo que fetos são pessoas na aceção do ilegal estatuto de morte com *State v. Beale*, 376 S.E.2d 1, 4 (N.C. 1989) (que conclui que fetos não são pessoas na aceção do estatuto de homicídio do estado). A palavra “pessoa” também pode ter um significado diferente entre diferentes estatutos, mesmo numa mesma jurisdição.

<sup>77</sup> *Veja What We Talk About When We Talk About Persons: The Language of a Legal Fiction*, 114 Harv. L. Ver. 1745 (2001). *Veja também, Michael D. Rivard, Toward a General Theory of Constitutional Personhood: A Theory of Constitutional Personhood for Transgenic Humanoid Species*, 39 UCLA L. Rev. 1425, 1466 (1992) (assenta que na esfera da constituição federal, “ao invés de desenvolver uma coerente teoria unificada sobre a pessoalidade, a Suprema Corte segue um resultado de abordagem orientada. Se a Corte

determina que uma sociedade deva ser protegida pela Primeira Emenda, por exemplo, à sociedade é garantida constitucionalmente a pessoalidade. A pessoalidade é assim uma conclusão, não uma questão.”).

<sup>78</sup> É assim que a lei constitucional federal, que não é a *common law*, opera. *Doe v. Shalala*, 862 F. Supp. 1421, 1426 (D. Md. 1994); *Roe v. Casey*, 464 F. Supp. 483 (E.D. Pa. 1978) *aff'd.*, 623 F.2d 829 (3d Cir. 1980). Veja Wise, *Rattling the Cage*, nota 04, p. 107-118 (discute-se como a evolução da pessoalidade no *common law* sobre os fetos humanos ocorreu). Esta evolução está inteiramente separada da decisão em *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) que nega a pessoalidade do feto humano com base na Emenda Quatorze da Constituição dos Estados Unidos.

<sup>79</sup> *Dietrich v. Habitantes de Northampton*, 138 Mass. 14 (1884).

<sup>80</sup> Veja, Wise, *Rattling the Cage*, nota 04, p. 107-114. O caso Holmes está em *Dietrich v. Habitantes de Northampton*, 138 Mass. 14 (1884).

<sup>81</sup> *Woods v. Lancet*, 102 N.E.2d 691, 692 (N.Y. 1951).

<sup>82</sup> *Id.* em 694 (citando *United Australia, Ltd. V. Barclay Banl, Ltd.*, A.C. 1, 29 (1941)).

<sup>83</sup> *d.* (citando *Funk v. United States*, 290 U.S. 371, 382 (1933)).

<sup>84</sup> *Id.*

<sup>85</sup> *Id.* em 695(citando *Woods v. Lancet*, 105 N.Y.S.2d 417, 418 (App. Div. 1951) (Heffernan J., dissente)).

<sup>86</sup> *Veja genericamente ANIMAL RIGHTS: CURRENT DEBATES AND NEW DIRECTIONS*, *supra* nota 3; WISE; *RA TLING THE CAGE*, *supra* nota 5; Nussbaum, *supra* nota 3; Tribe, *supra* nota 3; Verchick, *supra* nota 3; WISE, *TRAÇANDO UMA LINHA*, *supra* nota 4; Wise, *Hardly a Revolution*, *supra* nota 4.

<sup>87</sup> *Veja supra* notas 25-35 e respectivo texto para uma discussão da investigação científica.

<sup>88</sup> Pesquisa Zogby 5 Pergunta 3 (entrevistas realizadas entre 24 e 27 de abril de 2001)[a seguir pesquisa Zogby]( em arquivo do autor).

<sup>89</sup> *Id.* no 9, Questão 15.

- <sup>90</sup> Pascal Gigneux et al. *The ethics of research on great apes*, 437, NATUREZA 27, 28 (1 de setembro de 2005). Veja também Chimpanzee Sequencing and Analysis Consortium, nota supra 29 a 83.
- <sup>91</sup> VandeBerg et al. Nota supra 14 a 32. Nota Complementar a Resposta do Primeiro Secretário para o Comitê de Procedimentos com Animais, Relatório Provisório na Análise do Ato de Operação com Animais (Procedimentos Científicos) de 1986, de 2 (1997) (Em arquivo do autor) (afirmando que “Grandes símios... nunca foram utilizados antes do Ato de 1986 como animais de laboratório. Mas isto não tem sido previamente banido. O Governo não irá permitir a sua utilização no futuro. Esta é uma questão de moralidade. O conhecimento das características comportamentais e das qualidades desses animais significa que é antiético tratá-los como dispensáveis para pesquisa.”), Relatório Intercalar disponível em <http://www.apc.gov.uk/reference/ar97.pdf> (acesso em 10 de dezembro de 2006).
- <sup>92</sup> 7 U.S.C.A. § 2143 (a) (2) (B) (West 2006).
- <sup>93</sup> 42 U.S.C.A. § 287a-3a (West 2006).
- <sup>94</sup> 16 U.S.C.A. § § 6301-05 West (2006). O Congresso incluiu os macacos grandes na definição do estatuto de grandes primatas. Veja Charles Siebert, *Planet of the retired apes*, N.Y. TIMES MAG., 24 de julho de 2005, número 29. Não há excesso de populações de gorilas e orangotangos americanos.
- <sup>95</sup> Liberdade é um direito não-comparativo. Outros requisitos, talvez menores, existam para a concessão da liberdade pessoal (ou corporal) como um direito de igualdade comparativa.
- <sup>96</sup> WILLIAM BLACKSTONE, 2 COMENTÁRIOS \*92-\*93.
- <sup>97</sup> THOMAS D. MORRIS, SOUTHERN SLAVERY AND THE LAW 1619-1860 61-80 (Univ. da Carolina do Norte, impresso em 1996); A. Leon Higgenbotham, Jr. & F. Michael Higgenbotham, “*Yearning to Breathe Free*”: *Legal Barriers Against and Options in Favor of Liberty in Antebellum Virginia*, 68 NYU L. REV. 1213, 1222-1223 (1993) (afirmando que em momentos diferentes, a Virginia tratava os escravos negros como bens móveis pessoais ou imóveis). Veja também *Neal v. Farmer*, 9 GA 555, 561 (1851) (“Propriedade no fiador, foi tão absoluta como nos bovinos ou noutras matérias.”).

- <sup>98</sup> A. Leon Higgenbotham, Jr. & Barbara Kopytoff, *Property First, Humanity Second: The Recognition of the Slave's Human Nature in Virginia Civil Law*, 50 OHIO ST. L. J. 511, 534, 535, 538 (1989).
- <sup>99</sup> *E.g.*, Peter v. Hargrave, 46 Va. (5 Gratt.) 12, 14-17 (1848) (grifos no original).
- <sup>100</sup> Eu devo a minha breve discussão sobre a escravidão medieval inglesa principalmente a DAVID A. E. PELTERET, *SLAVERY IN EARLY MEDIAEVAL ENGLAND: FROM THE REIGN OF ALFRE UNTIL THE TWELFTH CENTURY* (Londres 1995) [posteriormente PELTERET].
- <sup>101</sup> *Id.* em 78.
- <sup>102</sup> DAVID BRION DAVIS, *THE PROBLEM OF SLAVERY IN WESTERN CULTURE* 39 (Univ. de Cornell, impresso em 1966) [posteriormente DAVIS], no século XII, Evesham Abbey tinha “cinco escravos e uma fiadora. Depois de trinta e dois vilões”. PELTERET, *supra* nota 100, em 239.
- <sup>103</sup> Compare JOHN HAMILTON BAKER, *THE COMMON LAW TRADITION* 325 (Hambleton Impresso em 2000) [posteriormente BAKER] (“o vilão não era um escravo no senso romano, nem era de propriedade de seu senhor...”) Com 3 WILLIAM HOLDSWORTH, *A HISTORY OF ENGLISH LAW* 491, 495 (1956) [posteriormente HOLDSWORTH] (“A maioria das regras e máximas da concepção romana de propriedade lhes foram aplicadas. Seu senhor tinha poder absoluto sobre seus corpos e seus bens. Ele poderia vendê-los e tratá-los como quisesse, porque eram os seus bens móveis.”).
- <sup>104</sup> PAUL R. HYAMS, *KING, LORDS AND PEASANTS IN MEDIEVAL ENGLAND: THE COMMON LAW OF VILL EINAGE IN THE TWELFTH AND THIRTEENTH CENTURIES*, 2-3 (Univ. de Oxford Impresso em 1980) [posteriormente HYAMS] (citando A CORREIÇÃO DE LONDRES DE 1244 (H. W. Chew & M. Weinbaum eds., 1970)).
- <sup>105</sup> Smith v. Brown e Cooper (1701) 91 Eng. Rep. 566 (K.B.).
- <sup>106</sup> Bryan v. Walton, 14 Ga. 185, 199 (1853).
- <sup>107</sup> DAVIS, nota 102, em 38, 39, 3 HOLDSWORTH, nota *supra* 103, em 491, 495; Bryan v. Walton, 14 GA 185, 199 (1853) (“Onde o seu senhor não estava interessado, um vilão era um homem livre em todos os seus negócios.”). Alguns desejavam negar ao vilão não livre quaisquer direitos legais. Ele não é sem direitos, quase por definição? Maitland, na verdade, disse sobre o

vilão: “Em relação ao seu senhor, a regra geral faz dele sem direitos [enquanto] a lei criminal... o protege na vida e membro ... protegê-lo na vida e membro. ... Maitland chamaria de escravo de “sem direitos”, mesmo quando sua vida estivesse legalmente protegida contra a violência de seu mestre. Afinal de contas, o direito inglês moderno protege os animais domésticos contra os maus tratos, sem dar-lhes qualquer direito legal de recurso contra seus mestres. Este ponto de vista, embora não seja o argumento parece sensato o suficiente. É evidente que um objeto, do cão ou vilão, devem ser protegidos pela lei sem ter a habilidade de iniciar, ele próprio, um processo legal para executar essa proteção.

- <sup>108</sup> HYAMS nota supra, 104, em 125-126 n.3 (citações omitidas) (observe que Glanville também deve ter “pensado em termos de uma analogia entre vilões e animais domésticos”). WILLIAM BLACKSTONE, 2 COMMENTÁRIOS 98.
- <sup>109</sup> Paul R. Hyams, *The Action of Nafity in the Early Common Law*, 90 L.Q. REV. 326, 333-335 (1974); R.C. VAN CAENEGEM, *ROYAL WRITS IN ENGLAND FROM THE CONQUEST TO GLANVILLE* 343-344 (1958-1959).
- <sup>110</sup> Hyams nota supra 109, a 326, 3 HOLDSWORTH, nota supra 103, a 497. “Nafity” às vezes era escrito “neifty” e também foi chamado de o mandado de “*nativo habendo*”.
- <sup>111</sup> Hyams nota supra 109, a 327, 328-331. Veja *Somerset v. Stewart*, (1772) 98 Eng. Rep. 499 (KB), 3 HOLDSWORTH, nota supra 103, a 497. A habilidade do vilão de utilizar este mandado foi levado pelo Parlamento durante o reinado de Edward III. 25 Edw. 3<sup>o</sup>, st. 5, cap. 18 (utilização do mandado de *libertate probanda* não impediria que o senhor de efetuasse a apreensão de um vilão fugitivo).
- <sup>112</sup> *Somerset*, (1772) 98 Eng. Rep. 499.
- <sup>113</sup> *Pigg v. Caley*, Noy 27 (K.B. 1618).
- <sup>114</sup> ELSA DE HAAS, *ANTIQUITIES OF BAIL: ORIGIN AND HISTORICAL DEVELOPMENT IN CRIMINAL CASES TO THE YEAR 1275* 62 (AMS Impresso em 1966) [posteriormente DE HAAS] roll de 1165 a 1166. ...) (grifos no original).
- <sup>115</sup> Maxwell Cohen, *Some Considerations on the Origin of Habeas Corpus*, 16 CAN. B. REV. 92, 96, 97 (1938)( citação omitida).

116 In: Caso Williamson, 26 P. 9, 25 (1855) (Lowrie, J., concordando). Ver Somerset, (1772) 98 Eng. Rep. 499 (K.B.); Mais v. Watts, (1700) 88 Eng. Rep. 1426, 1428 (K. B).. (“Se um *homine replegiando* for intentado, e ao réu requerer como parte o seu vilão, isto é um bom retorno para o delegado realizar, e não haverá reivindicação até o requerente dar segurança, isto no Tribunal; e posteriormente deverá seguir um Mandado ... para o delegado para que entregue ao requerente. ...”) (Grifos no original). Veja também BAKER, nota supra 103 a 332, 3 HOLDSWORTH, nota supra 103 a 497, 498, HERBERT BROOM, Direito Constitucional visto em relação ao Direito Comum 76 nx (George L. Denman ed., 2d ed. 1885); PHINEAS MORRIS PEMBERTON, PRACTICAL TREATISE ON THE LAW OF REPLEVIN IN THE UNITED STATES 238 (2d e rev. ed. 1869) [posteriormente MORRIS] (“Foi um bom retorno para um *homine replegiando* dizer que o réu afirmou o homem como vilão, mas no retorno do mandado ao Tribunal, se qualquer pessoa entrou no Tribunal e deu segurança para que o demandante no Tribunal, num determinado dia, possibilitasse um mandado emitido para o delegado para que entregasse ao requerente ...”) (Grifei).

117 JE COBBEY, A PRACTICAL TREATISE ON THE LAW OF REPLEVIN AS ADMINISTERED BY THE COURTS OF THE UNITES STATES 7,16 (2d ed. 1900).

118 More v. Watts, (1700) 88 Eng. Rep. at 1427 (grifos no original).

119 Huger v. Barnwell, 39 S.C.L. (5 Rich.) 273, 275 (1852). Veja MORRIS, nota supra 116 a 237 (“[O] procedimento no *homine replegiando* era muito semelhante aos dos casos comuns de reivindicação de bens.”) (grifei). Morris dedicou um capítulo de seu tratado de 1869 sobre a lei de reivindicação ao *homine replegiando* porque, ao mesmo tempo, “a reivindicação foi o principal remédio para uma prisão ilegal” que estava sendo usado nos Estados Unidos. Id. EM 236.

120 WILLIAM BLACKSTONE, 3 COMMENTARIOS \* 129. Veja MORRIS, William Blackstone, 3 COMENTÁRIOS \* 129. Veja MORRIS, nota supra 116 a 68. Veja também DE HAAS, nota supra 114, em 67- (“O mandado de *homine replegiando* foi obtido, ‘como é claro’ da Chancelaria para a liberação de qualquer garantia que um delegado ou uma pessoa privada tinha apreendido e foi a detenção de um prisioneiro.”) (citações



omitidas). O *homine replegiando* foi, em substância, o processo de reivindicação, aplicado com a finalidade de retirar uma pessoa da prisão. Já que bens móveis ilegalmente penhorados poderiam ser recuperados por seu proprietário pela ação de reivindicação, então, uma pessoa detida ilegalmente poderia recuperar sua liberdade através deste mandado. Desde que apareceu em Bracton, é tão antiga quanto a primeira metade do século XIII. Ele foi direcionado ao delegado ordenando-lhe que libertasse um homem que estivesse na prisão ou que estivesse sob a custódia de uma pessoa nomeada pelo mandado.

- <sup>121</sup> Cowperthwaite v. Jones, 2 E.U. (2 Dall.) 55 (1790). Veja também Dallin H. Oaks, *Habeas Corpus in the States -- 1776-1865*, de 32 cm U. L. REV. 243, 284 (1965) [posteriormente Oaks]. Lord Mansfield, ocasionalmente, empunhou o mandado de habeas corpus de maneira semelhante. Ver nota infra 197 e respectivo texto.
- <sup>122</sup> COBBEY, *nota supra* 117 a 41. Veja também 66 AM. JUR. 2D Replevin §6 a 503 (2001).
- <sup>123</sup> Quanto aos escravos humanos, ver, e. g., Gullett v. Lamberton, 6 Ark 109, 117 (1845). No direito consuetudinário, o mandado de devolução de propriedade mantida contra a lei era aplicado aos escravos. Ver Lay v. Lawson, 23 Ala 377 (1845); McLennon Bethea v., 23 N.C. 523 (1840). o Mandado de devolução de propriedade mantida contra a lei e mandado de reivindicação, ambos poderiam ser invocados para recuperar bens móveis detidos injustamente para que o demandante tivesse o direito de posse, mas a lei de reivindicação era invocada quando a tomada original era ilegal, enquanto o mandado de devolução de mantida contra a lei era apropriada quando o acesso original era legal. 1 Recursos C. J. § 120 (1914).
- <sup>124</sup> F.M. Maitland, *The History of the Register of Original Writs*, 3 HARV. L. REV. 167,219, 217 (1889-1890).
- <sup>125</sup> JOHN LOCKE, TWO TREATISES OF GOVERNMENT 287, 269 (Peter Laslett ed., Univ. de Cambridge Impresso em 1988) (1690) (grifo no original). O relatório sobre o julgamento pelo Júri em questões de liberdade pessoal da Câmara dos Representantes de Massachusetts questionou se os fundadores tinham a intenção de “yield [julgamento por júri como um direito a todo homem para a investigação de seu título assim como de boi ou um cavalo, e retê-lo em um julgamento que envolvia a posse... de si mesmo?”. COMMON WEALTH OF MASS. HOUSE OF REPRESENTATIVES, REPORT ON THE TRIAL BY JURY IN QUESTIONS OF

- PERSONAL FREEDOM, H. R. DOC. NO. 51, 7 (Mass 1837) [posteriormente MASS, HOUSE REPORT] (Grifos no original). Veja também David Favre, *Equitable Self-Ownership for Animals*, 50 DUKE J. L. 473, 481 n.29 (2000).
- <sup>126</sup> C.B. MACPHERSON, *THE POLITICAL THEORY OF POSSESSIVE INDIVIDUALISM – HOBBS TO LOCKE* 3 (1962). A idéia de “individualismo possessivo” precedia ambos, Locke e Hobbes, pelo menos, trezentos anos TUCK nota supra, 18 a 3, 16-29.
- <sup>127</sup> Oaks, nota supra 121 a 281. Oaks diz que o mandado não se aplica nem à enfermaria nem aos vilões. *Id.*
- <sup>128</sup> WILLIAM BLACKSTONE, 3 COMMENTARIOS \* 129. Veja MORRIS, William Blackstone, 3 Ver procedimentos descritos na Oaks nota supra 121 a 281-282. Veja também Cohen nota supra 115 a 97 (“era circunscrita por tantas exceções explícitas que não poderia ser usado para a maioria das prisões em delitos importantes, ou por comando especial do rei, ou o seu Chefe de Justiça, e provavelmente era usado apenas em casos de detenções privadas ou violações da paz e não no montante de crime.”) (citação omitida).
- <sup>129</sup> Opinião sobre o Mandado de Habeas Corpus, (1758) 97 Eng Rep. 29, 31, 49 (Resposta do Sr. Justice Wilmot para as questões propostas aos Juizes da Câmara dos Lordes, na segunda leitura do projeto de lei, [entitulada], Um Ato para dar um Remédio Mais Rápido ao Assunto, sobre o mandado de *Habeas Corpus*). “Este mandado, que é obtido através do Tribunal de Chancery numa declaração, vai para o delegado, e ordena-lhe que reivindique o homem. Se ele não pode o reivindicar, devolve, e sai do processo imediatamente para apreender a pessoa que está em custódia, e ele é preso ate que ele se produza a prova. “*Id.* a 49.
- <sup>130</sup> Um comentarista, acreditando que o *homine replegiando* é o remédio mais eficaz que o *habeas corpus*, encorajou o seu uso. Anônimo, *Some Defects in the Law of Habeas Corpus*, 22 LEI. REV. 149 (1855).
- <sup>131</sup> JAMES KENT, COMMENTARIES ON AMERICAN LAW 31 (4th ed. 1840).
- <sup>132</sup> *Belt v. Dalby*, 1 U.S. 167 (Pa. 1786).
- <sup>133</sup> Oaks nota supra 121 a 282. Abolicionistas encontraram este útil e antigo mandado na emergência de negros provenientes dos receptores de es-

cravos nos estados do norte. Também foi tecnicamente disponível para proprietários de escravos visando recapturar seus bens móveis humanos, mas um recurso processual do mandado anulou a sua utilidade pelos sulistas: questões suscitadas pelo mandado eram suscitadas pelo júri, e alguns júris do norte nos anos de 1850 simpatizavam com os receptores de escravos. William M. Wiecek, *The Great Writ and Reconstruction: The Habeas Corpus Act of 1867*, 36 J. S. HIST. 530, 535 (1970).

- <sup>134</sup> Muitos estados incorporaram o Sistema da Common Law Inglês ou leis inglesas em seu sistema legal. ALA. CODE § 1-3-1 (2005) (common law sem data); ARK. CODE ANN. § 1-2-119 (2005) (common law sem data); Leis são de 24 de março de 1606); CAL. Código Civil § 22.2 (2005) (common law sem data); COLO. REV. STAT. ANN. § 2-4-211 (2005) (common law sem data); leis são datadas do quarto ano de James I, salvo a segunda seção do capítulo sexto da Elizabeth quarenta e três, o oitavo capítulo de Elizabeth 13<sup>a</sup>, e o nono capítulo de Henry, trinta e sete, o Oitavo) DEL. CONST. SCHEDULE, § 18 (2005) (common law de 1776); FLA. STAT. ANN. § 2.01 (2005) (common law e e leis datadas de 4 de julho de 1776); GA. CODE ANN. § 1-1-10 (2005) (common law de 14 de maio de 1776); HAW. REV. STAT. § 1-1 (2005) (common law sem data); IDAHO CODE § 73-116 (2005) (common law sem data); 5 ILL. COMP. STAT. 50/1 (2005) (common law sem data; leis são datadas do quarto ano de James I, salvo a a segunda seção do capítulo sexto da Elizabeth quarenta e três, o oitavo capítulo de Elizabeth 13<sup>a</sup>, e o nono capítulo do 37<sup>o</sup> Henry 18) IND. CODE ANN. § 1-1-2-1 (2005) (common law sem data ; salvo a segunda seção do capítulo sexto da Elizabeth quarenta e três, o oitavo capítulo de Elizabeth 13<sup>a</sup>, e o nono capítulo de Henry, trinta e sete, o Oitavo) KY. CONST. § 233 (2005) (todas as leis em vigor em 01 de junho de 1792; common law sem data; leis de 4 de julho de 1776); MD. CONST. DECLARAÇÃO DE DIREITOS , art. V (common law has sem data.) MASS. CONST, pt. 2, ch. VI, art. VI (2005) (common law e leis que foram modificadas antes da adoção da Constituição de Massachusetts em 1780); Commonwealth v. Rowe, 153 N.E. 537 (Mass. 1926); MISS. CONST, art. VI, § 146 (2005) (common law has sem data e utilizada como guia); Mo. REV. STAT. § 1.010 (2005) (common law sem data; leis datadas da primeira parte do reinado de James I); MONT. CODE ANN. § 1-1-109 (2005) (common law sem data); NEB. REV. STAT. §49-101 (2005) (common law sem data); NEV. REV. STAT. § 1.030 (2005) (common law sem data); N.H. CONST, pt. 2, art. 90 (common law, leis inglesas em reforma em New Hampshire ); N.J. CONST, art. XI, § 1, p.

3 (1947) (common law de 1776); N.M. STAT. § 38-1-3 (2005) (estados nos quais a common law estará em efeito, mas cortes interpretaram como common law inglesa de 4 de julho de 1776); *Browning v. Estate of Browning*, 3 N.M. 659, 684 (1886); OR. CONST, art. XVIII, § 7 (2003); 1 PA. CONS. STAT. § 1503 (2005) (a common law e as leis da Inglaterra em vigor em 14 de maio de 1776); R.I. GEN. LAWS § 43-3-1 (2005) (nenhuma referência a common law; leis inglesas introduzidas pela Declaração de Independência); S.C. CODE ANN. § 14-1-50 (2004) (common law sem data); TEX. CIV. PRAC & REM. CODE ANN. § 5.001 (2005) (common law sem data); VA. CODE ANN. § 1-200 (2005) (common law sem data). Outros estados se referem genericamente a “common law” sendo incorporada na legislação do estado. ALASKA STAT. § 01.10.010 (2005); ARIZ. REV. STAT. § 1-201 (2005); KAN. STAT. ANN. § 77-109 (2005); MICH. CONST, art. III, § 7; NY. CONST, art. I, § 14; N.C. GEN. STAT. § 4-1 (2005); N.D. CENT. CODE § 1-01-03 (2005); OKL. STAT. ANN. tit. 12, § 2 (2005); S.D. CODIFIED LAWS § 1-1-23 (2005); TENN. CONST, art. XI § 1; UTAH CODE ANN. § 68-3-1 (2005); VT. STAT. ANN. tit. I, § 271 (2005); WASH. REV. CODE § 4.04.010 (2005); WIS. CONST, art. XIV, § 13 (2005); WYO. STAT. ANN. § 8-1-101 (2005). Não há legislação ou disposição constitucional para Connecticut, Maine, Minnesota, Ohio, ou Louisiana. Entretanto todos exceto o estado da Louisiana influenciados pelo sistema da civil law incorporaram a common law inglesa e as leis através de decisões judiciais. *Baldwin v. Walker*, 21 Conn 168 (1851); *Colley v. Merrill*, 6 Me. 50, 55 (1829); *Cleveland, Columbus & Cincinnati R.R. Co. v. Keary*, 3 Ohio St. 201, 205-206 (1854); *Congdon v. Congdon*, 200 N.W. 76, 82 (Minn. 1924) (sem decisão de ser a common law em vigor ao tempo da Revolução ou ao tempo da Adoção das Ordenações de Noroeste de 1787).

<sup>135</sup> Oaks, nota supramencionada 121, na pagina 283

<sup>136</sup> THOMAS D. MORRIS. *FRE E MEN ALL—TH E PERSONAL LIBERTY LAWS OF THE NORTH 1780-1861* 11 (Johns Hopkins Univ. Press 1974) [hereinafter MORRIS].

<sup>137</sup> Por exemplo, *Margaret v. Muzzy* (1768) (Middlesex Inferior Ct.) (Cambridge); 2 *LEGAL PAPERS OF JOHN ADAMS*, Case. No. 40, 58 (L. Kinvin Wroth & Hiller B. Zobel eds., 1965). Cf. *Oliver v. Sale*, *Quincy's Reports* 29 (1762) (no qual um conselho para dois negros utilizou o precedente de homem replegiando contra o defensor, que vendeu seus clientes como escravos). Veja também 1 *Mass. Gen Laws. ch. 58* (1786). Depois

comissários recomendaram revisões nas Leis Gerais de Massachusetes através da disposição que aquele habeas corpus “oferece um remédio efetivo e completo para todos os casos de prisão ou restrição ilegal nos quais o precedente de *homine replegiando* é raramente utilizado” em 1834, o precedente foi abolido no ano seguinte. COMMONWEALTH OF MASS. REPORT OF THE COMMISSIONERS APPOINTED TO REVISE THE GENERAL STATUTES OF THE COMMONWEALTH, pt. 3, 220 (1834). Foi abolido talvez como advertência ou sem a adequada consideração, “ talvez como um sinal para o Sul. MASS. HOUSE REPORT, nota supracitada 125, nat 7; veja também MORRIS, nota supracitada 136, nas páginas 64-65. Nova Iorque manteve os procedimentos tradicionais do precedente. Ver *Skinner v. Fleet*, 14 Johns 263, 268-269 (N.Y. Sup. Ct. 1817); *Covenhoven v. Seaman*, 1 Johns Cas. 23, 24 (N.Y. Sup. Ct. 1799).

<sup>138</sup> MASS. HOUSE REPORT, nota supracitada 125, na pagina 20 (ênfase na original)

<sup>139</sup> Oaks, nota supracitada 121, nas paginas 283-284 n.219 (1965). “O precedente de *homine replegiando*] existiu como parte da common law; e . . . não exigiu um procedimento formal de sancionamento para lhe conceder validade nas colônias.” MASS HOUSE REPORT, nota supracitada 125, na pagina 6. Eu geralmente não discuto casos de estados nos quais o precedente foi vencido por leis federais de escravos fugitivos. Ver por exemplo *Jack v. Martin*, 12 Wend. 311 (N.Y. Sup. Ct. 1834); *Wright v. Deacon*, 5 Serg. & Rawle 62 (Pa. 1819).

<sup>140</sup> *Elkison v. Deliesseline*, 8 F. Cas. 493, 497 (C.C.D.S.C. 1823) (No. 4366) manifestações internas omitidas). A corte também disse que o precedente de *homine replegiando* era adequado mesmo quando o habeas corpus não o fosse.

<sup>141</sup> *Jack v. Martin*, 14 Wend. 507 527 (N.Y. Ct. Err. 1835).

<sup>142</sup> *In re Martin*, 16 F. Cas. 881, 882 (C.C.S.D.NY. 1835) (No. 9154) (ênfase adicionada).

<sup>143</sup> 1821 Me. Laws ch. 66 (1821)

<sup>144</sup> Não apenas não seria aplicado aos casos relacionados a captura de um escravo pelo feitor, como também “à parte que conduz alguém sob sua subordinação de acordo com um contrato” incluindo uma criança ou um aprendiz. *Richardson v. Richardson*, 32 Me. 560, 563 (1851). Ver *Bridges v. Bridges*, 13 Me. 408, 411 (1836) (Foi indagado o que um supervisor

deve fazer se seu aprendiz é encontrado por seu pai? É uma resposta suficiente que o precedente não seja o remédio adequado... Não há dúvidas que uma detenção de um menor de idade ou uma prisão ilegal devem ser confrontadas através do habeas corpus”) (ênfase no original).

<sup>145</sup> E.g., *Butler v. Delaplaine*, 7 Serg. & Rawle 378 (Pa. 1821); *Alexander v. Stokeley*, 7 Serg. & Rawle 299 (Pa. 1821); *Wilson v. Belinda*, 3 Serg. & Rawle 396 (Pa. 1817).

<sup>146</sup> *Ex Parte Lawrence*, 5 Binn. 304, 304 (Pa. 1817) (ênfase no original). De homine replegiando, no entanto, “parece ser adequado para escravos e donos de escravos sob as mesmas bases.” *Oaks*, supra note 121, at 284.

<sup>147</sup> *In re Brown* (unreported), in *SLAVERY IN THE COURTROOM: AN ANNOTATED BIBLIOGRAPHY OF AMERICAN CASES* 78 (Paul Finkelman ed., 1985).

<sup>148</sup> E.g., *MISS. COMP. STATS. 1802-30*, § 8, nas paginas 664; 1814 *VA. ACTS* § 314, em 68. Massachusettes aboliu o precedente em 1835, provavelmente em razão da legislação haver aceito o pedido de Comissários que solicitaram uma revisão das leis gerais que consideravam o precedente e o habeas corpus como “os instrumentos adequados para todos os casos de prisão ilegal ou restrição para os quais o precedente de homine replegiando é raramente usado”, ou talvez porque isto foi temporariamente capitulado pela pressão do sudoeste por sua eliminação. *COMMONWEALTH OF MASS., REPORT OF THE COMMISSIONERS APPOINTED TO REVISE THE GENERAL STATUTES OF THE COMMONWEALTH*, pt. 3, na pagina 229 (1834). Ver também *MORRIS*, nota supracitada 136, paginas 64-65; *MASS. REV. STATS. 1836*, ch. III, § 38.

<sup>149</sup> *Huger v. Barnwell*, 39 S.C.L. (5 Rich.) 273, 274 (1852)

<sup>150</sup> *Idem* na pagina 275.

<sup>151</sup> *De Lacy v. Antoine*, 34 Va. (7 Leigh) 438, 439 (1836) (ênfase no original). Da mesma forma. Mesmo quando a igualdade legal foi encoberta pela igualdade determinada pela Décima quarta Emenda à Constituição Norte-Americana, ela continua existindo. Ver *WISE, RATTILING THE CAGE*, nota supra 4, na pagina 295 n.116.

<sup>152</sup> *United States ex rel. Standing Bear v. Crook*, 25 F. Cas. 695, 697 (CCD. Neb. 1879) (No. 14,891).

- <sup>153</sup> United States ex rel. Standing Bear v. Crook, 25 F. Cas. 695, 697 (CCD. Neb. 1879) (No. 14,891)
- <sup>154</sup> Ver nota supracitada 133 o texto que lhe acompanha.
- <sup>155</sup> Ver Zogby Poll, nota 88 e o texto.
- <sup>156</sup> A favor “Suica”, nota 1.
- <sup>157</sup> William Blackstone, 3 COMENTÁRIOS \* 129; DAVID CLARK & GERARD McCoy, o mais fundamental
- <sup>158</sup> William F. Duker, The Origins Inglês do Mandado de Habeas Corpus: A Caminho peculiar a Fama, 53 N.Y.U. L. REV. 983, 984-85 (1978). O Édito Perpétuo em Digest de Justiniano tem o pretor convocando antes dele o freeman ilegalmente detidos por meio de uma chamada de writ libero homine exhibendo (“produzir a pessoa”). Veja Albert S. Glass, Aspectos Históricos de Habeas Corpus, 9 ST. L. JOHN’S REV. 55, 56 (1934).
- <sup>159</sup> William F. Duker, The English Origins of the Writ of Habeas Corpus: A Peculiar Path to Fame, 53 N.Y.U. L. REV. 983, 984-85 (1978). O Édito perpétuo do Digesto de Justiniano previa a situação do pretor de detenção conforme o precedente chamado de homine libero exhibendo (“produz a pessoa”). See Albert S. Glass, Historical Aspects of Habeas Corpus, 9 ST. JOHN’S L. REV. 55, 56 (1934).
- <sup>160</sup> Duker, nota 158, em 988-989.
- <sup>161</sup> HENRY DE BRACON, ON THE LAWS AND CUSTOMS OF ENGLAND 474-77 (Travers Twiss ed., 1878).
- <sup>162</sup> Duker, nota 158, em 994, 1000. Ver por exemplo Y.B. Hill. 12 Rich. II pi. 18 (1388).
- <sup>163</sup> Duker, nota 158, em 994, 1000. Ver por exemplo Y.B. Hill. 12 Rich. II pi. 18 (1388).
- <sup>164</sup> Cohen, nota 162, em 11; Cohen, nota 115, em 110, 116.
- <sup>165</sup> Duker, nota 158, em 1012-15 (estabelecendo que o precedente de prerrogativa desenvolvido permitiu que aqueles especialmente associados ao Parlamento, aos ministros e oficiais e clérigos das cortes reais fossem julgados perante aqueles tribunais; Cohen, nota 162, em 14. Ver exemplo., Y.B. Mich. 17 Edw. II fol. 37, pi. 9 (1344) {habeas corpus foi combinado com audita querela [o processo utilizado pelo defensor numa ação

contra uma decisão contrária )); Edward Jenks, *The Story of the Habeas Corpus*, 18 L. Q. REV. 64, 69-72 (1902). O precedente de prerrogativa permitiu que aqueles com alguma relação especial junto à corte fossem julgados por ela. Cohen, nota 162, em 16-17.

- <sup>166</sup> *Williamson v. Lewis*, 39 Pa. 9, 27 (1861); Y.B. Trin. 24 Edw. Ill , fol. 27, pi. 3 (1351). Ver WILLIAM S. CHURCH, *A TREATISE ON THE WRIT OF HABEAS CORPUS* 4 (2d ed. 1893) (fixando que assim como Henry VI (1422-1461), o cum causa foi “usado para confrontar uma detenção privada”); Hurd, nota supracitada 16, em 131.

Observou-se também no final do século dezesseis que o Habeas Corpus ad respondendum—como forma usada quando um homem numa ação contra quem o confinou apresentasse sua manifestação perante uma corte inferior—era distinto do Habeas Corpus ad subjiciendum et recipiendum—forma usada quando uma pessoa fosse detida em um processo criminal; e pouco depois a forma ad fasciendum et recipiendum se tornou adequada para o caso de um defensor numa ação civil, perante uma corte inferior desejasse propor a ação perante uma corte superior.

- <sup>167</sup> ROBERT J. SHARPE, *THE LAW OF HABEAS CORPUS* 4-7 (2nd. ed. 1989); Duker, nota 148, em 1002-25; Cohen nota 162, em 16-25.
- <sup>168</sup> Maxwell Cohen, *Habeas Corpus Cum Causa: The Emergence of the Modern Writ—II*, 18 CAN. B. REV. 172, 197 (1940). See also Neil Douglas McFeeley, *The Historical Development of Habeas Corpus*, 30 Sw. L. J. 585, 586-88 (1976); Cohen, nota 162, em 19, 28, 32. Cohen se refere ao precedente como corpus cum causa ad subjiciendum. Idem em 35.
- <sup>169</sup> Cohen, nota 162, em 19-25
- <sup>170</sup> *Hellyard’s (or Hillyard’s) Case*, (1587) 74 Eng. Rep. 455 (CP.). Depois, quando no retorno o prisioneiro fosse declarado detido por uma determinação especial da suprema corte ou por autoridade do Corpo de Conselho, o prisioneiro frequentemente permanecia. Duker, nota 158, em 1026-30.
- <sup>171</sup> Também chamado de Caso Darnel, 3 Como. São Tr. 1 (1627). Para as discussões do caso ver Sharpe, supra nota 167, em 13/09 e da Igreja, supra nota 166, a 4-8. Sharpe escreve, “É, talvez, justo dizer que os argumentos estritamente legal, o tribunal poderia ter facilmente vir para baixo em ambos os lados, e que as pressões políticas e, talvez, o political convictions of the judges, tipped the scale in the King’s favour.” Sharpe, supra



note 167, at 13. See also Cohen, *supra* note 162, at 37-39. Cohen acreditava que a importância era porque ele era a base para o ataque contra o aprisionamento ordenado pelo rei e porque era um método rápido . . . para só ser preso perante um tribunal competente e ter ser interrogado e ouvido e a legalidade da detenção aguida e julgada.

<sup>172</sup> Car. I, ch. 1, § 5 (1628), available at <http://www.constitution.org/eng/pe-tright.htm> (Dec. 2006)

<sup>173</sup> Conferir *supra* notas 134 and 240 para citações aos estados que adotaram o *common law* e leis da Inglaterra e especificamente o *writ* do *habeas corpus* fundamentado no *common law*.

<sup>174</sup> Duker, *supra* notea 158, at 1035 (ênfatisa também) (quoting Procedimentos no Parlamento relatando para a liberdade do sujeito, (1628) 3 How. St. Tr. at 59, 154). See Cohen, *supra* nota 162, at 28 (“o mais significativo e significativo desenvolvimento do *writ* nos séculos de 1600 e 1700 foi o crescimento do *habeas corpus ad subjiciendum* e o uso do *writ* para testar a validade de todos os aprisionamentos.” *Ad subjiciendum significa* “submeter a’ ou sofrer.”)

<sup>175</sup> 16 Car. 1, ch. 10. Presumably this referred to the *habeas corpus adsubjiciendum*.

<sup>176</sup> *Caso Bushell’s*, (1670) 124 Eng. Rep. 1006,1007 (CP.) (ênfatisa acrescentada).

<sup>177</sup> See Cohen, *supra* note 168, at 181-184; 9 HOLDSWORTH, *supra* nota 103, at 120.

<sup>178</sup> WILLIAM BLACKSTONE, 3 COMMENTARIES \*135.

<sup>179</sup> Veja o caso do Sheriff de Middlesex, (1840) 113 Eng. Rep. 419, 424 (Q.B.). Cohen, *supra* nota 168, at 186 n.133 (“detenções civis’... is intended para incluir não só os casos onde se tem um prisão em execução ou como like process at the suit of a party, mas os casos de detenções privadas como os compromissos com o corpo not being courts of law, yet having power to commit.”). In 1816, o estatuto do *writ* foi estendido para custódias privadas, o qual passou a ser tratado pelo *writ* do direito comum. 56 Geo. III, ch. 100(1816).

<sup>180</sup> *Williamson v. Lewis*, 39 Pa. 9, 29 (1861) (“Muita perplexidade cresceu em muitas mentes para confundir o *writ* do direito comum com o with the do estatuto, e portanto é importante distinguir eles.”). Essa referên-

cia ao Ato de Habeas Corpus Act de 1785 da Pensilvânia, o qual era similar ao Ato de Habeas Corpus Act inglês de 1679.

- <sup>181</sup> Hurd, *supra* note 20, at 199, 208. “Após a revolução gloriosa, os esforços da legislatura para melhorar o writ de *Habeas Corpus* era secundária para os juizes. De fato, os juizes estavam sempre preparados . . . para interpretar as leis do direito comum e o estatuto das leis num caminho da maior eficiência do writ.” 9 HOLDSWORTH, *supra* note 103, at 122 (emphasis in original)
- <sup>182</sup> HOLDSWORTH, *supra* note 103, at 119. See Church, *supra* note 166, at 70 (stating that at *common law*, the writ of *habeas corpus* “estendido para todos os caos de prisão ilegal, se reclamado perante autoridades públicas ou privadas.”); Hurd, *supra* note 20, at 87.
- <sup>183</sup> Sharpe, *supra* note 167, at 68; Opinião no Writ de Habeas Corpus, (1758) 97 Eng. Rep. 29, n.(a)3
- <sup>184</sup> 1 JAMES OLDHAM, THE MANSFIELD MANUSCRIPTS AND THE GROWTH OF ENGLISH LAW IN THE EIGHTEENTH CENTURY 6 (Univ. of North Carolina Press 1992) (quoting *Legal Observer* (Dec. 1835).
- <sup>185</sup> COBBETT’S PARLIAMENTARY HISTORY OF ENGLAND 900 (1809) (emphasis added)
- <sup>186</sup> Opinião no Writ de Habeas Corpus, (1758) 97 Eng. Rep. at 33-38, 42. O Juiz Wilmot disse: Quando o writ de *habeas corpus*] foi primeiramente aplicado para o alívio contra as prisões privadas, não aparece; mas sempre que isso foi, a maneira do seu uso parece ter adotado do writ of *homine replegiando*, o qual foi o verdadeiro remédio do direito comum para a asserção da liberdade contra a pessoa privada: e o writ nunca é never usado é claro, mas foi ampliado pela petição... e um juramento feito, abre a fundação no qual este é pedido. *Id.* at 37. O writ de *habeas corpus*... parece na prática ter substituído no [de *homine replegiando*’s] lugare...” *Id.* at 38. “O writ de *homine replegiando*... foi o único remédio específico provido pelo direito comum, para a proteção e defesa de sua liberdade, contra qualquer invasão privada nela.” *Id.* Blackstone escreveu que o writ of *de homine replegiando* “serve para retirar um homem da prisão, ou da custódia de alguma pessoa privada (da mesma maneira que chattels colocados em agonia deve ser libertados...) sob a segurança

do cherife de que o homem deve ser dado para responder qualquer processo contra ele” 3 Blackstone, Comentários \*129.

<sup>187</sup> Parecer sobre o Mandado de Habeas Corpus, (1758) 97 Eng. Rep. em 36.

<sup>188</sup> *Id. em 36, 37.*

<sup>189</sup> *Id. em 32,36,37.* Ver William Blackstone, 3 COMENTÁRIOS \* 132. Veja também Caso Hobhouse, 1 St. Tr. N.S. App. 1346 (1820); Hurd, *supra* nota 20, na 224 n.3 (citando No Matter of Winder, 2 Clifford, 89). Aqui, um pedido de habeas corpus se assemelha o mandado de replegiando de homine. *Id. em 33.*

<sup>190</sup> See Somerset v. Stewart, (1772) 98 Eng. Rep. 499 (K.B.).

<sup>191</sup> 1 tell James Somerset’s story in STEVEN M. WISE, THOUGH THE HEAVENS MAY FALL: THE LANDMARK TRIAL THAT LED TO THE END OF HUMAN SLAVERY (Da Capo Press 2005).

<sup>192</sup> Rasul v. Bush, 542 U.S. 466, 482, n. 11, 481 (2004).

<sup>193</sup> Veja geralmente Adele Hast, o estatuto legal do negro na Virgínia, 1705-1765, 54 J. DE NEGRO HIST. 217 (1969). Estudos recentes tem demonstrado que Nome de Steuart, “Stewart” no repórteres, foi realmente escrito “Steuart.” Vou me referir a ele como “Steuart,” a menos que eu estou citando o nome do caso.

<sup>194</sup> WISE, *supra* note 191, at 59-110.

<sup>195</sup> Hoje, o status “amigo próximo” aparece fácil justamente para se tornar sob o direito comum dos Estados Unidos da América. Sharpe, *supra* nota 167, at 222-23. No entanto, nas cortes federais dos Estados Unidos, o status de “amigo próximo” é mais por pouco permitido adotado para o *writ of habeas corpus* proposto sob uma autoridade estatutária. 28 U.S.C.A. § 2242 (West 2006) (provendo que o writ pode ser proposto não só “por pessoa a quem o alívio é intentado” mas também por qualquer um atando em se nome”). Veja 1 RANDY HERTZ & JAMES S. LIEBMAN, FEDERAL HABEAS CORPUS PRACTICE AND PROCEDURE, § 8.3, at 384-401 (4<sup>th</sup> ed. 2002). No *Whitmore v. Arkansas*, a Suprema Corte dos Estados Unidos estatuiu que “amigo próximo.: quer dizer que não significa considerar como certo automaticamente quem quer que procure mover uma ação em nome de outrem. As decisões do estatuto do habeas corpus, em vigor, aderiu firmemente a no mínimo dois pré-requisitos para o significado de amigo próximo”. Primeiro, um

“amigo próximo” deve ser uma explanação adequada – para inacessíveis, incompetente mentais, ou com outra deficiência – porque a parte realmente interessada não pode aparecer em seu próprio nome para propor a ação (citações omitidas). Segundo, o “amigo próximo” deve ser realmente dedicado para o melhor interesse da pessoa em nome da qual procura litigar (citação omitida) e foi mais sugerido que o amigo próximo” deve ter algum relacionamento significativo com a parte realmente interessada. *Davis v. Austin*, 492 F. Supp. 273, 275-276 (N.D. Ga. 1980) (pastor e primo de primeiro grau do preso teve denegado o significado de “amigo próximo). O incômodo é no “amigo próximo” estabelecer claramente a propriedade deste status e assim justificar a jurisdição da corte... e de acordo com a tradição antiga da doutrina, nós concluímos que uma necessária condição para “amigo próximo” estabelecida na corte federal é uma demonstração de que o propositor “amigo próximo” que é a parte realmente interessada, está inábil para litigar em causa própria devido a sua incapacidade mental, falta de acesso à corte, ou outra incapacidade similar. As limitações na doutrina no “amigo próximo” é dirigida pela reconhecimento de que não foi pretendido que o *writ of habeas corpus* possa ser disposto, em matéria de curso, por intrusos ou intromedidos não os convidados, que se classificam como amigo próximo.’ Estados Unidos *ex rel Bryant v. Houston*, 273 F. 915, 916 (2d Cir. 1921); ver também *Rosenberg v. Estados Unidos*, 346 U.S. 273, 291-292 (1953) (Jackson, J., concorrendo com cinco outros juizes) (descartando a prática de dar como certo “amigo próximo” quem foi um estranho à pessoa detida e a seu caso de quem a intervenção não foi autorizada pelo conselho de prisão). *Whitmore v. Arkansas*, 495 U.S. 149, 163-64, 165 (1990). Algumas cortes inferiores interpretaram isso como local para um dois-pronged teste, o um três-pronged teste, recusando a nomear de “amigo próximo” a quem falte um “relacionamento significativo,” enquanto trazendo aberta a possibilidade de que o prisioneiro deve ter relacionamentos não significativos. *Compare Ford v. Haley*, 195 F.3d 603, 624 (11th Cir. 1999) (two-pronged test) with *Coalition of Clergy, Lawyers, & Professors v. Bush*, 310 F.3d 1153 (9th Cir. 2002) (recusando a nomear coalizão como amigo próximo). *But see Bush*, 310 F.3d at 1167 (“Uma instituição com a história estabelecida de preocupação com os direitos individuais dos detidos’ circunstâncias—como o a cruz vermelha ou anistia internacional—devem ser provavelmente mais hábeis para mostrar que isso é realmente dedicado para o melhor interesse dos detidos que o grupo sem a história e com uma gama mais larga de in-

teresses e respaldo) (Berzon, J., concurring); *Hamdi v. Rumsfeld*, 294 F. 3d 598, 604 n.3 (4th Cir. 2002) (three-pronged test) (recusando to nomear um Defensor Público, enquanto reservando “o caso de qualquer um que possua relacionamentos não significativos.”).

<sup>196</sup> Este manuscrito do julgamento de Somerset está em microfilme sob a custódia do Novo York Historical Society. Todas as citações referem-se a esse manuscrito. O Somerset original e a petição de habeas corpus e apoiar depoimentos foram perdidos em uma XX housecleaning século no Escritório de Registros Públicos britânica.

<sup>197</sup> A sentença do Lorde Mansfield e a reação de Granville Sharp e as observações sobre este podem ser encontrados no manuscrito de posse da Sociedade Histórica de Nova York, intitulado *A Report of the Case of Lewis (A Negro) ag. Stapylton, with remarks by G. Sharp* [hereinafter Sharp].

<sup>198</sup> *Id.*

<sup>199</sup> *WISE, supra* note 191, at 94-95.

<sup>200</sup> *CLARK & MCCOY, supra* note 157, at 47-49.

<sup>201</sup> *Sharp, supra* note 197.

<sup>202</sup> *WISE, supra* note 191, at 95.

<sup>203</sup> *Elvira*, 57 Va. 561 (1865). See *Foster v. Alston*, 6 How. (Miss) 406, 457 (1842) (no procedimento de *habeas corpus*, “direitos não podem ser reindevidados; nenhum dano pode ser calculado, nenhuma restauração de propriedade pode ser decretada, exceto em casos de escravos, sob nosso estatuto). O artigo I, §§ 9(3) e (4) da Constituição da Confederação estabeleceu que “o privilégio do writ de habeas corpus não deve ser suspenso, a não ser quando em casos de rebelião ou invasão em que a segurança pública deve requerer se” e “[não der conta de alcance, ex post facto direito, ou direito denegando ou prejudicando o direito de propriedade nos negros.” Durante a Confederação, a Suprema Corte de Apelação da Virgínia descarregou um escravo do aprisionamento e enviou ele para seu senhor através do writ de *habeas corpus*.

<sup>204</sup> Quando um pai procurou um recurso de habeas corpus para definir seu filho livre da custódia de sua tia, Lord Mansfield mandou o rapaz liberado, mas disse que ele poderia ir onde o prazer, os direitos do pai teria que ser decidido através de outra ação. *Rex v. Delaval*, (1763) 97 Eng. Rep. 913, 914 (KB) (“[tribunal] é obrigado ... para definir o criança livre

de uma restrição indevida, mas eles não são obrigados a entregá-los ao longo de qualquer órgão, nem para lhes dar qualquer privilégio. “) Senhor Kenyon disse que um pedido de habeas corpus foi indevidamente emitido em nome de um mestre para recuperar uma ilegalmente impressionado aprendiz. *Rei v. Reynolds*, (1795) 101 Eng. Rep. 667 (K.B.). No máximo, o Tribunal de Justiça critério para fazer essas encomendas que considere justo. Ver, por exemplo, *ommonwealth v. Harrison*, 11Missa 63 (1814) (concessão de um habeas corpus concedido por um aprendiz no exemplo do mestre, com o aprendiz sendo “[] em geral”). “[O objeto da writ of habeas corpus] [ils para ‘segurar a liberdade pessoal, não para decidir litígios relativos propriedade. “*Commonwealth v. Robinson*, 1 *Sergo & Rawle* 353, 356 (Pa. 1815) (observando, no entanto, que o tribunal tem autoridade para entregar uma criança a seu pai ou um aprendiz de seu mestre). *Hurd* escreveu que, quando um mestre usou o recurso de habeas corpus para libertar seu escravo de detenção ilegal “, o escravo é levado perante o tribunal sob o writ, ele, assim como o aprendiz ou do bebê, deve, se com capacidade suficiente, ser permitiu que sua liberdade de escolha, e se de tenra idade ou capacidade insuficiente, ele deve ser eliminados sob o writ, como a discição do tribunal deve ditar. “*Hurd*, supra nota 20, em 552. Veja também *Fay v. Noia*, 372 EUA 391, 423 n.32 (1963) (citando *Coxv. Hakes*, (1890) 15 AC 506, 527-528 (HL); Secretário de Estado da Administração Internav *O'Brien*, (1923) AC 603, 609 (HL) (*Earl Birkenhead*) (“habeas corpus ... pagar [sl um remédio rápido e imperativo em todos os casos de detenção ilegal ou confinamento”); *Foster*, 7 *Mississippi* em 459 (ao abrigo do estatuto de habeas corpus, os danos não podem ser avaliados, nem pode propriedade, exceto os escravos, ser restaurada).

<sup>205</sup> WILLIAM BLACKSTONE, 1 COMMENTARIES \*424-25.

<sup>206</sup> *Opinion on the Writ of Habeas Corpus*, (1758) 97 Eng. Rep. 29, 42.

<sup>207</sup> *Id.* at 48. No entanto, o Juiz Wilmot continuou, um caso envolvendo um falso retorno não é um irremediável: no direito comum, o writ de *liomine replegiando\** vai claramente aliviar ele. Este writ, o qual é obtido fora da Corte de Chancela através de um juramento, vai para o cherife, e comanda ele para to replever o homem. Se ele não pode replever ele, ele retorna ele, e processa a saída para agarrar o corpo da pessoa que é supostamente para ter ele em sua custódia, e ele é aprisionado até ele apresentar o corpo. *Id.* at 49. O Juiz Wilmot também notou “esse é outro

método com o qual um homem preso [no militar] deve ter a sua liberdade, colocando na gaiola e o retorno fora do caso: e é isso, apelando para a jurisdição sumária, com a qual a corte do King's Bench exercita sob todas as jurisdições inferiores, poderes, e autoridades.

- <sup>208</sup> *Id. 8 Id.* at 43. Os writs não são moldurados ou adaptados para fatos litigiosos: este é um caminho curto e sumário de ter a opinião da Corte sobre um material de direito, onde os fatos são abertos e admitidos . . . se os fatos são controvertidos eles devem ir para um júri; e quando o retorno do habeas corpus é feito e proposto, este é o fim de todo o procedimento, e as partes não têm dia \* na corte; e , por conseguinte, é impossível que um procedimento, como um julgamento, deve ser enxertado sobre isso. *Id.* at 43. O juiz Wilmot também disse que você deve fazer uma pergunta; você deve ter as respostas como esta é dada para você: se isso é suficiente no ponto do direito, os juízes irão te dar um alívio instantâneo; se isso é falso de fato, você recebeu uma lesão; vindicar você mesmo contra o dano numa ação, e quando você provou que o fato era falso, você vai ser entitulado para o completo alívio. *Id.* at 44. Isto foi para preservar o direito de tentar disputer fatos perante um júri. Em 1816, o Ato de 1679 foi emendado para estender para aqueles aprisionados em custódias privadas e os juizes foram permitidos para inquirir a verdade dos fatos no retorno. 56 Geo. II, ch. 100 (1816). Ver Church, *supra* note 166, 228-31, 249; Hurd, *supra* nota 20, em 86.
- <sup>209</sup> Sharpe, nota 167 *supra*, em 66 n. 16 (citações omitidas). O Juiz Sharpe é "a melhor autoridade contemporânea no âmbito do writ." CLARK & MCCOY, nota *supra* 157, em 5.
- <sup>210</sup> Sharpe, nota 167 *supra*, em 66 n. 16 (citações omitidas)
- <sup>211</sup> *Id.* 66 e 14,15.
- <sup>212</sup> Conferir, de forma geral, O Caso da Venus Hottentot (1810) 104 Eng. Rep. 344 (K.B.).
- <sup>213</sup> Conferir *id.*
- <sup>214</sup> Sharpe, *supra*, nota 167, em 65.
- <sup>215</sup> *Id.* P. 67
- <sup>216</sup> Aspecto significativo deste raciocínio é que este indica que a proibição de recurso de decisão denegatória era puramente técnica, e podia ser evitado desde que uma denegação efetiva não estivesse envolvida".

<sup>217</sup> *Id.* p. 72.

<sup>218</sup> *Id.* p. 78.

<sup>219</sup> *Id.* p. 71 (citação omitida). *Accord Fay v. Noia*, 372 U.S. 391, 417n. 27 (1963) (“Ao estabelecer previsão parao exame de fatos em *habeas*...o Ato de 1867 parece ter restaurado, mais do que extendido, a doutrina do *common law* acerca do *habeas corpus*. Já que parece que a doutrina do *common law* acerca da impossibilidade de controvérsia da verdade da denegação estava sujeita a numerosas exceções”) (citação omitida).

<sup>220</sup> WISE, *supra nota* 191, p. 173-74.

<sup>221</sup> ZECHARIAH CHAFEE, JR., *The most important human right in the Constitution*, 32 B.U.L. VER. 143, 143 (1952). CONSTITUIÇÃO NORTE-AMERICANA, art. I, §9 (“A garantia ao writ do Habeas Corpus não será suspenso, a não ser quando, em Casos de Rebelião ou Invasão, a segurança pública o exigir.”).

<sup>222</sup> *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466, 473 (2004) (citando *Williams v. Kaiser*, 323 U.S.

471, 484 n.2 (1945) (citações internas omitidas)).

<sup>223</sup> *Rasul*, 542 U.S. at 473 (citando *Preiser v. Rodriguez*, 411 U.S. 475, 485(1973), e CONSTITUIÇÃO NORTE-AMERICANA, art. I, § 9, cl. 2).

<sup>224</sup> Conferir WILLIAM F. DUKER, *A CONSTITUTIONAL HISTORY OF HABEAS CORPUS* 115 (Greenwood Press 1980) (“O *writ* existente no *common law* do *habeas corpus* funcionava em todas as treze colônias britânicas que se rebelaram em 1776.”); Milton Cantor, *The Writ of Habeas Corpus: Early American Origins and Development*, in *FREEDOM AND REFORM— ESSAYS IN HONOR OF HENRY STEELE COMMAGER* 55, 66-67 (Harold M. Hyman & Leonard W. Levy eds., 1967); Albert S. Glass, *Historical Aspects of Habeas Corpus*, 9 ST. JOHN’S L. REV. 55, 63 (1934) (“As colônias norte-americanas... sempre consideraram o *writ* como um de seus direitos, garantido a elas por várias cartas e leis como ingleses nativos... Geralmente, durante a história colonial, o *writ* era garantido sem questionamento.”); A.H. Carpenter, *Habeas Corpus in the Colonies*, 8 AM.HIST. REV. 18, 19-21, 26 (1903) (“Em conclusão, pode ser acrescentado que os direitos dos colonos quanto ao *writ* do *habeas corpus* fundamentava-se no *common law*, com exceção da Carolina do Sul, que reeditou a lei inglesa.”). O diário da Colônia da Baía de Massachussetes,



de 11 de dezembro de 1705, registra que o juiz Samuel Sewell deferiu um *writ de habeas corpus* fundamentado no *common law*. Massachusetts Historical Society Collections, Ser. 5, VI, p. 147. Como a Carolina do Sul, Massachusetts reeditou o *Habeas Corpus Act* de 1679, o qual foi invalidado pelo Privy Council. McFeeley, *supra nota* 168, p. 592.

<sup>225</sup> McFeeley, *supra nota* 168, p. 591-92. Entretanto, leis editadas após a vigência de uma carta real não eram aplicáveis. *Id.*

<sup>226</sup> Cantor, *supra nota* 224, p. 65, 73, 74. Conferir Hurd, *supra nota* 20, p. 122. A moção para acrescentar a cláusula “ a não ser quando, em Casos de Rebelião ou Invasão, a segurança pública o exigir” foi aprovada pelo voto de sete estados contra três. *Id.* p. 74. Conferir ainda 2 Journal of the Federal Convention Kept by James Madison 560 (E.H. Scott ed., Law-book Exchange 2003) (1893). Várias constituições estaduais apresentam dispositivos semelhantes. Hurd, *supra nota* 20, p. 127-131.

<sup>227</sup> Lemmon v. People, 20 N.Y. 562 (1860); Commonwealth v. Aves, 35 Mass. (18 Pick.) 193 (1836); State v. Lasselle, 1 Blackf. 60 (Ind. 1820); Respublica v. Smith, 4 Yeates 204 (Pa. 1805); Respublica v. Blackmore, 2 Yeates 234 (Pa. 1797); Arabas v. Ivers, 1 Root 92 (Conn. Super. Ct. 1784). Em 1855, uma Corte Distrital norte-americana determinou a prisão de Passmore Williamson por se recusar a obedecer um *writ de habeas corpus* emitido a pedido de um senhor de três escravos, os quais Williamson tinha ajudado a escapar enquanto passavam pela Pennsylvania. United States ex rel. Wheeler v. Williamson, 28 F. Cas. 686 (E.D. Pa. 1855) (No. 16, 726).

<sup>228</sup> State v. Gauthier, 8 Fla. 360, 363-64 (1859).

<sup>229</sup> State v. Philpot, Dud. 46, 52, 1 Ga. Rep. 375, 378 (Super. Ct. 1831).

<sup>230</sup> Field v. Walker, 17 Ala. 80, 81 (1849); State v. Fraser, Dud. 43, 43-44, 1 Ga. Rep. 373, 374 (Super. Ct. 1831); Renney v. Mayfield, 5 Tenn. (4 Hawy.) 165, 165-167 (1817). A corte de *Renney* afirmou que o autor poderia acionar por denegação indevida e, se a tese prevalecesse em decisão do júri, haveria “um *pluries habeas corpus*, fundado no registro, e seria liberado.” *Id.*

<sup>231</sup> State v. Gauthier, 8 Fla. 360, 363 (1859) (afirmando que o *habeas corpus* “tem sido universalmente recusado.

<sup>232</sup> State v. Fraser, Dud. 43, 43-44, 1 Ga. Rep. 373, 374 (Super. Ct. 1831) (“Por este ato um remédio bastante amplo e complete é dado aos negros mantidos em escravidão que alegam serem livres”); Thornton v. DeMoss, 13

- Miss. (1 S. & M.) 609, 616-617 (1846) (“[É] o único remédio que ele pode seguir...aquele remédio necessário exclui todos os outros e deve ser estritamente seguido.”).
- <sup>233</sup> Higgenbotham, Jr. & Higgenbotham, *supra* nota 97, p. 1213, 1235 n.125 (referindo-se a ações de *habeas corpus*).
- <sup>234</sup> *E.g.*, *Field*, 17 Ala. at 82 (afirmando que a lei “providenciou a maneira através da qual a presunção [de que um negro é um escravo] pode ser removida.”); *Cone v. Force*, 31 Ga. 328, 330 (1860) (“A Assembléia Geral decidiu formalmente e definitivamente tanto o procedimento pelo qual, e o foro no qual, o *status* de negros mantidos em escravidão, mas alegando serem livres, deve ser investigado e determinado.”); *Knight v. Hardeman*, 17 Ga. 253, 260 (1855) (questionando se os estatutos “assegurariam o mais profundo e completo remédio, para permitir pessoas de cor afirmarem sua liberdade?”); *Thornton*, 13 Miss, at 616-617 (sustentando que o remédio estabelecido na lei do Mississippi “necessariamente excluiria qualquer outro, e deve ser estritamente seguido.”).
- <sup>235</sup> *Nicholas v. Burruss*, 31 Va. 289, 298 (1833) (Tucker, J.). *E.g.*, *De Lacy v. Antoine*, 34 Va. (7 Leigh) 438, 439 (1836) («[D]e acordo com a nossa lei, o *habeas corpus* não é o método apropriado para tentar o direito à liberdade. O ato de 1795 prescreveu o remédio que o negro deve seguir...Anteriormente a este ato, o *habeas corpus* e *homine replegiando* eram utilizados por escravos afirmando um direito à liberdade; mas, considerando que tais remédios provaram incômodos e inseguros, um novo procedimento foi prescrito pelo ato já citado, o *homine replegiando* foi recusado, e o *habeas corpus* foi considerado não mais apropriado”). O ato de 1795 foi codificado em 1 Ver. Code ch. 124, §4, p. 481.
- <sup>236</sup> *Peter v. Hargrave*, 46 Va. (5 Gratt.) 12, 14 (1848).
- <sup>237</sup> *Id.* Conferir ainda Leon Higgenbotham, Jr. & Higgenbotham, *supra* nota 97, p. 1213, 1235-36 n.125 (1993). O Freedom Suit Act do Missouri de 1845, Rev. Stat. (1845), ch. 69, p. 531, autorizava uma ação indenizatória por cárcere privado. Nem o *writ* do *habeas corpus* nem o *writ* do *de homine replegiando* eram baseados em uma ficção ou eram uma concessão de que o requerente era um escravo. *Contra*, *Huger v. Barnwell*, 39 S.C.L. (5 Rich.) 273, 275 (1852).
- <sup>238</sup> *Church*, *supra* nota 166, p. 137-38. O *writ* do *habeas corpus* não tem como finalidade a punição do réu, garantir ao autor indenização decorrente

de sua detenção ilegal, ou assegurar direito de propriedade, pois só um júri pode fazer isso. Hurd, *supra* note 20, at 143, 147, 210, 551.

<sup>239</sup> CLARK A& MCCOY, *supra* note 157, at 214.

<sup>240</sup> ALA. CONST, art. I , § 17; ALA. CODE § 15-21-1 (2005); ALASKA CONST, art. I , § 13; ALASKA STAT. § 12.75.010 (2005); ARIZ. CONST, art. I I , § 14; ARIZ. REV. STAT. ANN. § 13-4121 (2005); ARK. CONST, art. I I , § 11; ARK. CODE ANN. § 16-112-103 (2006); CAL. CONST, art. I , § 11; CAL. PENAL. CODE § 1473 (2005); COLO. CONST, art. I I , § 21; COLO. REV. STAT. ANN. § 13-45-102 (2005); CONN. CONST, art. I , § 12; CONN. GEN. STAT. § 52, 466 (2004); DEL. CONST, art. I , § 13; DEL. CODE ANN. tit. 10 § 6902 (2005); FLA. CONST, art. I , § 13; FLA. STAT. § 79.01 (2005); GA. CONST, art. I , § 1, para. 15; GA. CODE ANN. § 9-14-1(2005); HAW. CONST, art. I , § 15; HAW. REV. STAT. § 660-3 (2005); IDAHO CONST, art. I , § 5; IDAHO CODE ANN. § 19-4201 (2005); ILL. CONST, art. I , § 9; I L L . COMP. STAT. 5/10-103 (2003); IND. CONST, art. I , § 27; IND. CODE ANN. § 34-25.5-1-1 (2005); IOWA CONST, ART. I , § 13; IOWA CODE ANN. § 663.1 (2004); KAN. B I L L OF RIGHTS, § 8; KAN. STAT. ANN. § 60-1501 (2005); KY. B I L L OF RIGHTS, § 16; KY. REV. STAT. ANN. § 419.020 (2005); ME. CONST, art. I , § 10; ME. REV. STAT. ANN. tit. 14, § 5501 (2005); MD. CONST. art. III, § 55; MD. CODE ANN., CTS. & JUD. PROC § 3-701 (2005); MASS. CONST, pt. 2, ch. 6, art. V I I ; MASS. GEN. LAWS ch. 248, § 1 (2005); MICH. CONST, art. I , § 12; MICH. COMP. LAWS. ANN. § 600.4301 (2005); MINN. CONST, art. I , § 7; MINN. STAT. ANN. § 589.01 (2005) ; MISS. CONST, art. III, § 21; MISS. CODE ANN. § i i - 4 3 - i (2005); Mo. CONST, art. I , § 12; Mo. ANN. STAT. § 532.010 (2006); MONT. CONST, art. II , § 19; MONT. CODE ANN. § 46-22-201 (2005); NEB. CONST, art. I , § 8; NEB. REV. STAT. § 29-2801 (2005); NEV. CONST, art. I , § 5; NEV. REV. STAT. § 34.360 (2005); N.H. CONST, pt. 2, art. 91; N.H. REV. STAT. ANN. § 534:1 (2005); N.J. CONST, art. I , § 14; N . J . STAT. ANN. § 2A67-13 (2006) ; N.M. CONST, art. II , § 7; N.M. STAT. ANN. § 44-1-1 (2005); N.Y. CONST, art. I , § 4; NY C . P . L . R . § 7003 (2005); N.C. CONST, art. I , § 21; N . C . GEN. STAT. § 17-3 (2005); N.D. CONST, art. I , § 14; N.D. CENT. CODE, § 32-22-01 (2005); OHIO CONST, art. I § 8; OHIO REV. CODE ANN. § 2725.01 (2006); OKLA. CONST art. II , § 10; OKLA. STAT. ANN. tit. 20, § 41 (2005); OR. CONST, art. I , § 23; OR. REV. STAT. § 34.310 (2003); PA. CONST, art. I , § 14; 42 PA. CONS. STAT. ANN. § 6503 (2005); R . I . CONST, art. I , § 9; R . I . GEN. LAWS § 8-8-4 (2006); S.C. CONST, art. I , § 18; S.C. CODE ANN. § 17-17-

10 (2004); S.D. CONST, art. V I, § 8; S.D. CODIFIED LAWS 21-27-1 (2006); TENN. CONST, art. I, § 15; TENN. CODE ANN. § 29-21-101 (2005); TEX. CONST, art. I, § 12; TEX. GOV'T CODE ANN. § 26.047 (2005); UTAH CONST, art. I, § 5; UTAH CODE ANN. § 78-35-1 (2005) (determinando que os juízes que indevidamente e dolosamente se recusam a garantir um writ de habeas corpus devidamente requerido paguem US\$5.000,00 ao requerente prejudicado); VT. CONST, ch. I I I, § 41; VT. STAT. ANN. tit. 12, § 3951 (2005); VA. CONST, art. I, § 9; VA. CODE ANN. § 8.01-654 (2005); WASH. CONST, art. I, § ; WASH. REV. CODE § 4.04.010 (2005); w. VA. CONST, art. ni, § 4; W. VA. CODE § 53-4-1 (2005); Wis. CONST, art. I, § 8; Wis. STAT. § 782.01 (2005); WYO. CONST, art. 1, § 17; WYO. STAT. ANN. 1-27-101 (2005).

<sup>241</sup> Cf Forbes v. Cochran, (1824) 107 Eng. Rep. 450, 458-459 (K.B.) (Best, J.).

<sup>242</sup> Conferir *supra* nota 134 e texto que a acompanha.

<sup>243</sup> Conferir *supra* notas 214-219 e texto que as acompanha.

<sup>244</sup> *Em favor de Suíça, supra* nota 1.

<sup>245</sup> *Id.*

<sup>246</sup> *Id.*

<sup>247</sup> Conferir *supra* notas 134 and 240 para citações aos estados que adotaram o *common law* e leis da Inglaterra e especificamente o *writ* do *habeas corpus* fundamentado no *common law*.

<sup>248</sup> JANE GOODALL, THE CHIMPANZEES OF GOMBE—PATTERNS OF BEHAVIOR 207 -230 (Belkap Press 1986).

<sup>249</sup> ROGER FOUTS & STEPHEN TUKEL MILLS, NEXT OF KIN—WHAT CHIMPANZEES HAVE TAUGHT M E ABOUT WHO WE ARE 354-358 (William Morrow & Co. 1997).

Recebido em: 28/11/2011.

Aprovado em: 02/02/2012.

# PROPRIEDADE VIVA: UM NOVO *STATUS* PARA OS ANIMAIS DENTRO DO SISTEMA JURÍDICO\*

("Live Property: A new status for the Animals within the Legal System")

David Favre\*\*

RESUMO: Este artigo desenvolve a legitimidade de que os animais não-humanos podem possuir e exercer direitos legais. Esta proposta é apoiada pelo fato de que o sistema jurídico já abriga um número de leis que defendem os interesses dos animais como nossas leis penais anti-crueldade e as '*civil trust laws*'. Para tornar um pacote mais coerente de todos os animais relacionados com questões de política pública, é útil reconhecer a existência de uma quarta categoria de bens, propriedade viva. Uma vez diferenciada de outros tipos de propriedade, então uma nova área da jurisprudência irá evoluir proporcionando direitos legais pelo menos para alguns animais. Este artigo estabelece o porquê dos animais deverem receber consideração no âmbito do sistema jurídico, que deverá centrar-se sobre os animais, o que alguns dos direitos legais poderiam ser e como as regras tradicionais do direito de propriedade

---

\* Tradução de Elise Andrade, Advogada e bacharela em Direito da Universidade Federal da Bahia. Inicialmente publicado em 1022 MARQUETTE LAW REVIEW [1022:1071], disponível em inglês: [http://www.animallaw.info/articles/art\\_pdf/arus93marqlrev1021.pdf](http://www.animallaw.info/articles/art_pdf/arus93marqlrev1021.pdf).

\*\* Professor de Direito da Universidade do Estado de Michigan. Nos últimos vinte anos, ele escreveu um número de artigos e livros que tratam das questões sobre direito animal, e nos oito anos tem sido o editor chefe do [www.animallaw.info](http://www.animallaw.info), o maior site que trata das questões sobre o direito dos animais no mundo. Ele gostaria de reconhecer os muitos benefícios que recebeu daqueles que revisaram os esboços preliminares desse artigo, incluindo, Joseph Vining, Ani Satz, Richard Brown, Geoffrey Bloom, Bruce Wagman, Amy Breyer, Katrina Sharman, Deborah Cao.

serão modificadas para acomodar a presença desta nova categoria de propriedade.

**PALAVRAS-CHAVE:** leis de proteção aos animais, jurisprudência sobre propriedade, direitos dos animais, propriedade, propriedade viva.

**Abstract:** This paper develops legitimacy that nonhuman animals may possess and exercise legal rights. This proposal is supported by the fact that the legal system has already a number of laws that defend the interests of animals as our criminal anti-cruelty laws and the ‘civilian trust Laws’. To make a more coherent package of all animal-related public policy issues, it is useful to recognize the existence of a fourth category of goods, property alive. Once differentiated from other types of property, then a new area of jurisprudence will evolve providing legal rights for at least some animals. This article sets out why the animals should receive consideration in the legal system, which will focus on the animals, which some legal rights might be and how the traditional rules of property rights will be modified to accommodate the presence of this new category of property.

**KEYWORDS:** animal protection laws, case law about property, animal rights, property, alive property.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. História; 2.1. Evolução das Categorias de Propriedade; 2.2. Os Animais são Parte dos Bens Pessoais; 2.3. A Primeira Transformação em Nome dos Animais; 2.4. Capacidade de Mudar; 3. A Atribuição de Direitos; 3.1. O Jogo de Cartas; 3.2. Características das Cartas; 3.2.1. Cartas Vermelhas - Direitos Fracos; 3.2.2. Cartas Azuis – Direitos Fortes; 3.2.3. Cartas Verdes – Direitos Selecionados; 3.3. Jogando sua Mão - o Equilíbrio de Interesses; 4. Características Legais da Propriedade Viva; 4.1. Quem está dentro desta Nova Categoria? Uma Definição Ampla Posteriormente Limitada; 4.1.1. Seres Vivos; 4.1.2. Limitações Práticas; 4.1.3. Individualismo; 4.2. Quais são os Interesses dos Animais?; 4.2.1. Identificação de Interesses; 4.2.2. Quais Interesses; 5. Âmbito Inicial de Regras para a Propriedade Viva; 5.1. Direitos dos Proprietários Humanos; 5.1.1. Título Original; 5.1.2. Transferência de Título; 5.1.3. Uso da Propriedade; 5.2. Deveres dos Proprietários; 5.3. Direitos dos Animais; 5.3.1. Legitimidade; 5.3.2. Alguns Direitos; 6. Conclusão.

## 1. Introdução

Os seres humanos têm interesses na posse, detenção, uso e proteção legal da propriedade legitimamente obtida. Isto tudo está bem e é bom, e tem sido o caso desde os primórdios da civilização humana. No entanto, e se alguns dos objetos, alguns dos bens, tivessem interesses independentes dos seres humanos a que eles pertencem? Isto gera um conflito que é diferente do habitual “humanos individuais *versus* humanos individuais” ou “humanos individuais *versus* a sociedade humana”, que entra em conflito com o que na maioria das vezes a lei enfrenta. No entanto, este não é um problema universal com relação à propriedade, que surge somente no caso de uma categoria especial de bens, a propriedade viva.

Somente entidades vivas podem ter interesses. Desde os anos de 1860 nos Estados Unidos, o sistema jurídico vem tentando determinar a melhor maneira de lidar com o animal como subconjunto da categoria de bens pessoais. A lei, que inicialmente só a nível estatal, adotou disposições relativas à proteção dos animais.<sup>1</sup> Ao fazê-lo, a lei tem expandido os atributos de bens pessoais para acolher esta classe especial, mas o ajuste não é bom. Por exemplo, tendo em conta a realidade que muitos seres humanos atribuem valor emocional, pessoal aos seus animais de estimação, então a legitimidade atual da lei que diz que os danos à propriedade são principalmente medidos pelo justo valor de mercado do bem, constitui uma grande incoerência entre expectativas públicas e as regras de propriedade.<sup>2</sup> Para lidar com esta e muitas outras questões, é hora de reconhecer formalmente uma nova categoria de propriedade, que é a propriedade viva. Natural, portanto, é o reconhecimento dos interesses dos animais, o que justifica a criação da nova categoria, por meio da criação de direitos legais para garantir que a esses interesses serão dadas algumas medidas de peso para a tomada de decisão no processo judicial.

Uma premissa deste artigo é que é eticamente aceitável continuar a conceder aos animais o *status* de propriedade. Esta premissa é contrária às crenças de um número de indivíduos em matéria de direitos dos animais, particularmente aqueles que se auto-identificam como abolicionistas. Entre esses escritores a primeira ordem de trabalhos é a eliminação do *status* de propriedade dos animais, tornando os animais (ou alguns tipos de animais - tais como primatas) pessoas legais. O autor rejeita seguir este caminho. A principal questão ética sobre a qual a base do presente artigo se afasta da abolicionista é saber se é aceitável para o ser humano para manter / possuir / utilizar animais. A resposta deles é “não” e, pelo menos, alguns membros desta escola de pensamento encorajam a análise da não-utilização ao ponto de afirmar que os seres humanos não devem ter / manter / usar animais de estimação. O autor rejeita esta legitimidade ética sobre a crença de que as comunidades humanas positivas podem incluir os animais que são possuídos/ usados pelos humanos.

Este artigo não promove os argumentos éticos gerais dos abolicionistas.<sup>3</sup> No entanto, este artigo fornece uma visão abrangente contrária da opinião expressa muitas vezes pelos abolicionistas que os animais não serão capazes de receber os direitos legais desde que eles continuem a ser propriedade dos seres humanos. Esta legitimidade é, sem apoio, independentemente do número de vezes em que se afirma. Não só é conceitualmente possível, mas de animais, ou, pelo menos, alguns animais, já possuem direitos limitados. Evidentemente que os direitos dos animais não são iguais aos direitos dos seres humanos, mas, não obstante, são direitos.<sup>4</sup>

Para apoiar e explicar a proposta deste artigo se exigirá a consideração de várias questões primárias. Será que o sistema jurídico tem a capacidade de aceitar animais como pessoas juridicamente? Como podem os direitos legais dos animais serem mais utilmente caracterizados? Qual o impacto que a criação desta nova categoria tem sobre os direitos dos proprietários humanos



de bem vivo? Quais os direitos legais deveriam ser atribuídos a estes dentro desta nova categoria de propriedade viva? É admitido que, para dar algum *status* aos animais significa necessariamente que os direitos legais de alguns seres humanos serão restritos. O avanço da sociedade intelectual, civilizada sempre foi marcado pela diluição de direitos legais para alguns, a fim de abrir caminho para os novos direitos de terceiros, para serem reconhecidos.<sup>5</sup>

Este artigo deve, primeiro, fornecer uma breve consideração da história dos animais dentro do sistema jurídico e do sistema de capacidade de mudança (Seção II); a matriz sugerida para categorizar os direitos legais que serão propostos (Seção III); em seguida, a natureza e as características da categoria de bens vivos serão desenvolvidas (Seção IV), e por último, uma nova série de regras para os humanos proprietários serão consideradas, seguida por uma lista de propostas de direitos legais para animais (Seção V). Todos estes tópicos claramente poderiam formar um livro e, talvez, em tempo de fazê-lo, mas para este artigo de revisão legislativa, o desenvolvimento conceitual é a principal tarefa.

## 2. História

### 2.1 Evolução das categorias de propriedade

O sistema jurídico de '*Common Law*' tem a sua raiz conceitual no período do direito romano. A visão do mundo romano produziu duas categorias fundamentais: de pessoas e coisas. As pessoas tinham acesso à lei, e as leis sobre propriedade foram escritas sobre as coisas. Direito da propriedade é uma instituição com quatro componentes: as pessoas que detêm os direitos, as relações entre as pessoas, os objetos a respeito dos quais se atribuem o conceito de propriedade e de sanções por violações das regras.<sup>6</sup>

Leis sobre propriedade são escritas para lidar com queixas conflitantes da pessoa humana contra outros indivíduos ou a sociedade em geral acerca da posse e uso de “coisas” ou terras.<sup>7</sup> É inerente à natureza do homem tentar controlar objetos ou terrenos obtidos e possuídos.<sup>8</sup> A proteção da propriedade individual da demanda do estado ainda tem recebido proteção constitucional nos EUA no âmbito da 5ª Emenda que limita a tomada de propriedade pelo governo, a menos que a utilização seja para uma finalidade pública e que seja paga justa indenização.<sup>9</sup> Porque é esse o caso, e como descrever a origem do direito de propriedade está fora do escopo deste artigo, dado que existe muita controvérsia entre os escritores da jurisprudência sobre as questões de origem e organização da propriedade.<sup>10</sup> Em vez disso, o ponto de partida será que o conceito de propriedade existe e está bem enraizado no nosso pensamento jurídico.

O padrão de discussão acerca da propriedade hoje enumera três categorias básicas de propriedade – propriedade real, propriedade pessoal e propriedade intelectual. Estas categorias estão todas sob a tutela do direito de propriedade em que os proprietários recebem os benefícios da propriedade de bens, em legitimidade aos direitos contratuais ou reivindicações sob responsabilidade civil. Mas existem três categorias, pois cada uma tem características únicas que formam um conjunto diferente de problemas de política pública. A propriedade real é fixada em local visível aos olhos de todos, e irá durar indefinidamente (a menos que seja beira-mar<sup>11</sup>).

Registros sobre propriedade real podem ser postos em um tribunal local e encontrados por todos. Propriedade pessoal é física, móvel, com uma limitada existência física. Historicamente a maioria dos bens foi de valor modesto.<sup>12</sup> A propriedade intelectual é um produto da mente humana. Historicamente, traduziu-se em uma realidade física, como um livro. Hoje, porém, pode existir com valor significativo a propriedade que tem apenas limitados atributos físicos reais, tais como software de computador.

## 2.2 Os animais são parte dos bens pessoais

Alguns animais são, e sempre foram, classificados como bens pessoais.<sup>13</sup> No entanto, com o desenvolvimento do ‘*Common Law*’ Inglês, nem todos os animais tiveram presença igual ou mesmo *status* dentro da lei.

O ‘*Common Law*’ respeita e dá maior proteção aos animais designados como “úteis” e menos para os *ferae naturae*. Animais úteis [por exemplo, bovinos e ovinos] são considerados como tendo valor intrínseco e têm a mesma proteção que é dada aos bens, mas no ‘*Common Law*’, os animais de base natural não são considerados como propriedade a ponto de serem objeto de apropriação indébita, nem se poderia intentar uma ação penal por matar maliciosamente para um os animais de base natural [por exemplo, cães e gatos].<sup>14</sup>

O leitor pode se surpreender ao saber que cães permaneceram neste *status* de não-propriedade no início dos anos 1900.<sup>15</sup> Não ser propriedade significava que o detentor da não-propriedade animal não podia observar a proteção da lei, um proprietário não podia chamar a polícia se o seu cão tivesse sido roubado ou morto. Se o interesse do proprietário humano em seu cachorro não foi reconhecido pela lei, então claramente os interesses do cão também não foram reconhecidos. Em uma torção curiosa do desenvolvimento social, os interesses do cachorro viriam a ser reconhecidos pela lei, através da adoção de leis anti-crueldade, antes do *status* de propriedade do cão; a proteção dos interesses dos proprietários foi estabelecida.<sup>16</sup>

## 2.3 A Primeira transformação em nome dos animais

Ao longo da história a visão social dos animais tem-se refletido nas disposições da lei. Por volta de 1860, a lei estava lidando principalmente com o valor econômico que um animal representava.<sup>17</sup> Com efeito, a proteção jurídica foi fornecida para os animais de exploração, e não animais de estimação, porque os

animais domésticos não tinham valor socialmente reconhecido. No entanto, no início de 1860, houve uma clara transição nas leis que tratam dos animais a partir de simples proteção dos interesses dos proprietários, valor econômico, que não restringiam o que poderia ser feito com o seu próprio animal, para aquelas preocupadas com os próprios animais, independentemente do ator.<sup>18</sup> A lei de 1867 de Nova York,<sup>19</sup> promovida por Henry Bergh, o fundador da Sociedade Americana para a Prevenção da Crueldade com Animais (ASPCA), criou o avanço conceitual.<sup>20</sup> Posteriormente, novas leis foram aprovadas por muitos estados baseadas no modelo de Nova Iorque.<sup>21</sup> Além dos benefícios para os seres humanos, a existência destas leis reflete claramente o a aceitação do legislador da prolegitimidade dos interesses dos animais em estar livres de dor e sofrimento desnecessários, que deve ser reconhecida como um valor dentro do sistema jurídico. Na maioria dos estados, a liberdade de dor e sofrimento era permitida para todos os animais, independentemente de serem ou não a propriedade das pessoas, e certamente incluindo o cão.<sup>22</sup>

Esta nova proposta foi reconhecida pelas cortes do tempo. No caso de *Stephens v. Estado*, o tribunal constatou que “este estatuto é para benefício dos animais, como criaturas capazes de sentir e de sofrer, e era destinado a protegê-los da crueldade, sem referência à sua propriedade, ou aos danos que poderia assim ser ocasionados aos seus proprietários”.<sup>23</sup> Este ponto também foi posto em Arkansas num caso em que o tribunal reconheceu esta nova preocupação quando se observou que as novas leis:

[...] não são feitas para a proteção dos direitos absolutos ou relativos de pessoas, ou os direitos dos homens para a aquisição e o gozo dos bens, ou a paz da sociedade. Elas parecem reconhecer e tentar de proteger alguns direitos abstratos, em resumo tudo o que animará criação do maior e mais nobre para o menor e mais insignificante.<sup>24</sup>

Estas novas leis refletem claramente o reconhecimento pela sociedade de que os animais tenham interesse em estar livre de dor e sofrimento.

No entanto, também é preciso reconhecer que, de início, a legislação também procurou equilibrar estes interesses recém-reconhecidos dos animais contra interesses humanos. As leis reconhecem que às vezes os interesses humanos substituirão os dos animais, e dor e sofrer podem ocorrer legalmente. Dentro do próprio direito original de Nova Iorque o equilíbrio existiu. A crítica sobre as proibições de morte e maus-tratos aos animais são modificadas com “desnecessariamente” e “inutilmente”.<sup>25</sup> Assim, se um cavalo for atingido para fazê-lo começar a puxar o vagão, ou se um animal for morto para ser comido, tais ações não (violam ou) violaram a lei. Outra clara ponderação dos interesses ocorre no âmbito da experimentação científica. A seção 10 da lei de 1867 de Nova Iorque impõe que, desde que adequadamente conduzidos, os experimentos científicos não violam a lei, assim permite-se a inflição intencional de dor e sofrimento para o avanço do conhecimento científico.<sup>26</sup>

Ao longo dos últimos cinquenta anos, a crescente preocupação social para o bem-estar dos animais, resultou em alterações das leis anti-crueldade. A exigência da lei original de Nova Iorque, que era de fornecer alimentos e água, foi ampliada de forma significativa em muitos Estados para incluir: alimento, água, abrigo e cuidados veterinários.<sup>27</sup> Além disso, o nível de punição por violação destes estatutos aumentou. Para os atos intencionais de crueldade, a punição é agora equiparada, na maior parte das vezes, ao nível de crime, ao invés de apenas um delito menor. Em 1992, apenas sete Estados tinham disposições criminais anti-crueldade. Até 2005, quarenta e um Estados tinham alguma dislegitimidade criminal acerca do tema.<sup>28</sup>

## 2.4 Capacidade de Mudar

Embora a legislação sobre propriedade mude lentamente, ela muda ao longo do tempo com as mudanças de perspectivas éticas e morais da sociedade.<sup>29</sup> Há dois pontos-chave a serem

postos aqui brevemente. O primeiro é que a sociedade pode mudar quem é uma pessoa legal e, em segundo lugar, que as diferentes categorias de pessoas legais têm, muitas vezes, diferentes ou mais limitadas categorias de direitos. Na verdade, os direitos legais chegam freqüentemente aos poucos a uma forma, quando os legisladores vêem o ajuste a ser realizado. O exemplo mais evidente do primeiro ponto é a transformação do *status* dos afro-americanos de não-pessoa (como escravos) à liberdade e à personalidade legal.

Como um exemplo do segundo ponto, considere o *status* jurídico das mulheres várias centenas de anos atrás nas leis dos Estados Unidos. Quando uma mulher se casava com um homem, pela visão do '*Common Law*' da época, os interesses próprios dela se fundiam com os do homem, e o homem tinha todo poder de deslegitimidade dos bens que antes estavam sob o controle da mulher solteira.<sup>30</sup> Isso começou a mudar em 1840 com a adoção dos Atos das Mulheres Casadas.<sup>31</sup>

Uma diferença ainda mais gritante refletindo o *status* diferente dos homens e das mulheres lida com o direito de ter uma voz no processo político: o direito de votar. A moral / batalha política pela qual as mulheres conquistaram o direito de votar tem sido bem cobertos por outros escritores da história jurídica.<sup>32</sup> Dois pontos surgem desta longa batalha. Em primeiro lugar, de forma clara, as mulheres sempre foram pessoas legalmente, mas elas não eram tratadas em pé de igualdade com os homens. Assim, o sistema jurídico é capaz de lidar com as pessoas legais com diferentes grupos de direitos. Em segundo lugar, o sistema jurídico é capaz de mudar aos poucos, no sentido de decidir quais direitos devem ser atribuídos a que pessoas legais. Conseqüentemente, os nossos legisladores poderiam decidir que alguns animais, mas nem todos eles, deveriam ter alguns, mas não todos os direitos possíveis. Esse tratamento diferenciado está totalmente dentro da tradição do '*Common Law*' deste país. Na verdade, uma mudança progressiva é a regra, e não uma mudança súbita e universal.<sup>33</sup>

### 3. A atribuição de Direitos

O atual regime para descrever os direitos é insuficiente para a tarefa de identificar o caminho que está sendo seguido para a criação de direitos para os animais. Como será explicado, já existem animais como indivíduos dentro do nosso sistema jurídico, mas não em uma sistemática centrada de forma acessível aos tradicionais escritores da jurisprudência. Para melhor compreender o que o nosso sistema jurídico tem feito, tem de haver um foco sobre a separação entre a posse de um direito e exercício do direito. Animais são como crianças pequenas, na medida em que possam ser reconhecidos como pessoas legais, mas não têm a capacidade de compreender ou de sabiamente exercer quaisquer direitos que lhes sejam atribuídos. Isto tem sido particularmente difícil para os animais que, ao contrário de crianças, são propriedade, e um dos mantras jurídicos frequentemente repetidos é que a propriedade não pode ser titular de direitos. Contudo, pelo menos, alguns animais podem e devem ter adquirido direitos. Isto ocorreu contra a sombra dos ventos contrários do mantra, obscurecendo a visão da maioria dos observadores da realidade dos acontecimentos legais nos Estados Unidos.

#### 3.1 O Jogo de cartas

Para ajudar a visualizar o que aconteceu e o que pode acontecer no futuro considere a concessão e a utilização de direitos como um jogo de cartas com múltiplas camadas. Direitos são representados pelas cartas. Sem possuir cartas você não pode jogar e as cartas têm valores diferentes. Além disso, só porque alguns têm cartas, não significa que as cartas serão bem utilizados no jogo. O governo é o distribuidor das cartas, decide quem fica com as cartas e os valores que as cartas representam. Um aspecto incomum das Regras do Jogo é que aqueles com cartas

podem votar para indicar o distribuidor que lhe dê mais cartas, ou retire cartas que já tinham sido concedidas, ou, mais importante ainda, que dê cartas para as pessoas que anteriormente não tinham cartas. (Uma complexidade que não iremos tratar aqui é que, como nós temos três níveis de governo: federal, estadual e local. Então, as cartas podem ser concedidas a partir de pelo menos três diferentes distribuidores.)

Neste jogo não há limite para o número de jogadores, os quais podem reter cartas, ou jogar com elas, ou decidir o número de cartas que podem ser criadas. Um aspecto crucial deste jogo é que a carta pode, e muitas vezes deve, ser usada por outros que não o original possuidor da carta. Os pais podem segurar e jogar cartas atribuídas aos seus filhos, e com o documento correto, por exemplo uma procuração, segurar e jogar as cartas atribuídas aos seus pais. Claro que o governo (legislador) pode conceder cartas a si próprio para jogar. Nem todas as cartas que o governo pretende distribuir é uma carta legal, como os tribunais têm o poder de obrigar o distribuidor a recolher e destruir cartas se os tribunais considerarem que o governo criou, sem autorização, nos termos do livro de regras da Constituição, uma carta em particular. Bem, isso é o suficiente para sugerir o contexto para o que virá a seguir, uma discussão mais focada, sobre os animais, em particular.

Animais, no âmbito da teoria do presente artigo, têm a capacidade de ser um jogador, um titular de cartas. Duas cartas são possíveis: o direito de estar livre da dor (FFP) infligida intencionalmente por um ser humano e o direito a receber alimento suficiente para uma vida saudável (alimentos). Para os animais de Nova York, estas cartas foram inicialmente distribuídas pelo legislador pela lei de anti-crueldade, descrita anteriormente.<sup>34</sup> Talvez o valor para as cartas tenha sido reduzido, mas, não obstante, eram cartas. Os seres humanos também têm cartões FFP, mas humanos adultos não têm a Carta Alimentação, pretendida para os animais e crianças. O próprio governo não possui nem um FFP ou uma Carta Alimentação.



Agora, o que torna este jogo interessante e complexo, é que as cartas vêm em três cores, sendo que a cor indica não quem pode reter uma carta, mas quem pode jogar com a carta. As cores são vermelho, azul e verde. Cartas Vermelhas só podem ser utilizadas por jogadores do governo (Ministério Público), cartas azuis podem ser utilizadas por jogadores humanos e cartas verdes podem ser utilizadas por animais não-humanos (por advogados designados para representar determinados animais). Considere as cartas FFP são controladas por seres humanos. Elas vêm em duas cores. A carta vermelha FFP tem de ser dada a um jogador do governo (um procurador), que irá decidir se a utiliza para fazer acusações criminais contra o autor. Ou então, os homens prejudicados podem utilizar a carta azul para representarem-se (como demandantes) em um processo civil.

A grande maioria das cartas detidas por animais hoje são vermelhas e são criadas por leis criminais anti-crueldade de um Estado. Eles têm direitos legais, mas não podem afirmar / usar as cartas próprias. Pelo contrário, o governo tem de estar disposto a chegar mais perto de ter as cartas dos animais e utilizá-las em seu nome. Portanto, aqueles animais que possuem cartas vermelhas FFP são dependentes do governo jogador/procuradores. Às vezes eles fazem, às vezes não. O fato de o governo não jogar com uma carta, não significa que um animal não possua uma carta.

### 3.2 Características das cartas

Para dar alguma caracterização descritiva das cartas, considere as cartas vermelhas como representando direitos fracos, na medida em que podem apenas serem utilizadas por entidades governamentais. Cartas azuis representam os direitos fortes e podem ser utilizadas por seres humanos ou por algum grupo não-governamental de seres humanos (talvez sociedades humanas). Elas são mais fortes no sentido de que a ação legal para

a proteção dos interesses dos animais pode ser realizada por particulares, mesmo na ausência de ação por parte do governo. Cartas verdes representam direitos selecionados e podem ser utilizados diretamente por animais.<sup>35</sup> Esta terceira categoria é tradicionalmente considerada a mais completa realização de um direito, mas esta é uma visão muito restrita. No sentido mais amplo da palavra, um direito existe quando um tribunal está pronto e capacitado para analisar um interesse específico de um determinado ser.

### 3.2.1. *Cartas Vermelhas - Direitos Fracos*

Nos termos das leis anti-crueldade de Michigan, um número de cartas vermelhas foram dadas a muitos dos animais no interior do estado: não ser torturado; não ser morto sem justa causa<sup>36</sup>; serem fornecidos alimentos, água e abrigos; serem fornecidos cuidados veterinários<sup>37</sup>

Mas, nem todos os animais domésticos em Michigan recebem essas cartas vermelhas. Por exemplo, muitas vezes a exploração agrícola dos animais é especificamente isenta da lei estadual, se a ação é um padrão na prática agrícola. Em Michigan, por razões inexplicáveis, no zoológico os animais não recebem a carta vermelha, que requer cuidados adequados, mas têm a carta vermelha para serem livres da tortura. Os animais selvagens em Michigan recebem a carta vermelha FFP, mas não a Carta Alimentação. Por razões compreensíveis, talvez as pragas, como ratos, não recebam a carta vermelha e também, dependendo do contexto do local onde os ratos vivem. Nos termos da lei de Michigan essas cartas vermelhas são, pela definição legal de “animal”, limitadas aos animais vertebrados, por isso, se uma pessoa decide torturar uma água-viva ou um mexilhão zebra, eles não têm cartas para que alguém use. Também é verdade que os animais da exploração agrícola não recebem quaisquer cartas vermelhas da lei de Michigan ou do governo federal, ou mesmo

da lei federal sobre o Bem-Estar Animal. Frangos comercialmente criados nos Estados Unidos têm um número muito distante de cartas vermelhas do que recebe um gatinho, se é que o frango tem algum.<sup>38</sup>

### 3.2.2. *Cartas Azuis – Direitos Fortes*

Exemplos de cartas azuis são representados por alguns dos casos mais antigos arquivados pela ASPCA (Sociedade Americana para a Prevenção da Crueldade com Animais, em Nova York) e um caso do século 21 arquivado pelo Fundo para Defesa Legal dos Animais, no estado da Carolina do Norte. Após a aprovação da Lei Animal da ASPCA em 1867, como uma organização privada, foi autorizado pelo regulamento do arquivo de processos penais em tribunais locais para as violações apenas desta lei.<sup>39</sup> Processariam o caso sem a necessidade de o Ministério Público estadual a ser parte no processo.<sup>40</sup> (Claro que o Estado de Nova York poderia julgar se ele escolhesse fazê-lo.) Para os animais na cidade de Nova York neste tempo, estes animais apresentaram uma cópia vermelha e uma azul da carta FFP. Isto foi uma coisa boa, porque há dúvidas que a carta vermelha em algum momento seria usada. Hoje, as cartas azuis FFP foram retiradas; com os processos penais, foram trazidas de volta para serem somente responsabilidade do governo (carta vermelha).

Como um exemplo atual de uma carta azul (direitos legais fortes), considere uma lei estadual que permite que cidadãos particulares ou organizações impetrem ações civis em favor dos animais. Existem disposições da lei penal anti-crueldade que possibilitam um padrão para tais processos civis. Um estatuto da Carolina do Norte permite o esforço civil para as disposições anti-crueldade.<sup>41</sup> O caso de ALDF v. Woodley é uma representação desse tipo de ação.<sup>42</sup> ALDF entrou com uma ação para retirar 300 cães da casa dos réus por causa das circunstâncias em que os animais estavam vivendo.<sup>43</sup> O Tribunal ordenou que os ani-

mais fossem removidos da casa Woodley e o título foi transferido para ALDF que encontrou lares para quase todos os animais. A vitória do ALDF foi confirmada no julgamento da apelação.<sup>44</sup> Depois que o processo civil foi arquivado, as acusações penais contra os proprietários de alguns animais também foram impetradas (a carta vermelha destes animais) e os réus foram considerados culpados das acusações. Se a carta azul não tivesse sido jogada primeiro pelo ADLF, juntamente com seu assistente de publicidade, é duvidoso que o governo teria jogado a carta vermelha em nome dos animais. Uma segunda ação civil contra um réu diferente foi impetrada pelo ALDF em 2007 e se alcançou um acordo, sem parecer, no qual se forneceria cuidados adequados para todos os animais.<sup>45</sup>

O estatuto da Carolina do Norte é um exemplo excelente de um direito forte, que é ao mesmo tempo conceitualmente importante e poderoso. O foco da investigação dos fatos e o núcleo de uma decisão judicial não serão sobre a organização humana autora, mas sobre os animais em questão. Com um número modesto de palavras em uma seção do estatuto, o estado trouxe um novo conjunto de recursos em benefício dos animais. Como a organização demandante não receberá nenhum benefício financeiro para trazer o caso, o exercício do poder só ocorrerá quando os particulares estiverem dispostos a investir recursos para ajudar os animais. Certamente, o caso Woodley já citado custou quantias significativas de dinheiro, tanto de honorários advocatícios quanto o custo de moradia de centenas de animais durante os meses em que o caso era liquidado nos tribunais.

Finalmente, o estatuto é poderoso, porque o inquérito era especificamente focado sobre as condições dos animais e quem teria a propriedade e responsabilidade sobre eles. O remédio é centrado na proteção dos interesses dos animais em questão. Há dúvidas se o governo local tinha recursos para assumir um caso envolvendo um número tão grande de animais, mesmo que tivesse vontade de fazê-lo. Para o futuro imediato, este é o cami-

nho mais forte e o mais rápido para a realização dos direitos dos animais no nosso sistema jurídico.

### 3.2.3. *Cartas Verdes – Direitos Selecionados*

Os direitos selecionados existem quando o animal ou os animais em questão são os autores da causa. No exemplo acima, somente com uma pequena modificação do estatuto da Carolina do Norte se poderia permitir o esforço pelos próprios animais. A linguagem “ou animais domésticos” poderia facilmente ser adicionada à seção autorizada. Se o estado fizesse assim, então os animais domésticos do estado receberiam uma carta legal verde acrescentada às vermelhas e azuis já existentes e o estatuto representaria um direito selecionado para os animais.

Como os animais não são capazes de iniciar um processo judicial pessoalmente ou de entender os procedimentos judiciais gerais, o primeiro passo na aplicação dos direitos selecionados será designar um tutor que possa representar o animal ou os animais na arena jurídica. Isto não é conceitualmente impossível e já ocorreu diversas vezes nos Estados Unidos. Um chimpanzé teve um tutor designado com a finalidade de tutelar os interesses do animal,<sup>46</sup> um cachorro teve um tutor designado para fins garantir o seu lar,<sup>47</sup> e os pit bulls de Michael Vick foram postos sob a tutela de um advogado.<sup>48</sup> O ponto inicial para nomeação de um tutor depende da lei estatal, mas geralmente é permitida para crianças se (1) existir à primeira vista a demonstração de uma necessidade dentro do sistema jurídico e (2) e se a parte que pede a tutela é capaz de representar o animal ou um grupo de animais.<sup>49</sup> Para expandir o sistema atual para incluir animais em uma base limitada não seria difícil. Esta é principalmente uma questão processual que está bem dentro da capacidade atual do nosso sistema judicial.

Exemplos de cartas verdes são mais limitados. O primeiro exemplo trata das confianças humanas criadas para o cuidado

com os animais, geralmente seus animais de estimação. Os redatores da *'Uniform Trust Law'* abordaram esta questão no final da década de 1990 com a elaboração da Seção 408 da Lei Modelo. Nesta seção uma tutela para o cuidado com um animal é especificamente permitida com a autorização dos tribunais para nomear alguém para fazer valer a tutela.<sup>50</sup> Linguagem paralela também tem feito parte da *'Uniform Probate Law'*.<sup>51</sup> Assim, um animal de estimação se tornou um ser juridicamente relevante, que tem um título equivalente nas rendas e recursos de uma tutela. Esta personalidade legal é limitada, mas vai além do bem-estar dos animais diz respeito a prover efetivamente um direito legal para os animais. O resultado dessas medidas é que o animal é o beneficiário da tutela, e se surgirem problemas, então o administrador pode ser demandado pelo animal, através de um advogado nomeado pelo tribunal, para fazer cumprir as disposições da tutela.

### 3.3 Jogando sua mão - o equilíbrio de interesses

Como a maior parte dos jogos de cartas, jogar uma carta não quer dizer que você ganhará a mão. Depende das cartas que os outros jogadores têm. Se o oficial do controle de animais tem que usar a força para capturar um cachorro, desde modo infligindo dor, o governo talvez jogue a carta FFP dos cachorros. Por sua vez, o oficial do controle de animais talvez jogue a carta de “uso de força razoável” que ele recebeu quando ele assumiu a função de recolher cães. Um júri decidirá que carta é mais forte no âmbito da norma de direito penal para além de uma dúvida razoável.<sup>52</sup> Se a mesma força foi utilizada por um vizinho, então a carta do cachorro irá ganhar, a menos que o homem pudesse jogar a carta da “legítima defesa”.

Se um jovem decide que quer cheirar carne queimada e, portanto, põe fogo no cão do seu vizinho, o governo pode jogar a carta vermelha FFP do animal em cada estado e provavelmente

irá ganhar a mão, obtendo uma declaração de culpa, porque o jovem não detém cartas justificando tal ação. (O seu interesse particular, de cheirar carne queimada, não é julgado pela sociedade como apropriado, se o animal está vivo, e pode ser efetivamente julgado como um interesse contrário a outros valores sociais.) Note-se que esta é uma carta diferente daquela carta de propriedade que o dono do cachorro tem, a qual poderia ser utilizada contra o jovem em uma ação civil para reparar os danos à sua propriedade.

No entanto, se um pesquisador numa grande Universidade decidir queimar a pele de um cão, a fim de fazer investigação sobre o processo de recuperação da pele queimada, o resultado será provavelmente muito diferente. Se o governo pretende jogar a carta vermelha FFP aqui, o pesquisador tem uma poderosa carta “siga livre” por causa da imunidade imediata para inflição de dor nas pesquisas científicas. Nem sequer é uma questão de ver qual carta tem mais valor: no momento atual a carta do pesquisador simplesmente triunfa frente a carta FFP do animal, independentemente do valor da carta do cão.

Um caso da Suprema Corte em 2008, *Winter v. NRDC*,<sup>53</sup> fornece um exemplo excelente de carta azul no processo de equilíbrio entre os interesses de um grupo de animais e os interesses da sociedade em prontidão militar. Neste caso, os demandantes tinham obtido uma ordem judicial preliminar para interromper a Marinha de utilizar elevados níveis de sinais de sonar em durante o treino em mar aberto, devido ao risco de dano para as baleias e outros mamíferos, que são particularmente sensíveis a essa escala de som. De acordo com o Ato Nacional da Política Ambiental (NEPA), e a exigência que as agências governamentais fazem de uma Declaração de Impacto Ambiental (EIS) antes de se iniciar em projetos ou ações particulares,<sup>54</sup> a possibilidade de lesão ou morte de grupos de animais devem ser consideradas antes de a medida ser tomada. Esta é uma carta azul fraca, que é detida pela baleias e golfinhos. Nos termos do NEPA, ações dos cidadãos podem ser impetradas para fazer valer a carta azul

dos animais em questão, e neste caso o NRDC e outros optaram por fazê-lo.<sup>55</sup> Em primeiro grau, as cortes deram peso suficiente à carta azul das baleias para dar suporte uma ordem judicial preliminar, dizendo a marinha que não poderia prosseguir com o exercício de treino até que a reivindicação do demandante sobre a falta de um EIS pela marinha pudesse ser ouvida pelas cortes.<sup>56</sup>

A Suprema Corte inverteu esta legitimidade, golpeando a ordem judicial preliminar e dizendo que a Marinha poderia prosseguir com o treinamento, sem se preocupar com as baleias e golfinhos. O peso do processo estava claramente indicado pela maioria:

[...] Enquanto nós não questionamos a seriedade de tais interesses, é possível concluir que o balanço das equidades e a consideração do interesse público geral, neste caso apontam firmemente em favor da Marinha. Para os autores, o dano mais grave possível seria prejudicar um número desconhecido de mamíferos marinhos que são estudados e observados. Em contrapartida, forçar a marinha a desdobrar uma força anti-submarina inadequadamente treinada compromete a segurança da frota. O sonar ativo é a única tecnologia confiável para detecção e monitoramento de submarinos diesel-elétricos inimigos, e o Presidente – o Comandante-chefe – determinou que o treinamento com o sonar ativo é “essencial para a segurança nacional.” Pet. App. 232a.<sup>57</sup>

Assim, os animais tiveram um interesse digno de consideração, mas o peso de seus interesses não era suficiente para superar a necessidade militar do estado.<sup>58</sup> Dois dos magistrados<sup>59</sup> e outros teriam apontado uma ponderação diferente.<sup>60</sup> Note que a Suprema Corte não sugeriu que unidades de medida deveriam ser usadas para fazer o balance de interesses, contudo pareceu muito certa do último peso atribuído a cada lado. Este é o reflexo da dificuldade de prever o resultado de qualquer conflito que envolva interesses de animais. Muitas vezes, é difícil prever com antecedência como a corte vai pesar os interesses dos animais



em questão ou o valor de empreendimento humano que está em questão.

Como a sugestão acima, os animais têm atualmente níveis modestos de direitos em nosso sistema. Estes direitos decorrentes da realidade factual que eles, como seres vivos, têm interesses. Isto é o que separa os animais de outros bens pessoais. Eles têm e podem reter cartas no Jogo dos Direitos. Escritores anteriores não tinham considerado esta realidade de uma forma sistemática. O tópico a seguir é oferecido para ajudar a trazer alguma estrutura para a consideração dos direitos que podem e devem ser concedidos aos animais.

#### **4. Características Legais da Propriedade Viva**

Como mencionado inicialmente, esta análise pressupõe que os animais permanecerão em alguma forma no *status* de propriedade. Isto não é para sugerir que os animais selvagens não merecem ou não são capazes de ter de alguma maneira os direitos.<sup>61</sup> Sob estatutos anti-crueldade dos estados, as proteções providas aos animais não dependem de seu *status* de ser silvestre ou doméstico. No entanto, este artigo aborda apenas os animais domésticos e deixa para outro dia um artigo sobre os direitos de animais fora da esfera do direito de propriedade.

Em seguida, a palavra “propriedade” será utilizada para descrever as relações entre os seres humanos e os animais apropriados. Esta palavra é ofensiva para um número de indivíduos que acreditam que o uso do termo implica numa atitude que sugere um *status* superior para o humano com total controle sobre o animal. Alguns sugerem o termo “tutor” deveria ser utilizado no lugar.<sup>62</sup> Mas, o conceito de propriedade, tal como é aplicado a um animal pode ser benéfico também, como quando o relacionamento é respeitoso, ou prejudicial, quando o relacionamento é opressivo. Para o presente trabalho, a palavra tradicional será usada em uma conotação mais neutra e limitada. O proprietário

de um animal que é humano, ou entidade, é quem tem a responsabilidade pelo o animal no contexto dos limitados direitos dos humanos e dos animais que serão expostos a seguir. Agora, retornamos a considerar a nova, quarta categoria de bens, propriedade viva.

## 4.1 Quem está dentro desta Nova Categoria? Uma Definição Ampla Posteriormente Limitada

### 4.1.1 *Seres Vivos*

Tem havido um número de tentativas de definir o grupo relevante de animais para fins de uma discussão ética ou legal. A maioria das tentativas de definições está em uma base comparativa relativa às características humanas. Por exemplo, poderá argumentar-se que os direitos devem ser extensivos aos animais que são conscientes, ou auto-determinados, ou que tenham linguagem, ou utilizem ferramentas, ou sintam dor.<sup>63</sup> Este autor procura um outro, mais fundamental, ponto de partida da análise. Existe uma característica mais atraente comum a todos, a de estar vivo. Preocupações morais e éticas devem começar com todos os seres que tem interesses próprios, ou seja, aqueles que são conduzidos a viver uma vida pela codificação de seu DNA. As várias espécies de capacidades específicas, tais como a consciência ou auto-determinação, de grupos de animais serão importantes para decidir quais direitos um animal possa merecer. No entanto, a consideração das capacidades não é necessária para a consideração inicial de admissão na nova categoria de propriedade viva. Assim, a palavra “vida” é inicialmente tão ampla como a superfície da Terra.

A primeira limitação da palavra vida é, obviamente, a palavra propriedade. Seres devem ser propriedade humana para estar em um grupo relevante. Ou seja, eles têm de ser possuído por um conhecimento humano com uma intenção de excluir outros.

Que um ser vivo viva como ou cruzando com a propriedade real/terra de um homem, não constitui posse desse ser vivo para esta finalidade. Seres selvagens dentro dos ecossistemas naturais não são propriedade privada. Enquanto os governos asseveram o direito de controlar o acesso aos animais selvagens, eles não têm direitos possessórios, propriedade de animais selvagens.<sup>64</sup>

O Estado não possui estes animais, tem pouco controle sobre eles, e pouca responsabilidade por seu bem-estar, pelo menos no presente. Embora os animais selvagens tenham o mesmo tipo de interesses que os animais domésticos e, portanto, uma base para direitos, o contexto jurídico para reconhecê-los vai exigir uma análise diferente da que é fornecida neste artigo. Por exemplo, os conceitos de espaço e dever de cuidar têm que ser diferentes quando os animais não são possuídos por seres humanos.

#### *4.1.2 Limitações Práticas*

Agora, deve ser excluído da nossa consideração um grande conjunto de seres vivos para fins práticos. Por enquanto, o reino vegetal deve ser retirado da consideração dos direitos. Plantas certamente são seres vivos, mas simplesmente não sabemos como pensar sobre plantas neste momento.<sup>65</sup> Elas não parecem ter um sistema nervoso central e parecem não sentir dor da maneira que os animais sentem. Como resultado, elas não acionam a ponte que existe de compaixão com os animais com quem temos a experiência partilhada da dor. Os seres humanos certamente se apropriam deles, usam eles, possuem eles, criam novos e os matam numa base regular, tanto intencionalmente e não intencionalmente. Mas o mundo é complexo o suficiente quando se lida com os animais e os recursos são limitados, tanto no mundo político e quanto no mundo jurídico. A maioria das pessoas acabam pensando não o suficiente para propor princípios jurídicos gerais para as plantas, para além da proteção de plantas como espécies ameaçadas.<sup>66</sup> No entanto, algumas refle-

xões iniciais sobre plantas e deveres humanos éticos foram perseguidos por uma Comissão Suíça.<sup>67</sup>

Mesmo que limitemos nossa consideração para com os animais, algumas limitações adicionais serão necessárias. Enquanto a maioria dos insetos, vermes e outros pequenos animais não são propriedade de seres humanos e, portanto, não fazem parte desta discussão, alguns seres humanos optam por possuir a mais incrível variedade de animais. Para manter a discussão focada sobre aqueles que têm as mais complexas necessidades e para quem nós podemos fazer mais, uma outra limitação será útil. Muitos estados inicialmente definiram animais protegidos com a total amplitude da definição biológica da palavra “animal”,<sup>68</sup> mas a aplicação da definição, que se refletiu nos casos da época, era essencialmente limitada aos mamíferos.

Mais recentemente, como as violações destas leis tornaram-se crime; a definição legal do animal foi redesenhada na linha de animais vertebrados.<sup>69</sup> Do mesmo modo, a seguinte discussão de um novo *status* de propriedade será estendida apenas para animais vertebrados. Animais não-vertebrados, que são de propriedade de seres humanos, serão regidos pelas regras tradicionais da propriedade. Mais uma vez, no futuro essa linha poderia ser redesenhada. Na medida em que a ciência forneça mais informações, os legisladores terão de adotar novas disposições. Isto não é para sugerir que os animais invertebrados não são dignos de preocupação ética, uma vez que eles têm interesses individuais, ainda que eles possam se assentar mais levemente sobre a escala das nossas preocupações morais.

#### 4.1.3 *Individualismo*

O nosso sistema jurídico pode conceder ou restringir benefícios para grandes grupos de indivíduos, mas os nossos mecanismos de principal disputa jurídica primária pressupõem que as pessoas irão dar o passo antes das agências ou tribunais. Estes

indivíduos têm nomes que fornecem identificação. O mundo dos animais não humanos contém alguns animais aos quais foram dados nomes e, portanto, podem ser exclusivamente identificadas, mas muitos, se não a maioria, são propriedade anônima. Por exemplo, o cachorro de estimação pode ser Rough Smith, mas as dez galinhas '*leghorn*' no quintal são anônimas e é mesmo quase impossível de identificar unicamente com o olho humano.

Para um animal ter um nome humano designado se sugere um nível de preocupação humana, reconhecimento e interação que o separa das propriedades vivas anônimas. Estes animais podem ser mais facilmente considerados no âmbito do sistema jurídico (politicamente e praticamente). Categorias de propriedade nomeada, ou seja, animais de estimação, talvez recebam alguns direitos antes de outras categorias, ou seja, animais de laboratório. Lembre-se, o progresso será fragmentado.

Como um breve aparte, a nomeação de cada um dos animais que não são propriedade humana pode ser um mecanismo eficaz pelo qual aos animais específicos poderia ser concedido o acesso a personalidade jurídica.<sup>70</sup> Aos Tigres da Índia estão para ser dados cartões de identificação.<sup>71</sup> Uma chimpanzé chamada de Jane Goodall <sup>72</sup> ou o nome, identificável dos gorilas da montanha de Ruanda tem a individualidade com a qual os seres humanos estão confortáveis e poderia ser reconhecida num sistema jurídico.<sup>73</sup>

A dificuldade restante é como identificar potenciais demandantes que são anônimos. A resolução de litígios e de afirmação de direitos são fortemente dependentes da realidade e, por conseguinte, a resolução de litígios deve ser limitada no mundo jurídico para onde os fatos de grupos de propriedade viva são primeiro detectáveis, e segundo, aproximadamente o mesmo num determinado padrão fático. Isto pode ser realizado pelo grupo identificação. Por exemplo, os suínos na Fazenda Jones ou o búfalo no Rancho Flying K. pode ser considerado um grupo para a proteção da lei e permitir a afirmação de direitos em nome dessas propriedades vivas. Isto

pressupõe que a natureza do direito afirmado e o remédio procurado não requerem consideração de indivíduos específicos.<sup>74</sup>

Em resumo, o conceito de “propriedade viva” deve referir-se a animais vertebrados, que são propriedade, e devem ser identificados por qualquer nome específico ou por grupo de referência.

## 4.2 Quais são os Interesses dos Animais?

### 4.2.1 *Identificação de Interesses*

A criação desta nova categoria de propriedade baseia-se na realidade de que esses seres, como seres humanos, têm interesses individuais dignos da nossa consideração, tanto dentro do mundo da sua moral e ética, quanto do mundo do direito. Por isso, é importante a considerar em maior detalhe o que é contemplado pelo conceito de “interesses”.

Como ponto de partida, alguns dos comportamentos que a maioria, mas não necessariamente todos, estabelecem para animais e que demonstram o alcance dos seus interesses incluem: lutar pela vida, achar e consumir comida diariamente, socialização com outros (geralmente da mesma espécie), acasalamento, cuidar de jovens, hábitos noturnos, acesso ao sol (ou não), exercer as suas capacidades mentais inerentes, avançar sobre seu meio ambiente.

Como observado anteriormente Roscoe Pound inicia seus cinco volumes de análise da jurisprudência com a prolegitimidade de que existem interesses humanos e que a resolução de conflito ou de interesses concorrentes é uma função primordial do sistema jurídico.<sup>75</sup> Este artigo convida a mesma abordagem para os animais não-humanos. O conceito de interesses dos animais tem de ser considerado em relação a três questões fundamentais. Será que os animais têm interesses? (Questão de definição) Os homens podem ser confiantes o suficiente sobre a com-

preensão destes interesses para articular-los dentro do sistema jurídico? (Questão de Ciência) E, finalmente, se eles merecem ser reconhecidos dentro do sistema jurídico? (Convicções morais pessoais, em um sistema político).

Esta propriedade viva tem interesses e não é uma questão de filosofia ou de debate, é uma questão de fato que é derivada da existência e natureza do DNA <sup>76</sup> que cria cada ser na Terra (desculpem esta breve incursão no domínio da ciência). Inerente à natureza da molécula de DNA é o fato de que se auto-replica. O DNA que é encontrado nos seres vivos são grupos especiais de moléculas que se auto-replica e que tem evoluído para pacotes cada vez mais complexos que ajudam a garantir a replicação da próxima geração de moléculas de DNA.<sup>77</sup> O pacote protege o DNA de danos ambientais, procura criar as condições ideais para a próxima geração e pode, na realidade, abrigar e apoiar a próxima geração de DNA até que tenha as melhores chances de sobreviver por conta própria. Alguns pacotes aprenderam a respirar oxigênio, outros a correr em direção ou longe dos outros. Alguns podem ver o mundo com cor, outros cheiram o mundo que os rodeia. Muitos pacotes de DNA desenvolveram a capacidade de sentir dor e alguns têm uma capacidade de auto-determinação ou consciência. Estes pacotes específicos de DNA, o que vemos é como os animais em torno de nós, têm evoluído ao longo de milhões de anos sob as regras da seleção natural. Rochas e carros não têm DNA, não têm uma capacidade de auto-replicação e, portanto, não têm interesses que merecem a nossa atenção.

Seres DNA desejam viver, vão lutar para viver, e vai matar outros seres DNA, a fim de viver. Dizer que um ser vivo tem interesses é simplesmente reconhecer que cada indivíduo tem sido alimentado por seu DNA com um pacote de competências e capacidades que se espera que seja exercido pelo indivíduo para prosseguir sua vida. O principal interesse de um morcego é estar no escuro durante o dia, enquanto que a tartaruga irá procurar o sol para aumentar a sua temperatura corporal e se

tornar totalmente funcional. Tendo evoluído no seio da família dos mamíferos, é fácil ver como alguns dos nossos principais interesses ou as competências são partilhados com outros mamíferos. Por exemplo, o desejo de uma mãe para cuidar dos filhos é compartilhado com a maioria dos mamíferos, sejam eles ovelhas, baleias ou coelhos.

A lista acima enunciada é, naturalmente, apenas sugestiva do que é importante para os seres vivos. Na medida em que estamos confortáveis em descrever e proteger os interesses dos seres humanos, então, também deve ser confortável para a compreensão, pelo menos, os interesses fundamentais dos mamíferos e, talvez, outros animais. Nosso conhecimento científico de outros seres parece crescer exponencialmente a cada década. Não é crítico saber todos os interesses de todos os animais antes de se proceder ao reconhecimento dos interesses críticos de alguns dos animais.<sup>78</sup> Mudança no sistema jurídico é acrescida inerentemente, em parte porque as informações chegam até nós acrescidas. Tal como sugerido acima, a nossa sociedade tem, de fato, já começado por essa via, mas agora é tempo de reconhecer a realidade e lidar com as questões de uma forma mais sistemática. No entanto, pode ser sugerido que a vida selvagem possui um direito de liberdade pessoal, desde que eles possam existir em seu habitat natural.

Existe um interesse que outros sugerem é um interesse primordial dos animais que não está na lista acima - a da liberdade individual de circulação. Assumindo que a liberdade para os animais é definida como a capacidade de movimento individual auto-direcionado sem controle dos humanos ou as suas cercas, então claramente este não é possível no mundo da propriedade viva, onde a posse é crítica e o controle é presumido.<sup>79</sup> Também não seria bom considerar que as crianças têm um direito de liberdade. No entanto, pode ser sugerido que a vida selvagem possui um direito de liberdade pessoal, desde que eles possam existir em seu habitat natural.



As observações pessoais do autor sugerem que, enquanto, proporcionar um espaço habitável é importante para um animal, a plena liberdade de circulação não é. Considere os ovinos. O autor deste artigo teve o privilégio de ajudar a criar ovinos islandeses por mais de cinco anos. As ovelhas gostam de estar com outras ovelhas, elas gostam de passear à procura de alimento. Sem cercas, sem dúvida, elas vão para fora da nossa terra para ver o que está no campo seguinte. Mas se o fizerem, então não posso protegê-las contra o risco de um mundo mais amplo e não posso proteger o resto do mundo do risco de um carneiro de 220£. Depois de um número de anos de observação creio que a grande maioria dos seus interesses possam ser plenamente realizados dentro de nossas cercas e que a sua incapacidade para passear à vontade é plenamente compensada pela proteção que recebem contra conseqüências negativas para si próprios e outras decorrentes da circulação não reprimida. Isto não significa que seria adequado para mantê-los num celeiro 5 x 5, pois isso seria frustrar a maioria dos seus outros interesses, a sua qualidade de vida.<sup>80</sup>

#### 4.2.2 *Quais Interesses*

Tendo verificado que os animais têm interesses e que os interesses dos animais que podem e têm sido anteriormente reconhecidos no sistema jurídico, então, uma pergunta restante é quais os interesses devem ser protegidos dentro do sistema jurídico.<sup>81</sup> A resposta rápida à questão de quais os interesses é a seguinte: aqueles interesses que possam angariar apoio político suficiente para a passagem das novas leis. A probabilidade é que espécies diferentes terão diferentes conjuntos de interesses reconhecidos dentro do sistema jurídico. Novamente, isso será o resultado da realidade política das mudanças jurídicas acrescidas.<sup>82</sup>

Tal como acontece com os seres humanos, nem todos os interesses dos animais merecem a atenção do sistema jurídico.<sup>83</sup>

Por exemplo, os seres humanos têm um interesse em receber informações corretas e verdadeiras. Por isso, é geralmente considerado errado fazer falsa declaração para outro homem (falsas declarações aos animais não podem cair no âmbito da presente prolegitimidade). Embora todas as mães tenham interesse que seus filhos não mintam para elas, não é ilegal a mentir para sua mãe. Imagine o entupimento dos tribunais, se essa fosse a lei e imagine a dificuldade de determinar exatamente o que a verdade possa ser. Como poderiam os danos decorrentes da falsa declaração para sua mãe ser calculados, que recurso poderia ser fornecido? No entanto, quando se trata de mentir em um contexto de prestação de informação do governo, então leis foram aprovadas. É ilegal a mentir sobre a sua declaração fiscal, e é falso testemunho mentir em um processo judicial. Assim, como nem todos os interesses humanos estão dentro do sistema jurídico, então será assim com os interesses dos animais. Os cães podem ter um interesse em se tratar todos os dias, mas se não parece ser fundamental para o bem-estar do cão, então, não vai subir para o nível de um direito.

Como exemplo de como novas informações criam uma nova pesagem política no conflito de interesses, considere a questão de fumar cigarros. Algumas pessoas têm um grande interesse em fumar cigarros, outras têm um grande interesse em não estar sujeito a inalação de fumaça de cigarro. Inicialmente, a liberdade de ação individual ultrapassou as queixas sobre respirar o fumo dos outros. Este conflito foi levado para o sistema jurídico apenas depois que houve fatos científicos sugerindo os malefícios da fumaça de cigarro para os outros.<sup>84</sup> Cada vez mais ao longo do tempo as legislaturas têm dado maior peso para aqueles que procuram manter-se livre do risco da liberdade dos indivíduos que estão envolvidos em comportamento arriscado.<sup>85</sup> A lei impôs proibições de fumar em muitos lugares.<sup>86</sup> No entan-

to, a lei não tornou isso ilegal na casa do indivíduo, como uma maior política pública de não interferência em uma residência da pessoa tem poder de superação para este problema, para o momento.<sup>87</sup>

Por outro lado, um argumento justo pode ser utilizado é que animais complexos como chimpanzés que gastam décadas de suas vidas em jaulas individuais em laboratórios estão experimentando essa interferência significativa em qualquer qualidade de vida, essas condições não podem ser justificadas por qualquer benefício eventual para os seres humanos e, portanto, deveria ser ilegal.

Para escolher quais interesses dos animais o sistema jurídico deve tratar, deve haver um juízo necessário.<sup>88</sup> A mesma matriz de questões tem de ser perguntada. Não entendemos os interesses em causa (ciência informação)? O interesse está em conflito com os interesses dos seres humanos ou do governo? O sistema jurídico pode fornecer um remédio útil com os recursos disponíveis? Será que outras políticas públicas superam os interesses dos animais? Como quase nenhum interesse humano é absoluto, nem qualquer interesse dos animais deve ser absoluto. O interesse crítico de cães e gatos para se reproduzir têm sido significativamente perturbado por leis que ordenam a esterilização devido à preocupações com a política pública para animais de população elevada. Por outro lado, um argumento justo pode ser utilizado é que animais complexos como chimpanzés que gastam décadas de suas vidas em jaulas individuais em laboratórios estão experimentando essa interferência significativa em qualquer qualidade de vida, essas condições não podem ser justificadas por qualquer benefício eventual para os seres humanos e, portanto, deveria ser ilegal.<sup>89</sup>

Conceber que alguns interesses dos animais serão afirmados dentro do sistema legal, agora é tempo de considerar o esboço do que isso pode significar no mundo do direito de propriedade.

## 5. Âmbito Inicial de Regras para a Propriedade Viva

Os princípios básicos do direito de propriedade serão modificados em três categorias básicas, a fim de proporcionar proteção jurídica para os interesses da propriedade viva. Primeiro, os direitos dos proprietários terão que ser limitados até certo ponto para acomodar alguns dos interesses que a sua propriedade afirma contra eles. Uma área de impacto, em particular, será a capacidade dos proprietários para perceber o valor econômico dos seus animais. O que pode fazer com pedaços de carvão será diferente do que você pode fazer com animais. Em segundo lugar, os seres humanos que não são donos dos animais terão novos deveres com a propriedade viva que eles não têm com a propriedade não-viva. Como pessoas jurídicas, remédios para os males infligidos por danos aos animais serão capazes de gerar benefícios para os animais lesados. Finalmente, a propriedade viva vai obter determinados direitos próprios.

Não há fórmula matemática para decidir estas questões. É inerentemente a uma ponderação dos interesses dos animais com a dos seres humanos. E dado como interligados a vida e os produtos dos animais estão com os seres humanos, isso não é uma tarefa fácil ou rápida. Esse equilíbrio pode e irá ocorrer em uma série de localidades dentro do nosso sistema jurídico, incluindo: o legislativo, administrativo, e aos tribunais. Decidir quanto peso deve ser dado a um interesse social é, portanto, um juízo político. O que pode ser esperado é que o peso dado aos interesses dos animais tenha e continue a aumentar.

### 5.1 Direitos dos Proprietários Humanos

#### 5.1.1 *Título Original*

Os animais se introduzem no sistema de propriedade de duas formas primárias. Primeiro, eles são retirados da nature-

za pelo homem que os mata ou captura.<sup>90</sup> Em segundo lugar, nascem de mães que já estão dentro do sistema de propriedade. Sob a regra tradicional de '*Common Law*' o título para um animal selvagem é garantido pela obtenção da posse do animal.<sup>91</sup> A outra regra tradicional para os animais é que a propriedade de um recém-nascido irá acompanhar a posse da mãe.<sup>92</sup> A criação de uma categoria de propriedade viva não exige uma alteração destas regras porque as políticas públicas de apoio à regulamentação ainda são relevantes. Elas representam normas simples e exequíveis que normalmente não exigem uma intervenção do tribunal.

Além do tempo honrado, a forma natural de reprodução bi-sexual, hoje os seres humanos são capazes de manipular DNA em uma variedade de maneiras. Em primeiro lugar, existe o processo de clonagem, que permite a reprodução não-sexual, e utilizando apenas um conjunto de DNA para criar a próxima geração.<sup>93</sup> A propriedade destes filhotes serão dos seres humanos que possuem a fonte de DNA, a não ser que seja modificada por contrato.<sup>94</sup> Neste caso do DNA a partir de diferentes fontes, ou talvez seqüências de DNA criadas pelo homem em um laboratório são unidas para criar seres que não existiam antes. A propriedade destes seres será adjudicada ao criador do ser. Assumindo que este novo ser é capaz de se reproduzir bi-sexualmente, a regra tradicional de propriedade seguindo a mãe irá reger as gerações seguintes do novo ser.

### 5.1.2 *Transferência de Título*

Assumindo que um animal é propriedade, em seguida, uma chave do direito de propriedade para o proprietário é a capacidade de transferência de título para outro. Sob este tema estão questões como: como deve ser transferido o título e existem limites sobre quem pode deter o título de um animal? Um fator subjacente nas regras da propriedade é que as normas de pro-

priedade freqüentemente refletem o desejo social de eficiência econômica, desse modo que os donos da propriedade possam perceber melhor o valor econômico da sua propriedade. Com a criação da categoria de propriedade viva, valores não-econômicos irão desempenhar um papel mais dominante; em algumas circunstâncias isto irá tornar a eficiência econômica menos dominante na realização da regra.

Os principais métodos de transferência voluntária de título de propriedade pessoal são, por venda, doação ou herança. Transferências involuntárias de título incluem de encerramento em um penhor, ordem judicial e o exercício de domínio eminente do governo. Como regra geral, estes métodos permanecerão no local. Na medida em que a propriedade dos animais se baseia no desejo o proprietário de realizar um valor econômico e, em seguida, o direito de vender (e o direito de comprar) é um direito mais importante, seja ele um cavalo de corrida ou uma galinha. Na medida em que a sociedade pretende dar ênfase a outros valores que os animais representam para a sociedade e os indivíduos, então o direito de vender pode ser limitado.

Por exemplo, poderia ser aprovada uma lei que proíbe a venda de gatos.<sup>95</sup> A transferência de propriedade pode ser limitada à doação, herança e adoção, (definida como transferência um sem fins lucrativos de um animal na qual a pessoa ou grupo facilita a adoção buscando um bom lugar para o animal). Isto eliminaria o motivo lucrativo para manter gatos e diminuiria as possibilidades de criação de reprodutores econômicos em condições adversas (gatinho de moinhos). Um certo número de organizações atualmente realiza o processo de adoção dos animais. No entanto, existem algumas leis em vigor para padronizar o processo, definindo quem é qualificado para fazê-lo, ou qual é o *status* da propriedade animal adotada após a adoção. Estas são questões importantes para os futuros artigos.

Outra possibilidade de mudança poderia ocorrer pelo alto valor do dólar dos animais. Se um cavalo de corrida ou um cão de exlegitimidade é vendido por um valor cinco vezes do mon-

tante, o animal deve receber algum crédito por seu próprio valor alto de mercado. A lei poderá prever que, para as vendas de animais superiores a US \$ 10.000 por animal, que 10% do preço da venda sejam retirados para a tutela do seu bem-estar.

Lembrando que a principal política pública para a consideração da propriedade viva é que os interesses do animal devem ser levados em conta, será necessário considerar a realidade de que nem todas as pessoas ou empresas são proprietários adequados. Alguns não têm o interesse ou a habilidade de cuidar de sua propriedade, o que é uma obrigação para qualquer proprietário de propriedade viva. Uma possibilidade para o sistema jurídico seria a de considerar que o Estado ou organizações designadas teriam o direito de contestar a transferência de propriedade, quando não é no melhor interesse do animal a ser transferido. Por exemplo, se uma pessoa morre e deixa seis cavalos com um desempregado de 22 anos de idade, sem recursos para cuidar dos cavalos, então, a menos que essa pessoa transfira os cavalos de boa vontade para outra pessoa, capaz de fornecer cuidados de saúde, a lei deveria obrigar alienação do título. Os cavalos não devem ter de esperar até que eles estejam com a saúde precária antes da questão da destinação da propriedade.

Outra possível limitação que a lei poderia adotar impediria as corporações de possuírem animais. Existe um argumento de que quando um animal, especialmente um animal de criação comercial, é propriedade de um indivíduo ou uma família humana, então é a melhor oportunidade para o cuidado dos animais. Mas, um milionésimo dos suínos possuídos por uma corporação mundial não geram nenhuma preocupação especial para a corporação. A necessidade de alimentos para seres humanos, a necessidade do lucro da corporação, e as necessidades de 1.000.000 suínos de qualidade vida podem não ser capazes de se equilibrarem.<sup>96</sup> Uma abordagem possível seria a de limitar o número de animais que qualquer pessoa artificial poderia possuir.

### 5.1.3 Uso da Propriedade

Inerente à proposta de manter os animais como propriedade viva é a consequência de que os seus proprietários irão utilizá-los. O uso pode ser relativamente benigno, como um gato companheiro que partilha um apartamento com o proprietário humano, ou talvez a ovelha que está obrigada a renunciar à sua lã a cada ano. Depois, há os cavalos que são necessários para transportar os seus proprietários, em troca de cama e mesa. Utilizações menos benignas são enfrentadas pelos ratinhos que passam as suas curtas vidas em gaiolas de laboratório ou os frangos que abdicam das suas vidas para a alimentação humana ou o cão que é utilizado em empreendimentos de lutas de cachorros.

Muitos defensores dos direitos dos animais procuram eliminar a utilização de animais pelos seres humanos. Eles acreditam que o frango não deve ser utilizado para a alimentação, não deve haver ratos no laboratório, nenhum cavalo em um curral, e talvez nem mesmo um gato em um apartamento.<sup>97</sup> Enquanto uma pessoa pode ter uma filosofia pessoal sobre o uso de animais, e conforme as suas vidas são de acordo com essa filosofia, a não-utilização de animais não é agora uma perspectiva social, que informa o nosso sistema jurídico. Uma alternativa para a proibição de utilizar animais pelos seres humanos pode ser que só haveria utilizações especificamente e legislativamente permitidas. Mas o número e a complexidade dos usos humanos dos animais é tão grande que isso é impraticável. O mundo em que nos encontramos exige-nos a trabalhar o outro lado. O uso humano dos animais é presumidamente aceitável até e se não tiver sido proibido por lei. Esta é a forma como a lei tem-se desenvolvido em nosso sistema de *'Common Law'* pelos últimos 1000 anos e não existe um verdadeiro risco de mudar essa abordagem a curto prazo.

Em última análise, aquilo que é uma utilização aceitável de um animal, da propriedade viva, é uma decisão política que



equilibre o número de fatores durante o processo legislativo. Como resultado, as proibições chegarão esporadicamente, por espécies, pela situação fática. A maioria dos americanos já decidiu, durante a olegitimidade de muitos cidadãos, que o cão não pode ser usado no empreendimento de lutas. Nenhum Estado procura controlar as condições dos cães utilizados nos combates ou no processo de luta em si, a sua utilização no combate é totalmente proibida. Esta utilização é tão desfavorável que, em muitos estados a utilização de um cão, desta forma, é um crime. Do mesmo modo, a nossa sociedade, mas não outras, decidiu que matar cães para a utilização das suas peles é inaceitável.<sup>98</sup> Mas, aparentemente continua aceitável nos Estados Unidos criar e matar minks exclusivamente para as suas peles.

A sociedade pode decidir que a utilização de primatas na investigação científica não se justifica sem atingir a questão de saber se a utilização de ratos é justificada. Tal como na Nova Zelândia e Espanha, uma lei pode ser aprovada implementando a proibição da utilização de primatas em laboratórios. Do mesmo modo, é possível julgar que a manutenção de primatas como animais domésticos não deve ser autorizada sem uma decisão sobre a manutenção de cobras.

Além da questão do que usar, também é o ponto-chave qual ramo do governo vai ser obrigado a adotar estes novos pontos de vista, tanto quanto o legislador ou os tribunais. Como se trata dos conceitos de propriedade do *'Common Law'* que estão em questão, existe a possibilidade de que opiniões dos tribunais, em vez de decretos legislativos reconheçam estes novos direitos para os animais. A opção de usar os tribunais para criar direitos para os animais não deve ser descartada, mas não será posta neste artigo.<sup>99</sup>

Há um segundo aspecto para a questão da utilização. Mesmo que o fim da utilização de um animal seja permitido pela lei, ou melhor, não proibido pela lei, a sociedade ainda pode ter objeções às condições em que um animal é mantido para o uso. Este aspecto é o enfoque das leis tradicionais sobre a crueldade

e tem sido parte do sistema jurídico desde as leis de 1860 de Nova Iorque. Assim, o frango e o rato podem não ser capazes de se opor à sua utilização final, mas talvez sejam capazes de se opor às suas condições de vida. Novamente, cabe ao legislador prever a definição de quais as condições que podem ou não ser aceitáveis para a sociedade.

As leis anti-crueldade atuais são um primeiro passo neste processo de definição de utilização aceitável. Como tal, elas são um guia para a perspectiva social dos dias atuais sobre as condições de vida aceitáveis para os animais, mas essas leis ainda são limitadas na natureza e objeto de ampla isenção. As isenções, em particular precisam ser reexaminadas. Já não é claro porque corporações agrícolas ou jardins zoológicos deveriam ser isentos nas leis que proíbem a crueldade em geral contra os animais ou o dever de prover cuidados.<sup>100</sup> É hora de enfrentar as condições de vida suportadas pelos animais na indústria agrícola e decidir como uma sociedade não o que é mais rentável para corporações, mas quais são as condições aceitáveis de vida de animais que se tornarão alimentação humana.<sup>101</sup> Este artigo não pode tentar responder a essa questão complexa, mas sugere que, sob o conceito de propriedade viva, a propriedade comercial de animais será permitida somente quando os interesses dos animais tiverem um peso consideravelmente maior do que é atualmente é dado no caso da agricultura industrial.<sup>102</sup>

## 5.2 Deveres dos Proprietários

Uma característica fundamental que distingue a propriedade viva de outras formas de propriedade é que pode haver uma obrigação legal em relação à propriedade viva que irá ser aplicada pelos tribunais. Embora alguns deveres de não-interferência sejam impostos aos não-proprietários, trata-se mais no domínio da responsabilidade civil, não devem ser considerados neste artigo. No mundo do direito de propriedade o dever do proprie-

tário em relação ao animal é de natureza positiva e negativa. Tal como já foi sugerido por alguns das leis estaduais anti-crueldade mais abrangentes, é tanto um dever de não impor danos, como um dever de prestação de cuidados.

Embora muitas das leis existentes, foquem no bem-estar físico dos animais, existe uma falta de enfoque jurídico sobre o bem-estar mental dos animais. A principal exceção a esta afirmação é a exigência mal implantada da lei federal de bem-estar dos animais que as instituições que possuem primatas devem fornecer as condições de vida que promovem o bem-estar mental dos primatas. Embora muitas das leis existentes, foquem no bem-estar físico dos animais, existe uma falta de enfoque jurídico sobre o bem-estar mental dos animais. Esta questão deve ser considerada no contexto dos locais e espécies específicos. Por exemplo, os animais confinados em zoológicos costumam ter limites significativos sobre o espaço disponível e um dever de enriquecimento mental deve ser exigido como compensação pela limitação do espaço. Além disso, espécies específicas podem ter mentes tão complexas que não devem ser enjauladas ou só poderiam ser enjauladas se os proprietários pudessem fornecer estimulação mental suficiente. Estas são questões de ciência e julgamento.

Este artigo não pode propor a plena extensão dos deveres do proprietário, mas procura estabelecer que há um dever, e que esse dever é devido ao animal. O leitor pode vislumbrar mais das cores e contornos deste novo paradigma se um dever para com um animal é visto à luz do dever legal dos pais com seus filhos. Isto é particularmente fácil quando o animal é um animal de estimação, uma vez que muitos animais são tratados como uma criança em uma família. Bons pais compreendem e provêem as necessidades da criança, apesar de a criança não fazer valer essas necessidades ou mesmo fazer valer as necessidades que são, de fato, contrárias aos seus interesses em longo prazo. (Por exemplo, a criança quer permanecer no computador por tempo indeterminado e o cão quer tratamentos ilimitados e também quer brincar na rua.) O julgamento dos pais tem que ser aceito

como presumidamente legal, mas há limites, após os quais o governo procurará intervir para proteger os interesses da criança (carta vermelha). Então, talvez o governo, ou particulares autorizados pelo Estado, sejam autorizados a intervir para proteger os interesses dos animais (cartas vermelha e azul).

Talvez se note que não há uma legitimidade do presente artigo sobre os deveres dos animais para os seres humanos. Isso resulta, em parte, a partir de uma perspectiva concreta de que os animais podem ter dificuldade em entender dos interesses humanos. Tal como a lei não impõe nenhuma obrigação para crianças que ainda não compreendem obrigações externas ou opções de ação, seria igualmente inadequado exigir ações de animais que não podem compreender. Uma clara exceção ao estatuto geral surge no caso de cães perigosos. Sob leis sobre cães perigosos, depois de alguma aparência de devido processo legal, os cães podem e são condenados à morte por violação do estatuto no qual lhes são impostas obrigações de não prejudicar os seres humanos.<sup>103</sup>

### 5.3 Direitos dos Animais

Num primeiro nível, este artigo afirma o princípio legal de que a propriedade viva tem a capacidade de deter os direitos. Como será discutido mais adiante, duas conseqüências primárias decorrem dessa capacidade. Primeiro, em certa medida, os seus interesses têm de ser parte da consideração jurídica em qualquer conflito de qual façam parte. Em segundo lugar, soluções para violações de direitos têm de fluir diretamente para aqueles que foram lesados.<sup>104</sup> Como muitos dos mais potencialmente importantes direitos para os animais vão lidar com as condições de vida, a disponibilidade de ordem judicial de assistência para proibir certas condições e ter o direito de ter a propriedade transferida serão mais importantes para os seus direitos do que prêmios em dinheiro, mas prêmios financeiros podem muito bem ser apropriados, em determinadas circunstâncias.

Este artigo não sugere que deveria haver um momento mágico em que todos os animais (como definido acima) receberão todos os direitos sugeridos abaixo. Pelo contrário, esta seção sugere um amplo quadro de referência para compreender e organizar os presentes e os futuros direitos. Este artigo é como a imagem da parte da frente da caixa de quebra-cabeça. Ao ver a foto não preverá quando, ou mesmo se, todas as peças no interior virão a se juntar, mas ter a imagem ajuda no processo. Direitos particulares chegarão pelo legislador ou pelos pareceres dos tribunais, como peças do quebra-cabeça. O enigma em si pode permanecer inacabado por um tempo, mas é tempo de se começar a montagem da empresa.

### *5.3.1 Legitimidade*

A legitimidade das cartas vermelha e azul dos direitos dos animais não requer uma referência ao conceito de legitimidade porque o governo ou particulares terão de lidar com um problema de posicionamento.<sup>105</sup> Mas se um preferido, carta verde, direito está sendo afirmado, em seguida, a legitimidade do animal é um problema. Ainda que muitas vezes seja discutida como uma questão processual independente, na realidade é estreitamente ligada à existência de um direito. Se uma lei que foi aprovada, dissesse: “qualquer animal detido em condições que violem a lei estadual anti-crueldade pode interpor recurso para contestar a sua propriedade e posse”, então é inerente a linguagem a concessão da legitimidade de qualquer animal que pretende exercer o direito criado legislativamente. Em 2004, no 9º Cir. caso, mais uma vez lidava com as baleias, o tribunal disse mais:

É óbvio que um animal não pode funcionar como demandante da mesma forma que um ser humano juridicamente competente. Mas não vemos qualquer razão para o Artigo III impedir o Congresso de autorizar uma ação em nome de um animal, mais do que o que impede qualquer ação judicial perpetrada em nome de pessoas artificiais, tais como empresas, parcerias ou trustes, e até mesmo navios, ou

de pessoas juridicamente incompetentes, tais como crianças, jovens, incompetentes mentais.<sup>106</sup>

Identificar o autor pode ser mais difícil em alguns contextos de direito dos animais. Ações normalmente requerem demandantes específicos, em parte devido à necessidade de desenvolver um conjunto de fatos que vai enquadrar a questões jurídicas de um caso. Para a propriedade viva, existem duas variedades de personalidades legais que podem ser demandantes: a individual e a grupal. Como discutido acima, se o animal em questão tem um nome, então ele tem a capacidade de pessoa legal individual, de ter ações impetradas em seu nome individual. Se um animal é anônimo ele ou ela só pode ser parte de uma personalidade grupal, pela sua localização geográfica ou espécies ou alguma combinação dos dois. Assim, o direito da carta verde sugerido no parágrafo anterior poderá ser exercido por Thomas “o gato” Hopkins, ou os Coelhoos Hopkin, ou os coelhos da Rua Elm, 245. Em todos os casos, os demandantes serão animais específicos em torno de um conjunto de fatos que possam ser desenvolvidos.

Ainda que estados ou o governo federal possam articular a existência de uma “personalidade legal limitada” para a propriedade viva em um estatuto processual geral, não é um pré-requisito a esta legitimidade. A qualquer tempo uma lei reconhece um direito selecionado (carta verde) de um animal ou grupo de animais, inerente a esse feito é a atribuição de personalidade legal limitada para o exercício do direito em seu próprio nome.

### 5.3.2 *Alguns Direitos*

Dentro deste novo *status* de propriedade, os animais têm direito a:

1. Não serem detidos para as utilizações proibidas.
2. Não serem prejudicados.

3. Serem cuidados.
4. Terem espaço.
5. Serem devidamente apropriados.
6. Terem bens próprios.
7. Entrar em contratos.
8. Registrar queixas de danos.

Essa lista foi obtida a partir da reflexão do autor. Não é a lista definitiva de todos os tempos, mas uma primeira lista para iniciar uma discussão mais aprofundada. Um esforço prévio em nome dos animais agrícolas resultou em uma lista referida como “cinco liberdades”.<sup>107</sup> Embora muitas das preocupações dentro dessas cinco liberdades também são encontradas na lista acima, a proposta da lista não é uma derivação da lista e se destina a ter uma aplicação muito mais ampla.

Um exemplo de cada um dos referidos acima deve ajudar a compreender possível âmbito de cada direito.

1. *Não serem detidos para as utilizações proibidas.* Utilizações proibidas se tornaram uma longa lista na medida em que a sociedade se torne mais protetora dos interesses animais. Uma lista inicial poderia incluir: animais utilizados contra animais em esportes de sangue, carne de cavalo para o consumo humano, grandes macacos de investigação, pombos para a prática de tiro ao alvo, os elefantes em jardins zoológicos ou cobras como animais de estimação.

Obviamente, alguns cavalos na indústria são tratados muito bem, mas a qualidade de vida para todos os cavalos criados para serem corredores não é tão clara. Além disso, existem riscos de drogas e lesões que ainda tem o cavalo de enfrentar com êxito.

A lista dos usos proibidos pode ser desenvolvida utilizando o princípio geral de que o uso não deve constituir uma interferência significativa no bem-estar dos animais envolvidos. Por exemplo, um processo justo que pode ser feito em que o uso de

cães galgos em pistas de corrida é prejudicial para quase todos os cães dentro da indústria, sem qualquer vantagem significativa para o homem.<sup>108</sup> O interesse humano em jogo podem ser satisfeito de centenas de outras maneiras, não há necessidade de milhares de cães sofrerem para a realização desse interesse humano. Portanto, proibições legislativas de corridas de cães poderiam ser facilmente adotadas.

Por outro lado, a manutenção de cães em mostras de raças pode ser considerada como interferência não significativa nos interesses dos cães. Mas talvez um estudo completo, dos cães em mostras de raças e todos os cães criados com a esperança de entrarem em mostras de raças, deve ser feito com um olho em direção a qualidade de vida para o conjunto mais amplo de cães, não apenas para os vencedores. Corridas de Cavalos é mais difícil de julgar como uma empresa. Obviamente, alguns cavalos na indústria são tratados muito bem, mas a qualidade de vida para todos os cavalos criados para serem corredores não é tão clara. Além disso, existem riscos de drogas e lesões que ainda tem o cavalo de enfrentar com êxito.<sup>109</sup>

Outra medida possível para saber se um determinado uso é aceitável é a de saber se o animal tem de ser mantido em uma gaiola para o uso humano do animal. Se em longo prazo gaiola de confinamento é necessária, então, talvez, o uso deva ser proibido. Então o confinamento dos animais no jardim zoológico e em centros de pesquisa, deve ser examinado à luz do grau em que o confinamento interfere nos interesses do animal na gaiola *versus* os benefícios a serem recebidos por esse confinamento, em função de outras pesquisas alternativas disponíveis.<sup>110</sup>

2. *Não serem prejudicados.* O direito de não ser prejudicado, para não experimentar dor e sofrimento, é o mais antigo e mais óbvio dos direitos para alguns animais. A lei original de Nova Iorque tornou um crime: “se qualquer pessoa (...) tortura, atormenta, privar do necessário para o sustento, ou desnecessaria-



mente ou cruelmente bater, ou desnecessariamente mutila ou mata".<sup>111</sup> Tortura, por definição é inaceitável infligência de dor e sofrimento, também o uso de veneno é muitas vezes uma proibição.<sup>112</sup> Repare que as proibições contra a dor, o sofrimento e a morte são geralmente qualificadas pela expressão tais como injustificados ou desnecessários. Isto significa que o legislador tenha reconhecido que há uma ponderação dos interesses dos animais contra os interesses dos seres humanos, terão de ser julgados pelo júri ou juiz para determinar o que é aceitável dentro de sua sociedade.<sup>113</sup>

Às vezes um consenso social pode tornar-se um consenso político e de um ato específico torna-se ilegal. Assim, alguns estados proibem o corte de caudas e o corte de orelhas, embora seja uma questão júri em outros.<sup>114</sup> Será melhor para os animais se mais consenso social puder ser estabelecido pelo legislador, sob a forma de proibições. Ir a um júri criminal é uma dificuldade significativa de um indivíduo quando o julgamento é sobre a adequação da conduta, como corte de cauda, não será entendida até o júri dar o seu veredicto em termos como "desnecessário".

Nesta categoria, não é a criação do direito que é subdesenvolvida, mas as atividades humanas legalmente isentas das proibições gerais que precisam ser abordadas. Dar isenções cobertas para jardins zoológicos e as atividades agrícolas não parece adequada. Em teoria, um zoológico de Michigan detentor não tem qualquer obrigação legal de prestação de cuidados aos seus animais. Isto significa que, se um animal passa fome até à morte, nenhuma ação penal poderia ser tentada. Não existe nenhum argumento de política pública para justificar este resultado. Outra ampla isenção é dada freqüentemente aos animais agrícolas.<sup>115</sup>

3. *Serem cuidados.* Existem muitas leis estaduais e algumas federais que lidam com a questão do cuidado. O fornecimento de água e alimento é óbvio, e foi parte da lei de Nova Iorque de

1867. Os deveres atuais de cuidado podem ser mais amplos<sup>116</sup> mas a sociedade ainda não considerou amplamente a ponderação entre os cuidados com os animais, os custos financeiros dos cuidados para os proprietários humanos e a decisão entre uma vida animal com dor *versus* morte.<sup>117</sup> A lei não contempla as necessidades sociais de muitos animais. Animais que vivem em rebanho como ovelhas e vacas claramente preferem estar com outros da mesma espécie e, mesmo um proprietário humano amigo não é um substituto para um companheiro da mesma espécie, ainda, as exigências da companhia não são atualmente parte da lei. Em um nível mais amplo, ainda não tivemos uma discussão sobre a obrigação de fornecer para o bem-estar mental para os animais. Por exemplo, se um filhote tem o apoio da mãe, por quanto tempo o filhote deve ficar com a mãe? O bem-estar do bebê animal, a não maximização do lucro do dono devem ser fatores dominantes para tal decisão.

4. *Terem espaço.* Este direito é muito importante para centrar a atenção sobre como é o substituto para o direito humano à liberdade pessoal. Como propriedade, os animais estão dentro da posse e controle dos proprietários. Como tal, não podem ter a liberdade pessoal, que têm os animais selvagens. Mas, um proprietário tem o dever de fornecer um espaço adequado para qualquer propriedade viva que é possuída.

Embora algumas leis atualmente percebam a necessidade de abrigos, como parte do dever de prestação de cuidados são disposições penais, abrigo é apenas uma parte do problema. Isto pode ser vinculado ao bem-estar mental, que merece consideração por si mesmo. Se temos de respeitar e considerar os interesses dos animais, o espaço previsto para o exercício das suas próprias capacidades é crítico. Por exemplo, o Detroit Zoo deslocou seus chimpanzés para fora das suas células de prisão, salas da casa dos primatas, claramente inaceitável, para quatro acres de exlegitimidade que podem ser considerados aceitáveis.

<sup>118</sup> Agora, os chimpanzés têm a oportunidade de uma interação

grupar complexa e podem optar por estar em espaços públicos ou privados.

Como um exemplo extremo, considere o caso em 2003 que um indivíduo foi encontrado com um tigre de bengala siberiano de 425£, um jacaré, um tigre com crias, coelhos e uma tarântula no seu apartamento. O proprietário disse que seu “interesse” foi tentar criar um Jardim do Éden. Autoridades removeram os animais, mas a notícia não disse em que lei se baseou. Muitos estados têm declarado ilegal a posse de animais, como leões e tigres por acreditar que, <sup>119</sup> independentemente dos interesses, motivações, de cada um dos seres humanos, nem os animais nem os vizinhos devem assumir o risco de tais acordos.

5. *Serem devidamente apropriados.* Embora a violação dos primeiros quatro direitos possa ser solucionada sem retirar o animal do seu proprietário, existe um ponto com efeitos adversos sobre o animal em que a capacidade do proprietário está em causa. Embora seja possível conceber a eliminação da propriedade simplesmente como um remédio para uma violação dos direitos dos animais listados, a aceitação de responsabilidade pelas propriedades vivas é tão fundamental para este novo paradigma, como exigir que seja declarado como um direito independente. Qualquer animal apropriado tem o direito de esperar que o seu proprietário a tenha a capacidade e disponibilidade para fornecer o nível de cuidado e o espaço que determinados animais precisam.

Este problema pode surgir tanto no direito civil ou como contexto no penal. Embora a lei deva continuar a presumir que os seres humanos podem ter animais, após uma exibição de uma especial incapacidade de um homem em fazê-lo, a lei não deveria hesitar na transferência da propriedade desse incapaz para alguém capaz e que aprecie os animais apropriados. Isso será feito sem qualquer compensação ao proprietário, com a não-compensação sendo efetiva, teria uma multa por não fornecer as condições de vida necessárias. Um padrão de fato extremo

que levanta esta questão é visto nos casos de animais de exlegitimidade. O caso da Carolina do Norte descrito anteriormente, porém, é um exemplo.<sup>120</sup>

Enquanto novos estatutos poderão ser adotados para definir mais especificamente os deveres de um proprietário, as leis anti-crueldade leis geralmente constituem um conjunto de normas operacionais que poderiam ser usadas em uma ação civil. Não vai ser uma defesa para um proprietário que a posse de um animal foi dada a outra pessoa, como um dever criado por este direito não pode ser delegado. Uma versão da carta vermelha deste direito já existe em Illinois, que autorizou a remoção de animais de seus proprietários em caso de falharem na concessão dos cuidados necessários.<sup>121</sup> O direito da Carolina do Norte já discutido anteriormente apoiaria uma ação de remoção com uma carta vermelha ou azul. A lei de Illinois não exige queixa penal antes de o Estado agir. Muitos estados, no momento, apenas permitem a remoção do animal de seu proprietário em conjunto com um processo penal.

Um contexto específico em que a questão do que é um proprietário adequado de um animal que é de uma ação de divórcio em que o marido e a esposa tem um disputa quanto ao título e a posse do animal de estimação. Neste caso, a propriedade prioritária não é tão importante como é o direito de o animal ter um proprietário cuidadoso. Assim, quando um tribunal toma uma decisão sobre um animal de estimação, o fator principal deve ser: o que é no melhor interesse do animal?<sup>122</sup>

6. *Terem bens próprios.* Os direitos legais acima discutidos tratam das condições de vida e do bem-estar do animal. Os direitos 6, 7 e 8 acusam a nova personalidade legal que vem se tornando a nova categoria de propriedade, propriedade viva. Ser uma propriedade viva é ter a capacidade legal de ter os próprios bens. A principal propriedade é contemplada por financeiros, dinheiro e patrimônio, mas que poderia também incluir bens pessoais, propriedade intelectual e propriedade real (como proprietários

eqüitativos<sup>123</sup>). Este direito já foi reconhecido no mundo da tutela.<sup>124</sup> Este conceito de propriedade que possui propriedades não seria estendido aos tradicionais bens pessoais, tais como automóveis ou mesas.

Uma possível aplicação desta ideia surge quando contemplada a compensação para os animais por seus trabalhos. O proprietário não tem de pagar um animal para o uso legítimo de seus animais, quarto e comida e qualidade de vida vêm sendo compensação. Mas, a qualquer hora que o dinheiro chega ao proprietário por causa da presença ou esforços do animal, então, o animal deve ter um interesse eqüitativo, pelo menos em alguma parcela do dinheiro que ele ou ela ajudou a gerar. Considere o cavalo que ganha um prêmio U\$ 100.000. Apesar de que os esforços do proprietário e treinador claramente foram importantes, sem os esforços do cavalo o dinheiro não teria sido ganho. Nosso histórico de aceitação da teoria da propriedade trabalhista suporta a prolegitimidade de dinheiro a ser retirado para o benefício do cavalo.

Outro exemplo da aplicação do conceito de que os animais podem ter bens se coloca se a propriedade da criação é considerada. Se os seres humanos podem criar novas obras de arte que recebem a proteção dos direitos de autor, por isso assim devem ser as obras originais de animais. Os elefantes e chimpanzés são capazes de criar arte proposital. Como o artista criativo, eles devem ter os direitos de propriedade intelectual, tal como os seres humanos possam ter.<sup>125</sup> Os seus proprietários podem muito bem ser os seus representantes para efeitos de interação com o mundo humano. Mas, tal como acontece com as crianças, o fato de que os animais não entendem as regras do direito do autor não justifica que os proprietários sejam os únicos beneficiários do trabalho criativo dos seus animais.

Como um animal não é suscetível de compreender os conceitos de título e de propriedade, e não pode fazer boas decisões sobre o investimento e utilização do seu dinheiro ou outros bens,<sup>126</sup> ele deve ser tratado como dinheiro de uma criança hu-

mana pequena. Quando uma criança ganha dinheiro ou é concedido após certo nível, então humanos adultos, geralmente os seus pais, retiram dinheiro para usá-lo em benefício da criança. Esta pode ser uma tutela formal ou informal. Da mesma forma, um animal pode ter uma tutela formal ou informal na qual o animal seja o beneficiário. Isso faria o animal um proprietário eqüitativo na tutela.<sup>127</sup>

7. *Entrar em contratos.* Existem dois tipos gerais de contratos que envolvem animais. O primeiro é a transferência do animal para o outro que vai cuidar do animal. Isto normalmente irá exigir que o proprietário a pague ao detentor (um depósito). Por exemplo, 1000 cabeças de gado pode ser detidas por Smith, mas são transferidos para a Flying J. por 18 meses por US \$ 5 *per capita* por mês. O segundo tipo de contrato é quando o proprietário do animal dispõe dele para um serviço e o contratante paga ao proprietário pelo o serviço. Isso pode ou não implicar na transferência de posse. Ele pode ser um urso que participa de um filme ou um cavalo que passa algumas semanas em uma fazenda para fins de reprodução. Para o primeiro tipo de contrato, uma preocupação primordial é a de que a transferência física para uma nova localização não viole qualquer dos direitos do animal.

No segundo tipo de contrato, enquanto que um animal não tem a capacidade de celebrar um contrato independente do seu proprietário, qualquer animal que está sendo objeto de um contrato tem um interesse eqüitativo no contrato, tendo alguma coisa do papel de um terceiro beneficiário ou interesses eqüitativos no contrato. A presunção é que o proprietário terá o interesse do animal em equilíbrio, a qualquer momento o proprietário pode entrar em um contrato de serviços ou de transferência do animal. Se um contrato sobre o seu rosto viola qualquer dos direitos do animal que é o objeto do contrato, o contrato é nulo de plano, por ser contrário à política pública. Além disso, um

contrato nulo constitui prova *prima facie* da inaptidão dos proprietários que entraram no contrato.

Se um animal é uma parte do contrato, tal como no segundo padrão fático, então, alguns dos benefícios do contrato devem ser executados para o benefício do animal. Se a posse de uma panda está sendo transferida por um contrato de exibição no verão em um jardim zoológico, e o proprietário do panda receberá U\$ 100.000 para a transferência e detenção temporária (depósito), por um jardim zoológico, o panda deve ser considerado parte de um o contrato. O zoológico teria de prover todos os direitos do panda. Provavelmente, o panda não irá concordar com o contrato se este for contrário à sua segurança e bem-estar e a compensação seja insuficiente para luxações na sua vida. Do mesmo modo, as pessoas que provêem aos animais que desempenham papéis importantes no setor do entretenimento serão obrigadas a reconhecer os interesses dos animais em questão e alguns dos benefícios do contrato devem fluir diretamente para estes animais.

8. *Registrar queixas de danos.* Os animais devem ter o direito de processar os humanos, que violam os seus interesses primários. Se um homem lesiona um animal, então, talvez, pelo menos, nos casos notórios o animal deva ter uma carta verde de direitos selecionados para demandar o criminoso. Bater em um chimpanzé com um clube não é diferente para o chimpanzé do que se fosse feito para uma criança humana. Esse bater é errado frente aos principais interesses do chimpanzé. A lei deve ser aberta para os animais que procuram ordem judicial para lhes assistir contra um prejuízo em curso, mas as indenizações devem também estar disponíveis quando necessário. Em um artigo anterior este tema foi explorado de forma mais pormenorizada, em que o dano de “interferência significativa no interesse fundamental”, foi proposto, por isso não irá ser alargado no presente artigo.<sup>128</sup>

## 6. Conclusão

Como desenvolvido no presente artigo, a prolegitimidade de que os animais podem possuir direitos já tem suporte na realidade dos acontecimentos no nosso sistema jurídico. Os animais já têm uma pequena variedade de direitos dentro das categorias de direitos fracos (vermelho), fortes (azul) e selecionados (verde). Para tornar mais um pacote mais coerente de todos os animais relacionados com questões de política pública, será útil reconhecer a existência de uma quarta categoria de bens, a propriedade viva. Uma vez diferenciada de outros tipos de propriedade, então, o foco de consideração apoiará uma nova lista de direitos para pelo menos alguns destes animais. Este artigo estabelece o que alguns dos direitos legais poderiam ser e como as regras tradicionais do direito de propriedade poderão ser modificadas para acomodar a presença desta nova categoria.

Neste ponto da história, os animais não-humanos da nossa Terra não são nossos irmãos, nossos iguais, mas como as nossas crianças<sup>129</sup> que tenham seus interesses próprios de merecem ser alimentados e protegidos dos danos humanos, tanto na consideração dos atos éticos e nas leis que nós seres humanos implementamos em seu nome.

## NOTES

- <sup>1</sup> Estas leis são geralmente encontradas dentro da categoria de leis estatais anti-crueldade. Ver discussão *infra*.
- <sup>2</sup> Este corte também se reflete nas explorações dos juízes. Um caso de 2008 em Illinois representa o dilema. No julgamento, um juiz considerou que o valor de um cachorro de estimação foi de U\$ 200 em um caso de dano (com uma análise livre do mercado justo). No recurso, o tribunal considerou que o valor do animal tinha pelo menos o montante que o demandante tinha gasto com a conta do veterinário para cuidar do cachorro, após ter sido atacado pelo cão da demandada, \$ 4,782.72. Veja Dave Bakke, *Judges Rule on the Proper Value of a Dog's Life*, STATE



JOURNAL-REGISTER, Jan. 3, 2009, <http://www.sj-r.com/news/x2094350144/Dave-Bakke-Judges-rule-on-the-proper-value-of-a-dog-s-life>.

- <sup>3</sup> Para uma plena discussão do estatuto moral e legal dos animais, geralmente se vê *Animal Rights* (Clare Palmer ed., 2008). Este livro é uma coleção de 31 redações reimpressas dos principais autores da área. *Veja também* Martha C. Nussbaum, *Animal Rights: The Need for a Theoretical Basis*, 114 Harv. L. Rev. 1506 (2001) (reviewing Steven M. Wise, *RATTLING THE CAGE: TOWARD LEGAL RIGHTS FOR ANIMALS* (2000)).
- <sup>4</sup> Para um artigo propondo a igualdade de direitos para os animais, veja Ani B. Satz, *Equal Protection of Animals*, 15 *Animal L.* (forthcoming 2009).
- <sup>5</sup> Dado que as mulheres ganharam propriedade jurídica e os direitos políticos, os homens viram uma diluição de sua propriedade e dos direitos políticos. Ver notas *infra* \_\_\_\_.
- <sup>6</sup> RICHARD R. POWELL, *THE LAW OF REAL PROPERTY*, § 7 at 10 (Patrick J. Rohan ed., 1981).
- <sup>7</sup> *Veja* 3 Roscoe Pound, *Jurisprudência* 103 (1959) (“Na sociedade civilizada, os homens devem ser capazes de assumir que eles podem controlar para efeitos benéficos para si próprios o que eles têm descoberto e apropriado para seu uso próprio, o que têm criado pelo seu próprio trabalho, e que o tenham adquirido sob o atual sistema de ordem econômica e social.”).
- <sup>8</sup> *Veja* Pound, nota 8 *supra*, at 106 (“Na verdade, tomar posse do que um descobre, o que é tão de acordo com um comportamento humano fundamental que a tendência a descoberta e a ocupação têm permanecido nos livros substancialmente desde como os romanos a declaram.”). A aplicação dessas idéias ocorreu no caso histórico embaraçoso de *Johnson v. M’Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823), no qual o tribunal considerou a descoberta da terra dos Estados Unidos pelos europeus deu a eles título superior ao terreno ocupado por tribos indígenas americanas.
- <sup>9</sup> A importância e a natureza do debate sobre a proteção da propriedade individual versus as necessidades do estado pode ser vista no caso de *Kelo v. City of New London*, 545 U.S. 469 (2005). Neste caso, a Suprema Corte decidiu que a cidade foi autorizada a ter o título de propriedade do requerente e transferência do título para outra parte privada para o

desenvolvimento, por causa do bem público a ser realizado pela atividade privada desenvolvida.

- <sup>10</sup> *Veja* POUND, *supra* note 8, at 105-55 (dando uma ampla discussão dos diferentes pontos de vista da propriedade ao longo dos séculos). *Veja também* G.W. PATON, A TEXTBOOK OF JURISPRUDENCE 505-52 (G.W. Paton & David P. Derham eds., 4th ed. 1972).
- <sup>11</sup> Para um artigo sobre a implacável invasão do mar, eliminando terras e casas, *Veja* Alyssa Abkowitz, *Beating Back the Ocean Proves an Enduring Riddle*, WALL ST. J., Sept. 12, 2008, at A12.
- <sup>12</sup> Para uma breve discussão de como a categoria de bens pessoais evoluiu dos conceitos de propriedade real, veja POWELL, nota 7 *supra*, § 98, at 370. Ele sugere que se tornou separado como os itens se tornaram economicamente valiosos.
- <sup>13</sup> Para mais informações sobre a história dos animais como propriedade, geralmente se vê Rebecca J. Huss, *Valuing Man's and Woman's Best Friend: The Moral and Legal Status of Companion Animals*, 86 MARQ. L. REV. 47, 69 (2002) (citando GARY L. FRANCIONE, ANIMALS, PROPERTY, AND THE LAW (ETHICS AND ACTION) 41 (1995) (observando que a primeira decisão judicial dos EUA para autorizar um direito de propriedade de cães foi posta em 1871); *Veja também* Steven M. Wise, *The Legal Thinghood of Nonhuman Animals*, 23 B.C. ENVTL. AFF. L. REV. 471 (1996). *Veja também* William C. Root, Note, "Man's Best Friend": Property or Family Member? An Examination of the Legal Classification of Companion Animals and its Impact on Damages Recoverable for their Wrongful Death or Injury, 47 VILL. L. REV. 423, 424 (2002).
- <sup>14</sup> FRANK HALL CHILDS, PRINCIPLES OF THE LAW OF PERSONAL PROPERTY, CHATELS AND CHOSSES 35-36 (1914).
- <sup>15</sup> *Veja* DAVID FAVRE & PETER L. BORCHELT, PH.D., ANIMAL LAW AND DOG BEHAVIOR 10-11(1999). Uma declaração clara do estatuto jurídico dos cães e gatos, não aparece na lei de Virgínia até 1984: "Todos os cães e gatos devem ser considerados propriedade pessoal e podem ser objeto de roubo de coisas miúdas e trespasses malicioso ou ilegal." VA. CODE ANN. § 3.2-6585 (West, Westlaw current through 2009 Reg. Sess. cc. 2 & 3). Connecticut não alterou a sua legislação até 1949, quando foi aprovado o seguinte: "Todos os cães são considerados bens pessoais .... qualquer pessoa que rouba um cão pode ser processada na seção 22-351 ou nas

seções 53a-118 a 53-A-129, inclusive. "CONN. GEN. STAT. ANN. § 22-350 (West, Westlaw current through Gen. St., Rev. Jan. 1, 2009).

- <sup>16</sup> Em 1889 no Relatório Anual da ASPCA (Sociedade Americana para a Prevenção da Crueldade com Animais), encontra-se o seguinte: Aqueles. McCormac, [carregada com] levar cães para lutar na via pública. Uma senhora solicitou que o autor parasse exortando os cães de combate, mas ele respondeu insolentemente, e incentivou-os mais. Embora empenhado, ele foi preso por um dos agentes da sociedade. Percebendo o perigo, ele iniciou a gritar por misericórdia, e ainda apelou para a terra que ele tinha insultado. Condenado a servir cinco dias de prisão pelo juiz Kenna.

ASPCA, TWENTY-FOURTH ANNUAL REPORT for 1889, at 18 (1890), disponível em <http://www.animallaw.info/historical/articles/arusaspicareport1889.htm>.

- <sup>17</sup> Veja CHILDS, nota 15 *supra*, at 35. (Mesmo tão tarde como em 1914 Childs falou em termos de duas categorias de animais domésticos. Animais "Úteis" são mantidos para alimentação ou fibra, enquanto animais de "base natural" "são mantidos por capricho ou prazer, como gatos e cães.").

- <sup>18</sup> Geralmente se vê David Favre & Vivien Tsang, *The Development of Anti-Cruelty Laws During the 1800's*, 1993 Det. C.L. Rev. 1 (1993): "Um exemplo de um estatuto que reflete o conceito estrito de propriedade dos animais, que existia no início do século XIX, é encontrado na lei legislativa em Vermont.... Seção 2 indica em parte: Cada pessoa que deliberadamente e maliciosamente matar, ferir, mutilar ou desfigurar qualquer cavalo, ou cavalos, ou tipo cavalo, gado bovino, ovino, ou suíno de outra pessoa, ou deliberadamente ou maliciosamente administrar veneno a qualquer animal... será punido com prisão [de]... não mais que cinco anos, ou multa não superior a quinhentos dólares..."

*Id.* at 7 (quoting 1846 Vt. Laws 34.2). Note-se que nesta linguagem não existe qualquer dislegitimidade que proíbe o tratamento cruel com os animais em geral. A lista de animais protegidos foi limitada a animais com valor comercial, animais domésticos ou não animais selvagens. O objetivo desta lei era para proteger a propriedade comercialmente valiosa da interferência de outros, não para proteger os animais de dor e sofrimento infligido pelo proprietário. Finalmente, uma vez que a pena

era de até cinco anos de prisão, uma violação desta lei foi um crime, uma vez mais provas de proteção da propriedade.

- <sup>19</sup> N.Y. REV. STAT. §§ 375.2-.9 (1867).
- <sup>20</sup> Isto pode ser considerado como ocorrido mais cedo na Inglaterra. Em 1822 o Parlamento Inglês aprovou o *Martin Act* que aprovou normas humanas para alguns animais. “Os animais incluídos na lei deixaram de ser a mera propriedade de seus proprietários.” HENRY S. SALT, *ANIMALS’ RIGHTS* 6 (1894). Mas veja uma lei de 1821 em Maine sugerindo tentativas anteriores de uma preocupação com o bem-estar de alguns animais. Favre & Tsang, *supra* note 19, at 8 (citando ME. LAWS ch. IV, § 7 (1821)).
- <sup>21</sup> Dentro de alguns anos, os seguintes estados haviam adotado o mesmo padrão da legislação como a que está em Nova York com as duas novas leis penais e as criações nos estados de Sociedades para a Prevenção da Crueldade com Animais (“S.P.C.A.”): Massachusetts (Act for the More Effectual Prevention of Cruelty to Animals, MASS. GEN. LAWS ch. 344 (1869)), Pennsylvania (XXIV PA. STAT. ANN. §§ 7770-7783 (1920)), Illinois (Prevention of Cruelty to Animals Act, 1869 Ill. LAWS § 3), New Hampshire (1878 N.H. LAWS 281), e New Jersey (N.J. REV. STAT. §§ 64-82 (1873)). Em 1890 trinta e um estados tinham algum nível de organização Sociedade para a Prevenção da Crueldade com Animais. ASPCA, nota 17 *supra*, at 36. Geralmente se vê Richard D. RYDER, *ANIMAL REVOLUTION* 171-75 (1989).
- <sup>22</sup> Como exemplos de linguagem tradicional inicial, Veja CAL. PENAL CODE § 599b (West, Westlaw current through Ch. 1 of 2009 Reg. Sess., Ch. 12 of 2009-10 2d Ex. Sess., Ch.19 of 2009-10 3d Ex. Sess.) (acrescentando “a cada burra criatura “ao código, em 1905),), and MISS. CODE ANN. § 97-41-1 (1930), invalidados pelo Davis v. State, 806 So.2d 1098 (Miss. 2001) (Código de 1930 baseando a expressão “qualquer criatura vivente” em NY na lei de 1867).
- <sup>23</sup> Stevens v. State, 3 So. 458 (Miss. 1888).
- <sup>24</sup> Grise v. State, 37 Ark. 456 (1881).
- <sup>25</sup> Seção 1. Pena para o excesso, tratar cruelmente os animais, Etc. Se qualquer pessoa excede, sobrecarga, tortura, atormento, priva do necessário sustento, ou desnecessariamente ou cruelmente bate, ou mutila ou mata desnecessariamente. ou provoca ou adquire para ser excessivo, sobrecarregado, torturado, atormentado ou privados do necessário sus-

tento, ou para ser desnecessária ou cruelmente espancado, ou desnecessariamente mutilados, ou mortos como supracitado qualquer criatura vivente, todo infrator deve, para cada delito tal, ser culpado de um pequeno delito. N.Y. REV. STAT. §§ 375.2-9.

- <sup>26</sup> Seção 10. Ressalva. Nada contido neste ato será interpretado no sentido de proibir ou interferir em qualquer experimentos científicos ou investigações adequadamente conduzidos, experiências que devem ser efetuadas apenas sob a autoridade dos professores de alguns médicos regularmente incorporados faculdade ou universidade do estado de Nova York.
- <sup>27</sup> A lei atual de Michigan estabelece: (a) “A assistência adequada”, a oferta suficiente de alimentos, água, abrigo, condições sanitárias, exercício, cuidados médicos veterinários, a fim de manter um animal em um estado de boa saúde. MICH. COMP. LAWS ANN. § 750.50(1) (West, Westlaw current through P.A. 2008).
- <sup>28</sup> Veja Stephan K. Otto, *State Animal Protection Laws – The Next Generation*, 11 ANIMAL L. 131 (2005).
- <sup>29</sup> Do tratado de Powell sobre o direito de propriedade: Em qualquer fase da história humana o que prevalece na instituição da propriedade é essencialmente uma herança do passado. Esta herança, porém, está sujeita a constantes alterações. Estas mudanças representam esforços para trabalhar em adaptações aos novos problemas apresentados pelos novos ingredientes nos domínios político, econômico e filosófico na atmosfera do momento. O fato da mudança é um fenômeno cada vez mais presente na sociedade. POWELL, *supra* note 7, §11, at 22-24.
- <sup>30</sup> JOSHUA WILLIAMS, *PRINCIPLES OF THE LAW OF REAL PROPERTY* 223 (5th ed. 1879). Antes da formação dos EUA o ‘Common Law’ da Inglaterra também realizado sob a regra de que os machos promogênitores iria cair inerentemente em preferência aos herdeiros do sexo feminino. Em caso de morte de um marido a mulher tem o direito de obter a terra de seu marido (um terço do patrimônio vivo), mas o marido teria o direito de cortejar nas terras da sua esposa em sua morte, que foi todo o patrimônio.
- <sup>31</sup> Veja 41 Am. Jur. 2d, *Husband and Wife* §3 (2008). A ordem social em que o conceito legal de unidade entre marido e mulher era subordinada não existe mais. Durante o século XIX os *Married Women’s Emancipation Acts* foram aprovados em todas as jurisdições americanas. Estes foram con-

cebidos para atribuir as mulheres casadas, uma personalidade jurídica distinta e dar-lhes uma herança jurídica distinta em sua própria propriedade. São conferidos a uma mulher a capacidade de processar ou ser processado sem aderir ao marido e, geralmente, na medida em que terceiros foram envolvidos, fez a mulher responsável separadamente pelos seus próprios danos. A partir de uma data anterior foi reconhecido que o principal objetivo destes estatutos foi a de libertar a propriedade da mulher do controle de seu marido.

*Id. Geralmente se vê* KATHLEEN S. SULLIVAN, *CONSTITUTIONAL CONTEXT: WOMEN AND RIGHTS DISCOURSE IN NINETEENTH-CENTURY AMERICA* (2007); NORMA BASCH, *IN THE EYES OF THE LAW: WOMEN, MARRIAGE AND PROPERTY IN NINETEENTH-CENTURY NEW YORK* (1982). Em ambos os livros o processo jurídico de mudança é encontrado como muito lento, ao longo de décadas, e não uma vez em um grande evento. O sistema jurídico mudou relutantemente, mas não foi transformado em qualquer ponto de uma vez. *Veja também* POWELL, nota 7 *supra*, ¶ 117, at 447-53 (“Married Persons - Historical Background”).

<sup>32</sup> *Geralmente se vê* DORIS WEATHERFORD, *A HISTORY OF THE AMERICAN SUFFRAGIST MOVEMENT* (1998).

<sup>33</sup> *Veja* 18 PA. CONS. STAT. ANN. § 5511 (Como um pequeno exemplo das diferentes categorias de animais que receberam um tratamento diferente, considere algumas das disposições Lei Anti-Crueldade da Pensilvânia. De acordo com esta lei uma pessoa: [C]omete um **delito do segundo grau** se premeditadamente e maliciosamente... mata, aleja ou desfigura qualquer animal doméstico de outra pessoa; [C]omete um **crime de terceiro grau** se ele premeditadamente e maliciosamente... mata, aleja ou desfigura qualquer *animal do zoológico* em cativeiro; [C]omete um **delito do primeiro grau** e se ele premeditadamente maliciosamente... mata, aleja, mutila, tortura ou desfigura qualquer *cão ou gato*, se pertencer a si próprio ou de outra forma.

*Id.* (sublinhado nosso). O mesmo ato tem três níveis de punição quando não dependendo da espécie animal ou mesmo o valor de mercado do animal, mas da categoria do animal – bichinho de estimação, animal de zoológico, ou outra categoria geral. Isto não é racional a partir da perspectiva dos animais. Isto só faz sentido no contexto do que é politicamente importante / aceitável dentro das legislaturas humanas.

<sup>34</sup> *Veja* notas *supra* e acompanhando o texto

- <sup>35</sup> Não confundir este direito com a prática de questões processuais de como o direito se afirmaria.
- <sup>36</sup> MICH. COMP. LAWS ANN. § 750.50(b) (West, Westlaw current through P.A. 2008) (“(2) uma pessoa não deve fazer o seguinte, sem justa causa: (a) deliberadamente matar, torturar, mutilar, mutilar ou desfigurar um animal.”).
- <sup>37</sup> Id. § 750.50.
- <sup>38</sup> Esta disparidade de direitos cresce mais a partir da realidade de que os gatos têm uma visibilidade social elevada com seres humanos e, portanto, mais capital político, ao invés de qualquer valor inerente gatos têm mais de frangos.
- <sup>39</sup> Seção 8 da lei anti-crueldade de Nova Iorque estabelece: Seção 8. Qualquer agente da Sociedade Americana para a Prevenção da Crueldade com Animais, ao ser designado pelo seu xerife para qualquer acusação neste estado, pode, dentro dessa acusação, fazer detenções e levar a qualquer tribunal ou magistrado, com competência, os infratores encontrados violando as disposições da presente lei, e todas as multas aplicadas e cobradas em tais acusações, ao abrigo do disposto na presente lei, deve continuar em vigor da referida sociedade, em auxílio dos objetos benevolente para o qual foi incorporado. N.Y. REV. STAT. §§ 375.2-.9 (1867). Assim, a ASPCA tinha o poder de detenção, de perseguir e de receber quaisquer multas impostas - um espantoso exercício de poder legal por um grupo privado.
- <sup>40</sup> Em 1889 a ASPCA processou 949 casos nos tribunais. ASPCA, nota 17 *supra*, em 17.
- <sup>41</sup> N.C. GEN. STAT. ANN. § 19A-2 (West, Westlaw current through end of 2008 Reg. Sess.) (“Deve ser o objetivo do presente artigo fornecer uma solução para a proteção civil e tratamento humano dos animais, além de quaisquer outras sanções penais que estão disponíveis.”). Esta questão é discutida em detalhes em uma artigo de revisão de lei, William Reppy Jr., *Citizen Standing To Enforce Anti-Cruelty Laws By Obtaining Injunctions: The North Carolina Experience*, 11 Animal L. 39 (2005).
- <sup>42</sup> Animal Legal Defense Fund v. Woodley, 640 S.E.2d 777 (N.C. Ct. App. 2007).

- <sup>43</sup> Em 23 de dezembro de 2004, o demandante apresentou uma queixa contra réus procurando ordens judiciais preliminares e permanentes no âmbito do Remédio Civil da Carolina do Norte do estatuto de Proteção dos Animais, N.C. GEN. STAT. ANN. § 19A-1 (West, Westlaw current through end of 2008 Reg. Sess.). O queixoso alegou que os argüidos abusaram e negligenciaram um grande número de cães (assim como algumas aves) na sua posse. Neste caso, (argüidos) apelaram e perderam todos os direitos dos argüidos sobre os animais e concedeu-se uma ordem de custódia temporária dos animais para o Fundo para Defesa Legal dos Animais.
- <sup>44</sup> No recurso, os argüidos alegam que a Seção 19A é inconstitucional, na medida em que pretende conceder legitimidade para pessoas que tenham sofrido qualquer prejuízo, e que viola o artigo IV, Seção 13 da Constituição da Carolina do Norte, através da concessão de legitimidade através de um estatuto. O tribunal declarou que “Artigo IV, Seção 13... simplesmente” aboliu a distinção entre as ações da lei e ações em equidade “... em vez de colocar as limitações na capacidade do legislador de criar ações por lei”, ao contrário da interpretação do argüido Fundo para Defesa Legal dos Animais, nota 43 *supra*, na 779 (citando Reynolds v. Reynolds, 182 S.E. 341, 369 (1935)).
- <sup>45</sup> *Veja* Pleadings, Animal Legal Defense Fund v. Conyers, No. 07CVD17739 (N.C. 2007), disponível em <http://www.animallaw.info/pleadings/pbusncconyers.htm>. O querelante procurou ordens judiciais preliminares e permanentes nos termos da NF GEN. STAT. §§ 19A-1 - 19A-4 contra a Ré Janie Conyers, que verificou-se que 106 animais viviam em sua casa em condições deploráveis. O querelante também movido por uma ordem nos termos do NF GEN. STAT. § 19A-4 encerra todos os interesses de posse dos animais apreendidos e à adjudicação de custódia e direitos de posse da ALDF. A maioria dos animais sofriam de problemas orais e de pele crônicos devido a negligência. *Veja* Fundo para Defesa Legal dos Animais, *Animal Legal Defense Fund Sues to Rescue 100+ dogs from Real Life House of Horrors in Raleigh*, Oct. 31, 2007, <http://www.aldf.org/article.php?id=468>.
- <sup>46</sup> Order Appointing Guardian Ad Litem, In re Fla. Chimpanzee Care Trust, No. CP-02-1333-IY (Prob. Div. Palm Beach County Cir. Ct., Apr. 1, 2002) (em arquivo com o autor). (“Ela é ordenada: 1. CS é nomeado como tutor ad litem para representar os interesses dos beneficiários da tutela no futuro todas as questões envolvendo a Tutela; e 2. As taxas ra-



zoáveis para CS atuar como tutor *ad litem* para beneficiários da Tutela serão pagas a partir dos ativos da tutela.”).

- <sup>47</sup> Order Appointing Guardian Ad Litem, In re Estate of Ronald W. Callan Jr., No. D-2252 (Shelby County Prob. Ct., Mar. 20, 2007) (em arquivo com o autor). (“É, portanto, julgado e decreta que: 2. O guardião *ad litem* tem um dever com esta Corte Honorável de investigar imparcialmente e determinar os fatos para a Corte. O guardião *ad litem* não advoga para o cão, mas tem o dever de determinar o que é melhor para o bem-estar do cão.”).
- <sup>48</sup> Second Order as to Disposition and Appointing Guardian/Special Master, U.S. v. Approximately 53 Pit Bull Dogs, No. 3:07-CV397 (E.D. Va. Oct. 15, 2007), *disponível em* [http://www.animallaw.info/pleadings/pb\\_pdf/pbusvick\\_order\\_appointing\\_guardian.pdf](http://www.animallaw.info/pleadings/pb_pdf/pbusvick_order_appointing_guardian.pdf) “1. Rebecca J. Huss é nomeada como tutora / mestre especial para considerar opções apropriadas para a dislegitimidade final dos restantes 48 cães pitbull anteriormente perdidos para os Estados Unidos. 2. Professora Huss deve ter os seguintes poderes e deveres a cumprir as suas obrigações: (a) Considere disposições e opções de posicionamento como ela considere adequado para a dislegitimidade final dos restantes cães.”); Motion for Second Order as to Disposition and Appointing Guardian/Special Master, U.S. v. Approximately 53 Pit Bull Dogs, No. 3:07-CV397 (E.D. Va. Oct. 15, 2007), *available at* [http://www.animallaw.info/pleadings/pb\\_pdf/pbusvick\\_motion\\_to\\_appoint\\_guardian.pdf](http://www.animallaw.info/pleadings/pb_pdf/pbusvick_motion_to_appoint_guardian.pdf).
- <sup>49</sup> Para exemplos de estatutos, que prevêm nomeações de tutores para crianças, Veja: ALASKA STAT. § 13.26.055 (Westlaw current through 2008 2d Reg. & 4th Spec. Sess. of 25th Legis.) (“O tribunal pode nomear como guardião qualquer adulto cuja nomeação seria do melhor interesse do menor...”); WIS. STAT. ANN. § 48.977 (West, Westlaw current through 2008 2d Reg. & 4th SP. Sess. of 25th Legis.) (Nomeação é permitida quando a criança é considerada “em necessidade de proteção ou de serviços...”); MICH. COMP. LAWS ANN. § 700.5212 (West, Westlaw current through P.A. 2008) (“O tribunal pode nomear uma pessoa como tutor cuja nomeação serve o bem-estar do menor...”). *Geralmente se vê* Peter Mosanyi, Comment, *A Survey of State Guardianship Statutes: One Concept, Many Applications*, 18 J. AM. ACAD. MATRIM. LAW. 253 (2002).
- <sup>50</sup> UNIF. TRUST CODE § 408 (amended 2005). Tutela para Cuidados com o Animal: (a) A tutela pode ser criada para assegurar os cuidados para

um animal vivo durante o a vida. A tutela que termina com a morte do animal ou, se a tutela foi criada para assegurar o atendimento a mais de um animal vivo durante a vida, até a morte do último sobrevivente dos animais; (b) A tutela autorizada por esta seção pode ser executada por uma pessoa nomeada, nos termos da tutela ou, se nenhuma pessoa é nomeada, por uma pessoa designada pelo tribunal. Uma pessoa que tenha um interesse no bem-estar do animal pode solicitar ao tribunal a nomeação de uma pessoa para fazer valer a tutela ou para remover uma pessoa designada.

- <sup>51</sup> ARIZ. REV. STAT. ANN. § 14-2907 (Westlaw current through end of 48<sup>th</sup> Legis. 2d Reg. Sess. 2008). Honorários das tutelas; tutela para animais de estimação; condições. B. Uma tutela para os cuidados de um animal doméstico designado é válido. A tutela termina quando nenhuma vida animal é abrangida pela tutela. Um instrumento que rege será amplamente interpretado de forma a trazer a transferência dentro desta subseção, a presunção de simples precatório ou contra a natureza dos honorários e dislegitimidade para realizar as intenções gerais do cedente. Extrínseca prova é admissível na determinação das intenções do cedente.
- <sup>52</sup> State v. Wrobel, 207 A.2d 280 (Conn. Cir. Ct. 1964). Cão de guarda de East Hartford tinha sido considerado culpado de crueldade contra animais, devido à violência usada como ele procurou a rodada de cães para tomar ao abrigo. Condenação foi anulada em recurso. O que é a crueldade em um conjunto de circunstâncias não pode ser crueldade noutra. A questão da justificação, acreditamos, foi considerada demasiado abruptamente. Foi deixada ao júri para determinar se o réu foi justificado em fazer o que ele fez. Além disso, a explicação, ao que parece, era necessária, o que aponta para a extensão e limites do dever do argüido e da autoridade como cão de guarda: que no exercício de seu dever, não só ele pode recorrer à força, bater, ferir ou matar um cão, mas pode ser obrigado a fazê-lo; que a aplicação dessa força, embora possa parecer ser cruel para passantes, que não estão sob responsabilidade de agir, pode ser possível e razoável para realizar a captura e o confisco de ofender o cachorro, e, portanto, não dentro do significado da crueldade. Id. em 284-85.
- <sup>53</sup> Winter v. Natural Resources Defense Council, Inc., 129 S.Ct. 365 (2008).
- <sup>54</sup> Conforme descrito pela Corte: O Ato Nacional da Política Ambiental de 1969 (NEPA) National Environmental Policy Act of 1969 (NEPA), 83 Stat.

852, requer agências federais “na medida do possível” para preparar uma Declaração de Impacto Ambiental (EIS) para “cada... grande ação Federal que afetam significativamente a qualidade do ambiente humano.” 42 U. S. C. §4332(2)(C) (2000 ed.). Uma agência não é obrigada a elaborar um EIS completo determina-se - com base em um curto Avaliação Ambiental (EA) - que a ação proposta não terá um impacto significativo sobre o ambiente. 40 CFR §§1508.9(a), 1508.13 (2007). *Id.* at 372.

<sup>55</sup> A Supremo Corte explicou as alegações de danos dos demandantes como segue: Eles alegam que o sonar MFA pode causar danos muito mais graves para os mamíferos marinhos dos que a Marinha reconhece, incluindo a perda auditiva permanente, doença de descompressão, e grandes perturbações comportamentais. De acordo com os demandantes, vários massas de encalhes de mamíferos marinhos (fora do SOCAL) têm sido “associados”, com a utilização de sonares ativos. Eles argumentam que certas espécies de mamíferos marinhos - como baleias-bico - são exclusivamente suscetíveis a lesões provocadas por sonares ativos, estas lesões não são necessariamente detetadas pela Marinha, uma vez que baleias-bico são “mergulhadoras muito profundas” que passam pouco tempo na superfície. *Id.* at 371.

<sup>56</sup> Como afirmado pela Supremo Corte: A Corte de Apelações ainda determinou que os demandantes tinham carregado a sua carga de criação de uma “possibilidade” de prejuízo irreparável. Mesmo sob os próprios valores da Marinha, a corte concluiu, que os exercícios de treino causariam 564 danos físicos para os mamíferos marinhos, bem como 170, 000 distúrbios de comportamento de mamíferos marinhos. *Id.*, at 696. Por último, a Corte de Apelações decidiu que o saldo de sofrimento e consideração do interesse público pesou em favor do demandante. *Id.* at 374.

<sup>57</sup> *Id.* at 378.

<sup>58</sup> O tribunal teve de intervir em termos dos interesses dos demandantes, uma vez que têm legitimidade nos termos do NEPA e as baleias não. Embora seja certamente verdade que os nossos conceitos de legitimidade sob os seres humanos têm um interesse cognoscível em assistir as baleias, os autores também são substitutos para os interesses das baleias. A Lujan baseado no “ofensa” do homem, neste caso, abre a porta para o tribunal considerar o verdadeiro dano físico que as baleias sofreriam quando sujeitas a explosão de sonar de alta intensidade.

- <sup>59</sup> Justiça Ginsburg and Justiça Souter divergiram. Justice Ginsburg escreveu: Gostaria de declarar que, ao impor medidas para atenuar os danos geríveis até à conclusão do EIS, a Corte Distrital conscientemente equilibró as ações e não abusou da sua discricão. *Id.* at 387.
- <sup>60</sup> Editorial, *Sonar Over Whales*, **N.Y. Times**, Nov. 17, 2008, disponível em [http://www.nytimes.com/2008/11/15/opinion/15sat3.html?\\_r=1&scp=1&sq=whales%2C+navy+sonar+&st=nyt](http://www.nytimes.com/2008/11/15/opinion/15sat3.html?_r=1&scp=1&sq=whales%2C+navy+sonar+&st=nyt).
- <sup>61</sup> Mais de uma geração atrás um artigo argumentou para os direitos das baleias: Sudhir K. Chopra, *Whales: Toward a Developing Right of Survival as Part of an Ecosystem*, 17 *Denv. J. Int'l L. & Pol'y* 255 (1989). Conforme discutido nas notas supra \_\_, a Suprema Corte dos EUA ponderou os os interesses das baleias de serem livres dos efeitos negativos do estrondo sônico. Além disso, o Projeto dos Grandes Macacos visa estabelecer os direitos para os grandes macacos. Veja *Great Ape Project: Declaration on Great Apes*, <http://www.greatapeproject.org/declaration.php> (last visited Mar. 2, 2009). Também Veja Lee P. Breakenridge, *Can Fish Own Water?: Envisioning Nonhuman Property in Ecosystems*, 20 *J. Land Use & Env'tl. L.* 293 (2005) (discutindo a necessidade de modificar os conceitos do direito de propriedade em face da complexidade da gestão de recursos ecológicos da natureza).
- <sup>62</sup> Este movimento para a mudança realizou algum sucesso com a mudança de termos como “guardião” ocorrendo em 20 cidades e no estado de Rhode Island. Diane Sullivan & Holly Vietzke, *An Animal Is Not An IPod*, 4 *J. ANIMAL L.* 41, 44-45 (2008).
- <sup>63</sup> Novas informações sugerem que magpies poderão aderir à elite da lista de animais auto-determinados, quando eles mostraram auto reconhecimento olhando nos espelhos. Bruce Bower, *Magpies check themselves out: reactions to mirror image*, *Sci. News*, Sept. 13, 2008, at 10.
- <sup>64</sup> *Geralmente se vê* FAVRE & BORCHELT, nota 16 *supra*, at 36-43.
- <sup>65</sup> Em um dos primeiros artigos sobre esta questão, um estudioso sugeriu que as plantas, como parte de um ecossistema, merecem uma especial legitimidade processual. Veja Christopher Stone, *Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects* 45 *S. CAL. L. REV.* 450 (1972).
- <sup>66</sup> Essa proteção parece ocorrer mais com a preocupação de salvar a diversidade do ecossistema do que preocupação ética com as próprias plan-

tas. Sob o U.S. Endangered Species Act, plantas que são encontradas ou postas em perigo ou ameaçadas recebem proteção contra a destruição humana. 16 U.S.C.A. § 1538(a) (West, Westlaw current through P.L. 111-4 approved Feb. 11, 2009).

<sup>67</sup> Considere o seguinte: Em abril de 2008, a Confederação Suíça, convocou a Comissão de Ética Federal sobre Biotecnologia Não-Humana (ECNH) para ponderar a questão dos direitos das plantas. Filósofos, geneticistas, advogados e teólogos se reuniram para contemplar a “consideração moral das plantas no seu próprio interesse.” Ao citar o comunidades de plantas e animais ao nível molecular e celular, aqueles reunidos determinaram que as plantas têm valor intrínseco e seus próprios interesses, portanto, merecem proteção. O Comitê decidiu que as plantas, tal como outros organismos vivos, devem ser consideradas como parte da “comunidade moral”, como eles são seres vivos capazes de experimentar efeitos bons e ruins na sua sobrevivência. Alguns palestrantes expressaram a convicção de que as plantas realmente têm sentimentos. A filosofia da vida vegetal concebida pelos participantes foi publicada em um relatório intitulado, “The Dignity of Living Beings With Regard to Plants: Moral Consideration of Plants for Their Own Sake.” Janet Levy, *People for the Ethical Treatment of Plants and Rivers*, AM. THINKER, Dec. 8, 2008, [http://www.americanthinker.com/2008/12/people\\_for\\_the\\_ethical\\_treatme.html](http://www.americanthinker.com/2008/12/people_for_the_ethical_treatme.html). For the Committee’s Report, Veja Federal Ethics Committee on Non-Human Biotechnology (ECNH), *The Dignity of Living Beings with Regard to Plants* (2008), disponível em <http://www.ekah.admin.ch/fileadmin/ekah-dateien/dokumentation/publikationen/e-Broschure-Wurde-Pflanze-2008.pdf>.

<sup>68</sup> Por exemplo: “[T]oda criatura estúpida,” CAL. PENAL CODE § 599b (West 2009), adicionado ao código, em 1905; “Qualquer criatura vivente,” MISS. CODE ANN. § 97-41-1 (1930), invalidados por *Davis v. State*, 806 So.2d 1098 (Miss. 2001), a 1930 code based on N.Y.’s 1867 law; and “[T]oda criatura viva exceto os membros do a raça humana” MINN. STAT. § 343.20(2) (2009), added pre-1900.

<sup>69</sup> Veja, por exemplo, VA. CODE ANN. §3.2-6500 (West, Westlaw current through end of 2008 Sp. Sess. II & 2009 Reg. Sess. cc. 2 & 3) “[Q] uaisquer espécies de vertebrados não humanos exceto peixes”; revisões substanciais das leis da crueldade em 1990); Veja também MICH. COMP. LAWS ANN. § 750.50(1)(b) (West., Westlaw current through P.A. 2008) (“Vertebrados que não sejam seres humano”).

- <sup>70</sup> Para um profundo debate sobre as consequências de ver animais como indivíduos, Veja Joseph Vining, *The Mystery of the Individual in Modern Law*, 52 Vill. L. Rev. 1 (2007).
- <sup>71</sup> Em janeiro de 2008 foi anunciado que aos tigres da Índia seriam dados cartões de identificação individuais. Veja Apinya Wipatayotin, *Tigers get own ID cards*, BANGKOK POST, Jan. 16, 2009, disponível em <http://www.bangkokpost.com/news/local/9807/tigers-get-own-id-cards>.
- <sup>72</sup> JANE GOODALL, *THE CHIMPANZEES OF GOMBE: PATTERNS OF BEHAVIOR* (1986).
- <sup>73</sup> Existem 18 grupos familiares de gorilas da montanha que tem sido estudados até ao ponto em que eles são facilmente identificáveis pelos seus “noseprints”, por olegitimidade aos dactiloscópicos humanos. O Programa Internacional de Conservação Gorila tem informações relativas a esses gorilas, bem como álbuns da família mostrando as fotos de 7 famílias de gorila da montanha de Ruanda facilmente identificáveis. As imagens mostram cada gorila juntamente com o seu nome. Veja International Gorilla Conservation Programme, Mountain gorillas, [http://www.igcp.org/gorillas/gorillas\\_mountain.htm](http://www.igcp.org/gorillas/gorillas_mountain.htm) (last visited Mar. 2, 2009).
- <sup>74</sup> Esta análise paralela feita para legitimidade organizacional. Para uma discussão geral da legitimidade homem no tradicional contexto do direito animal, Veja DAVID S. FAVRE, *ANIMAL LAW: WELFARE, INTERESTS, AND RIGHTS* ch. 9 (2008).
- <sup>75</sup> Veja Pound, nota 8 *supra*, at 17 (“Conflitos de concorrência entre os interesses surgem devido à concorrência dos particulares entre si, com a concorrência de grupos ou associações ou sociedades dos homens uns com os outros, e da concorrência dos indivíduos com tais grupos, ou associações ou sociedades, no esforço humano para satisfazer pedidos e necessidades e desejos”).
- <sup>76</sup> Para este artigo, as consequências de DNA são o ponto inicial de análise. Quando veio de DNA ou como ele evoluiu não é necessário discutir. Uma discussão sobre a natureza do DNA é fundamental para qualquer curso de biologia, e, portanto, parte de muitos livros. Veja C.R. CALLADINE & HORACE R. DREW, *UNDERSTANDING DNA: THE MOLECULE & HOW IT WORKS* (1992); KARL DRLICA, *UNDERSTANDING DNA AND GENE CLONING: A GUIDE FOR THE CURIOUS* (4th ed. 2004).

<sup>77</sup> *Veja* RICHARD DAWKINS, *THE SELFISH GENE* (1976). Nós somos máquinas de sobrevivência, mas “nós” não significa apenas pessoas. Abarca todos os animais, plantas, bactérias e vírus... Somos todos máquinas de sobrevivência para o mesmo tipo de moléculas-replicadoras chamadas de DNA, mas existem muitas maneiras diferentes de fazer uma vida no mundo, e os replicadores tem construído uma vasta gama de máquinas para explorá-lo. Id. a 23.

<sup>78</sup> Por exemplo, tem havido uma tentativa de reconhecimento dos interesses dos nossos primos genéticos, o chimpanzé, na vida continuada. Em 2000 o Congresso aprovou o Chimpanzee Health Improvement, Maintenance, and Protection Act. 42 U.S.C. 287a -3a. A questão antes do Congresso foi o que deveria ser feito para ou com os mil chimpanzês de mais longa vida que foram parte do sistema de investigação federal dos EUA por muitos anos, mas já não são necessários ou procurados para investigação. Uma comissão especial do Conselho Nacional de Pesquisa examinou a questão e considerou que a continuação do laboratório como habitação para chimpanzês é caro, especialmente quando o animal não mais parte ativa da investigação. A alternativa financeiramente mais barata seria fazer eutanásia nos animais desnecessários. No entanto, esta opção foi rejeitada pela Comissão, e, em última instância, pelo Congresso também. A opção sugerida pela Comissão de Investigação e aprovada pelo Congresso foi a criação de santuários de retiro que seriam operados, e apoiados por parte do Congresso e de organizações privadas sem fins lucrativos. David S. Favre, *Judicial Recognition of the Interests of Animals-A New Tort*, 2005 MICH. ST. L. REV. 333, 348 (2005). *Veja também* CHIMPANZEE HEALTH IMPROVEMENT, MAINTENANCE AND PROTECTION ACT, S. REP. No. 106-494, at 3 (2000) “O direito do chimpanzé foi concebido para proporcionar uma boa relação custo-benefício e uma solução humana para o problema do excedente de chimpanzês na investigação.”). A partir do início de 2009, enquanto mais de 1100 chimpanzês continuam em investigação, mais de 100 são aposentados em Chimp Haven. *Veja* Chimp Haven: Our History, <http://www.chimphaven.org/about-history.cfm> (last visited Feb. 13, 2008).

<sup>79</sup> Esta discussão destaca a necessidade de espaço vital para os seres vivos a partir do conceito de liberdade para o indivíduo. Requisitos da liberdade das pessoas não fazem parte do reino da propriedade viva. Um caminho para os direitos dos animais sugerido por outras pessoas seria uma ação judicial com base em *habeas corpus*. Assim, um jardim zooló-

gico ou um laboratório de pesquisa pode ser demandado em nome da posse de um chimpanzé para libertá-lo de um lugar como uma pessoa legal com a liberdade de liberdade pessoal. De acordo com os princípios do presente artigo, o chimpanzé não podia queixar-se ao fato de propriedade e, portanto, a posse, mas poderia muito bem se queixar de que seus interesses, de condições adequadas (espaço), foram violados.

<sup>80</sup> Do mesmo modo, para dar aos cães autores, 100£ Grandes Pirinéus, total liberdade pessoal, poria em risco os cães, carros em situação de risco e outros em risco. Novamente, é uma questão que o juízo de seu benefício da liberdade total não parece ser tão importante quanto as proteções de retenção para a realização de outros interesses, tal liberdade de dor e sofrimento. Gatos, é claro, são outra questão. Os gatos têm muitas vezes plena liberdade, mas o risco negativo de liberdade para eles e para outros é muito menor do que com os cães ou ovelhas. Outros proprietários de gatos pesam na balança a proteção *versus* liberdade diferenciada. Talvez o risco de danos a outros pequenos animais, camundongos e pássaros pesem mais na balança, restringindo a liberdade do gato.

<sup>81</sup> Na primeira parte da cartilha CRIBBET & JOHNSON sobre o direito propriedade que começam com um referência animal. Eles começam a reconhecer que um cachorro tem um certo interesse na posse de bens pessoais, nomeadamente um osso, que outros animais e seres humanos ainda devem dar uma certa quantidade de respeito. Mas, como se recorda, a proteção do osso pela força bruta e a astúcia não originam um direito de propriedade, isto é, a lei no momento não reconhece que o cachorro tem interesse em possuir o osso. Veja John E. CRIBBET Corwin W. & JOHNSON, PRINCÍPIOS DO DIREITO DE PROPRIEDADE 4 (3d ed. 1989). Mas não há motivo conceitual para não poder.

<sup>82</sup> Comparar o sistema de aposentadoria previsto pela legislação federal para o chimpanzé, nota *supra* \_\_, com o *status* de ratos ou camundongos que também são usados em experiências. Não são só os ratos que não têm um sistema de aposentadoria, mas eles são especificamente excluídos da proteção do Animal Welfare Act. 7 U.S.C.A. § 2132(g) (West, Westlaw current through P.L. 111-4 approved Feb. 11, 2009).

<sup>83</sup> Para um exemplo de paralelo entre a natureza do interesse humano e do animal de estimação e como eles poderiam resultar em direitos paralelos no mundo dos delitos, Veja Favre, nota 79 *supra*, at 333.



- <sup>84</sup> Veja Amanda Bosky, Comment, *Ashes To Ashes: Secondhand Smoke Meets A Timely Death In Illinois*, 39 Loy. U. Chi. L.J. 847, 851 (2008) (“A principal razão para a acentuada descida mude na prevalência do tabagismo é simples-conhecimento.”). *Geralmente se vê* Robert Kagan & David Vogel, *The Politics of Smoking Regulation: Canada, France, the United States*, in *SMOKING POLICY: LAW, POLICY, AND CULTURE* 22-48 (Robert Rabin & Stephen Sugarman eds., 1993).
- <sup>85</sup> Bosky, nota 85 *supra*, at 851-65.
- <sup>86</sup> Veja a linha do tempo dos eventos na *REGULATING TOBACCO* 17-19 (Robert Rabin & Stephen Sugarman eds., 2001).
- <sup>87</sup> Novas informações empurram o debate jurídico e políticas públicas para frente. Um relatório 2009 quer sugerir um novo nível de preocupação para questões de fumo. *Veja* Roni Caryn Rabin, *A New Cigarette Hazard: ‘Third-Hand Smoke’* N.Y. Times, Jan. 2, 2009, available at [http://www.nytimes.com/2009/01/03/health/research/03smoke.html?\\_r=1&em](http://www.nytimes.com/2009/01/03/health/research/03smoke.html?_r=1&em).
- <sup>88</sup> Para alguma discussão sobre qualidade de vida para os animais, geralmente se vê TEMPLE GRANDIN & CATHERINE JOHNSON, *ANIMALS MAKE US HUMAN: CREATING THE BEST LIFE FOR ANIMALS* (2009).
- <sup>89</sup> *Veja* David Favre, *Laboratory Animal Act: A Legislative Proposal*, 3 PACE ENVTL. L. REV. 123 (1986).
- <sup>90</sup> Será possível, no futuro, alterar as regras da propriedade, para que determinadas categorias de animais, como primatas e baleias, pura e simplesmente não estejam disponíveis para a captura, para se tornar propriedade. Neste momento, a tomada de alguns animais silvestres das espécies ameaçadas é limitada sob ato de proteções. Para ir a um passo mais longe, primatas e baleias em seu habitat natural poderiam ser declarados legalmente incapazes de se tornar propriedade por captura ou morte, independentemente do seu *status* de espécies ameaçadas. leis humanas podem decidir excluir espécies do reino do direito de propriedade.
- <sup>91</sup> A regra de *Pierson v. Post*, 3 Cai. 175 (N.Y. Sup. Ct. 1805), deve manter-se como base de um ponto de análise. Perseguição a raposa não é suficiente certamente, dominação e controle da raposa é o gatilho que concede o título a raposa ou a outros animais selvagens. FAVRE & BORCHELT, *supra* note 16, at 26-27.

- <sup>92</sup> FAVRE & BORCHELT, nota 16 *supra*, at 25-26.
- <sup>93</sup> Para uma discussão de algumas das preocupações políticas que surgem com a clonagem, Veja Adrienne N. Calhoun Cash, *Invasion of the Clones: Animal Cloning and the Potential Implications on the Future of Human Cloning and Cloning Legislation in the United State, the United Kingdom and Internationally*, 82 U. DET. MERCY L. REV. 349 (2005). No mundo da clonagem o seu animal de estimação cão (US\$ 150.000 + em um laboratório), é uma empresa comercial em que a propriedade do novo cachorro pertence à pessoa a quem pertence o velho cão que fornece o DNA e paga para o procedimento. Veja Eric Konigsberg, *Beloved Pets Everlasting?*, N.Y. Times, Jan. 1, 2009, at D1, disponível em <http://www.nytimes.com/2009/01/01/garden/01clones.html?pagewanted=1&em>
- <sup>94</sup> O GloFish pode muito bem ter sido o primeiro produto comercial de engenharia transgênica. Veja GloFish Fluorescent Fish FAQ, <http://www.glofish.com/faq.asp> (last visited Mar. 2, 2009). Geralmente se vê Andrew B. Perzigian, *Genetic Engineering and Animal Rights: The Legal Terrain and Ethical Underpinnings* ANIMAL LEGAL AND HISTORICAL CENTER, 2005, <http://www.animallaw.info/articles/ddusgeneticeng.htm#IIA>.
- <sup>95</sup> O Congresso dos EUA em 2008 quase terminou a passagem de uma lei que teria proibido a venda de chimpanzés. Veja H.R. REP. No. 110-2964 (2008). Veja também Joshua Rhett Miller, *Chimpanzee Attack Revives Calls for Federal Primate Law*, FOX NEWS, Feb. 18, 2009, <http://www.foxnews.com/story/0,2933,495787,00.html>.
- <sup>96</sup> Enquanto os legisladores parecem dispostos a equilibrar os interesses dos lucros corporativos e o bem-estar de suínos através da adoção de legislação protetora, mais recentemente, a aprovação da lei pelo referendo ao eleitor mudou a lei para o bem-estar dos suínos. No Outono de 2008, os eleitores da Califórnia aprovaram Prop 2, que banii a manutenção de frangos, bovinos e suínos em pequenas áreas de confinamento, embora a data de execução seja adiada até 2015. “Com a adoção Prop 2 os californianos votaram retumbantemente para libertar das gaiolas cerca de 20 milhões de galinhas poedeiras de ovos-tiny” Carla Hall & Jerry Hirsch, *Prop. 2 unlikely to hike egg prices*, L.A. Times, Nov. 6, 2008, at C-1.
- <sup>97</sup> Veja Gary Francione, *Animals-Property or Persons?*, in ANIMAL RIGHTS: CURRENT DEBATES AND NEW DIRECTIONS 134 (Cass Sunstein & Martha Nussbaum eds., 2004). Professor Francione é um membro vocal da perspectiva abolicionista. E se o tratamento dos animais como recursos não

pudesse ser justificado, então deveríamos abolir a exploração institucionalizada dos animais. Devemos cuidar dos animais domésticos atualmente vivos, mas não devemos levar mais em existência.

*Id.* Este é um debate de âmbito internacional. Veja HERON JOSE SANTANA GORDILHO, *ABOLICIONISMO ANIMAL* (2008) (escrito em Português e publicado no Brasil).

- <sup>98</sup> Em 1999, Virgínia aprovou a seguinte dislegitimidade: É ilegal para qualquer pessoa vender uma peça com o couro, pêlo, ou pele de animal abatido que ele sabe ser de um cão ou gato doméstico. A violação do disposto nesta seção deve ser punida com uma multa de não mais de U\$ 10.000. VA. CODE ANN. § 3.2-6589 (West, Westlaw current through end of 2008 Sp. Sess. II & 2009 Reg. Sess. cc. 2 & 3). Esta é também a lei federal. Veja 19 U.S.C.A. § 1308 (West, Westlaw current through P.L. 111-4 approved Feb. 11, 2009).
- <sup>99</sup> Veja STEVE M. WISE, *RATTLING THE CAGE: TOWARD LEGAL RIGHTS FOR ANIMALS* (2002). No Brasil um caso procurou estabelecer os direitos legais para animais mediante a apresentação de uma ação de *habeas corpus* para um chimpanzé, mas, infelizmente, o chimpanzé morreu antes que uma decisão pudesse ser proferida. Veja em re Suíça, Correio da Bahia, No. 833085-3/2005, 28 Sept, 2005, (Brasil), disponível em <http://www.animallaw.info/nonus/cases/cabrsuicaeng2005.htm>.
- <sup>100</sup> MICH. COMP LAWS § 750.50(11)(d), (f) (2008).
- <sup>101</sup> Califórnia, em 2008 fez um julgamento por iniciativa eleitoral quando Proposition 2 foi aprovada. O fornecimento industrial comum proíbe práticas que envolvem confinamento de suínos, frangos e bovino. Veja, nota 97 *supra*.
- <sup>102</sup> Para uma discussão sobre as dificuldades para as leis do bem-estar dos animais serem eficazes, Veja Mariann Sullivan & David Wolfson, *The Regulation of Common Farm Practices, in ANIMAL LAW AND THE COURTS: A READER* 78-131 (Taimie L. Bryant, Rebecca Huss & David Cassuto eds., 2008).
- <sup>103</sup> Discussão pela lei do cão perigoso, geralmente se vê FAVRE, nota 75 *supra*, at 180-93.
- <sup>104</sup> Stephen I. Burr, *Toward Legal Rights for Animals*, 4 ENVTL. AFF. 205 (1975). *A Natureza de um Direito* - Numa sociedade como a nossa, onde relacio-

namentos formais inter-humano e humano-governamentais são controlados pela legislação, o montante de proteção que alguém recebe é em função dos direitos que detém. Fundamentalmente, um direito envolve a garantia por parte da sociedade que, quando uma outra pessoa age incoerentemente com um direito que você detém, um organismo público autoritário dará alguma consideração para o seu protesto.

- <sup>105</sup> Para uma discussão da legitimidade no contexto da legislação ambiental, Geralmente se vê Andrew Long, *Standing & Consensus: Globalism in Massachusetts v. EPA*, 23 J. ENVTL. L. & LITIG. 73 (2008), and ROGER W. FINDLEY & DANIEL A. FARBER, ENVIRONMENTAL LAW 1-26 (7th ed. 2008).
- <sup>106</sup> *Cetacean Community v. Bush*, 386 F.3d 1169 (9th Cir. 2004). Para uma discussão da legitimidade no contexto da legislação ambiental, *Veja Favre*, nota 75 *supra*, at 326-29.
- <sup>107</sup> As cinco liberdades são: liberdade do temor e angústia, livre de fome e de sede, de desconforto, livres de dor, lesões e doenças, bem como a liberdade de expressar um comportamento normal. Para mais discussão, FAVRE, *supra* note 75, at 287-324. *Geralmente se vê*, Farm Animal Welfare Council, <http://www.fawc.org.uk/freedoms.htm> (última visita Mar. 2, 2009).
- <sup>108</sup> *Veja* Michael Atkinson & Kevin Young, *Greyhound Racing and Sports-Related Violence*, in BETWEEN THE SPECIES 213, 214 (Arnold Arluke & Clinton Sanders eds., 2009). Cerca de 30.000 jovens galgos são mortos na América do Norte todos os anos, quando já não são capazes de ganhar ou lutar. Aproximadamente 5000-7000 filhotes de fazenda são abatidos anualmente e simplesmente “desaparecem” sem estarem registrados para um proprietário.
- <sup>109</sup> *Veja* Cynthia F. Hodges, *That's the Breaks: Trainer Responsibility for Racehorse Breakdowns* in New York, ANIMAL LEGAL AND HISTORICAL CENTER, 2008, <http://www.animallaw.info/articles/ddusracehorsetrainer.htm>.
- <sup>110</sup> Em primeiro lugar deve haver uma definição de uma gaiola: um recinto que limita significativamente a mobilidade e estilo de vida de um animal apresentar-se como espaço confinado do recinto. A gaiola sob a AWA para chimpanzé é de 5 x 5 x 7 metros. *Veja* 9 C.F.R. § 3.80 (2009). Isto é muito inaceitável para um primata, mas dez ratos poderiam muito bem viver uma vida plena dentro deste espaço.
- <sup>111</sup> N.Y. REV. STAT. § 375.1 (1867).

- <sup>112</sup> *Veja* Mich. Comp. LAWS ANN. § 750.50b(2) (West, Westlaw current through P.A. 2008) (“quem deliberadamente e maliciosamente e sem justa causa ou desculpa administra veneno a um animal, ou expõe um animal a qualquer substância tóxica.”) Mas nas isenções, a matança de ratos e outras pragas é dispensada. *Veja* id. § 750.50b(8)(c).
- <sup>113</sup> *People v. Voelker*, 658 N.Y.S.2d 180 (N.Y. Crim. Ct. Kings County 1997). O argüido foi considerado culpado dos encargos decorrentes de um incidente filmado quando o requerido cortou as cabeças de três iguanas vivas conscientes e alegadamente cozidas e consumidas pelos animais. No entanto, a fita do incidente foi transmitida pela Manhattan Neighborhood em um show intitulado “Doente e Errado.” Embora comer as iguanas poderia ter sido um motivo justo para a sua morte, fazer uma fita para mostrar ao público não foi.
- <sup>114</sup> Um exemplo do que o legislador chamou de linha pode ser encontrado em N.Y. AGRIC. & MKTS. LAW § 365 (McKinney, Westlaw current through L.2009, c. 2) afirma: 1. Quem tosquia ou corta ou causa ou adquire outro para tosquiar ou cortar a totalidade ou parte de uma orelha de um cão, a menos que um anestésico tenha sido dado ao cão e a operação seja realizada por um veterinário licenciado, é culpado de um delito. Em Indiana, não existe um estatuto específico para lidar com a questão, e o estado teve de julgar alegando uma violação da proibição da “tortura”. *Elisea v. State*, 777 N.E.2d 46 (Ind. Ct. App. 2002). O argüido foi condenado por maus tratos a animais e praticar medicina veterinária, sem uma licença, após cortar diversas orelhas de cachorros com um par de tesouras de escritório enquanto que sob nenhuma anestesia. O tribunal considerou que a condenação por crueldade estava apoiada na definição de tortura. *Veja também* Amy L. Broughton, *Cropping and Docking: A Discussion of the Controversy and the Role of Law in Preventing Unnecessary Cosmetic Surgery on Dogs*, ANIMAL LEGAL AND HISTORICAL CENTER, 2003, <http://www.animallaw.info/articles/dduscroppingdocking.htm>.
- <sup>115</sup> “(7) Esta seção não proíbe o abate legal dos animais ou um costume pecuário ou práticas agrícolas envolvendo animais.” MICH. COMP. LAWS ANN. § 750.50(b)(7) (West, Westlaw current through P.A. 2008). Na maioria dos estados nunca houve um processo judicial para determinar o alcance da expressão “práticas agrícolas habituais”.
- <sup>116</sup> *Veja* MICH. COMP. LAWS ANN §750.50(1)(a) (West, Westlaw current through P.A.2008) (“A assistência adequada”, a oferta suficiente de alimentos,

água, abrigo, condições sanitárias, exercício, cuidados médicos e veterinários, a fim de manter um animal em um estado de boa saúde.”).

- <sup>117</sup> Para uma ampla discussão de algumas das dificuldades contidas nesta simples frase, Veja David Favre, *The Duty of Owners to Provide Veterinary Medical Care to Animals*, in *ANIMAL LAW AND THE COURTS: A READER* 132-66 (Taimie L. Bryant, Rebecca Huss & David Cassuto eds., 2008).
- <sup>118</sup> Observação pessoal da Primate House pelo autor antes de ter sido encerrado em 1982. Mas, em 1989 abriu uma nova exlegitimidade no zoológico: Um novo 4-acre, U\$ 7,5 milhões de instalação que vem como algo perto quanto possível do ambiente natural do chimpanzé, dadas as limitações de um zoológico urbano em uma latitude norte. Tom Hundley, *Zoo Display Lets Chimpanzees Be Themselves*, CHI. TRIB., Dec. 13, 1989, at 5.
- <sup>119</sup> Veja Alan Feuer & Jason George, *Police Subdue a Tiger in Harlem Apartment*, N.Y. TIMES, Oct. 5, 2003, disponível em <http://www.nytimes.com/2003/10/05/nyregion/05MAUL.html?ex=1234328400&en=556301f1396bad66&ei=5070>.
- <sup>120</sup> Veja nota *supra* e acompanhando o texto. O estatuto da Carolina do Norte prevê: Se a corte verificar por uma preponderância das provas que, mesmo se uma ordem judicial permanente fosse emitida haveria um risco substancial de que o animal fosse submetido a uma crueldade maior se regressou à posse do requerido, a corte pode denunciar a propriedade o réu e direito de posse do animal e transferir a propriedade e direito de posse para o demandante, ou outros, sucessores proprietários adequados. Para uma boa causa mostrada, a corte também pode intimar o réu da aquisição de novos animais por um período determinado de tempo ou de limitar o número de animais o réu poderá ter ou possuir durante um período de tempo especificado. N. C. GEN. STAT. ANN. § 19A-4 (Oeste, Westlaw corrente através final de 2008 Reg. Sess.).
- <sup>121</sup> Veja 510 ILL. COMP. STAT. ANN. 70/12 (West, Westlaw current through P.A. 95-1037 of 2008 Reg. Sess. & P.A. 96-001 of 2009 Reg. Sess.). Animais custodiados; aviso de custódia: (a) Quando um investigador humano aprovado, um departamento de investigação ou um veterinário considera que uma violação da presente lei deixou um animal em tal condição que nenhuma medida ou ação corretiva do proprietário é possível, o Departamento deve custodiar ou ordenar a custódia do animal. Se o infrator falhar ou se recusar a tomar medidas corretivas necessárias

para o cumprimento da Seção 11 da presente lei, o Departamento pode custodiar o animal (...) Qualquer gasto incorrido na custódia passa a ser uma garantia sobre os animais.

- <sup>122</sup> Veja Lauren Magnotti, Note, *Pawing Open the Courthouse Door: Why Animals' Interests Should Matter When Courts Grant Standing*, 80 ST. JOHN'S L. REV. 455 (2006).
- <sup>123</sup> Como um animal pode ser equitativamente proprietário é definido em David Favre, *Equitable Self-Ownership for Animals*, 50 DUKE L.J. 473 (2000).
- <sup>124</sup> Veja notas *supra* 51-52 and acompanhando o texto.
- <sup>125</sup> Esta possibilidade é extensamente considerada num artigo de revisão de uma lei intitulado Dane E. Johnson, *Statute of Anne-imals: Should Copyright Protect Sentient Nonhuman Creators?* 15 ANIMAL L. 15 (2008). O autor propõe "um conceito de título equitativo dos direitos de autores propriedade partilhada entre os animais e as organizações humanas às quais podem ser ligados." *Id.* at 18
- <sup>126</sup> Mas então, novamente, o mesmo poderia ser dito sobre qualquer número de humanos adultos.
- <sup>127</sup> Para um exame pormenorizado de como o conceito de propriedade equitativa pode ser considerado para os animais, Veja Favre, nota 79 *supra*.
- <sup>128</sup> Veja Favre, nota 79 *supra*. O leitor deve reconhecer que este artigo feito anteriormente ao presente por cinco anos e, portanto, alguns dos conceitos neste artigo também poderão ser modificados hoje pelo pensamento posterior refletido no presente artigo.
- <sup>129</sup> Como um exemplo de que essa atitude de mudança já está ocorrendo, considere o caso de Michigan em que um proprietário de um cão conscientemente permitiu que seu cão passasse fome até à morte, abandonando a casa em que o cão estava vivendo. A declaração do juiz no julgamento foi "um animal, na opinião desta corte, não é diferente de que uma criança. Ele matou esse animal." *Amber Hunt, St. Clair Shores man gets jail time for starving dog to death*, DETROIT FREE PRESS, July 18, 2007.

Recebido em: 28/11/2011.

Aprovado em: 02/02/2012.





# DAS PESSOAS E DO DIREITO PENAL: A PERSONALIDADE COMO PRÉ-REQUISITO PARA VITIMIZAÇÃO\*.

(People and the criminal law: the personality as a prerequisite for victimization”)

*Luis E. Chiesa* \*\*

RESUMO: O presente estudo analisa o tratamento jurídico dado aos animais e às chamadas “não-pessoas”, considerando a possibilidade de os mesmos serem considerados “vítimas” dos delitos. Procura-se quebrar, deste modo, o pensamento de que o Direito Penal deve visar somente à tutela de direitos cocedidos aos seres humanos. Daí a necessidade de se distinguir personalidade de humanismo, levando-se em conta que os tribunais e os críticos freqüentemente recorrem a definições artificiais de personalidade, com o objetivo de atender a complexas questões normativas sobre os direitos e obrigações dos animais não humanos. Desta forma, a análise de tais conceitos é realizada por meio da teoria do “tudo ou nada” e teoria de “categorias de personalidade”, buscando resolver a difícil questão sobre quem deve ser considerado vítima.

PALAVRAS-CHAVE: humanismo, personalidade, tratamento jurídico, vítimas.

---

\* Tradução de Liana Brandão de Oliva, advogada, professora e mestranda em Direito na Universidade Federal da Bahia. Contato: lianaoliva@gmail.com.

\*\* Professor Associado de Direito da Pace Law School. Sou grato a David Cassuto pelas valiosas sugestões e comentários. Copyright (c) 2008 Pace University School of Law; Luis E. Chiesa.

**ABSTRACT:** The present study examines the legal treatment given to animals and “non people”, considering the possibility of them being “victims” of crimes, breaking thus the thought that the criminal law should target only the guardianship of rights granted to human beings. Hence the need to distinguish the personality of humanity, taking into account that the courts and critics often resort to artificial definitions of personality to attend the complex regulatory issues about the rights and obligations of non human animals. Thus, the analysis of such concepts is accomplished by means of the theory of “all or nothing” and theory of “categories of personality,” seeking to resolve the difficult question of who should be considered a victim.

**KEYWORDS:** humanism, personality, legal treatment, victims

**SUMÁRIO:** 1 Sobre os Cães de Michael Vick e Mais 2 A distinção entre Humanismo e Personalidade: Das limitações e inerentes confusões conceituais. 2.1 Significado coloquial versus o significado jurídico - Humanismo e Personalidade 2.2 Personalidade e Direitos: Além do Humanismo 3 Rumo a Teoria de Categorias da Personalidade 3.1 Teoria “Tudo ou Nada” da Personalidade 3.2 Da Teoria “tudo ou nada” da Personalidade para a Teoria de “Categorias” da Personalidade. 4 Concepções de personalidade em categorias 4.1 Pessoas Naturais x Pessoas Jurídicas 4.2 Seres auto-conscientes x seres conscientes 4.3 Concepção da personalidade em quatro categorias: algumas propostas concretas 4.3.1 Seres auto-conscientes e o problema da linha traçada 4.3.2 Seres sencientes 4.3.3 Criaturas vivas não-sencientes 4.4.4 Entes não-vivos 5. Resumo: quatro categorias de personalidade 6 Níveis de personalidade e vitimização 7 Os Cães de Michael Vick: uma segunda visão

## 1. Sobre os Cães de Michael Vick e Mais

Recentemente, testemunhamos um mais infames/famosos casos da década atual - o de Michael Vick. Em 2007, as autoridades federais tornaram públicos detalhes repugnantes do envolvimento deste astro do futebol americano com briga de cães. Como se pôde observar, Vick tinha uma inclinação para o jogo e uma paixão por criar pit-bulls no intuito de que participassem de brigas/competições. Essa infeliz combinação levou Vick a estabelecer um ringue de combate para cães em *Smithfield, Virginia*.

A operação, que ficou conhecida como o negócio de risco “*Bad Newz Kennels*”, foi intrigante. Os pitbulls foram criados para lutar e treinados para matar, sendo abatidos caso se comportassem “mal” durante as sessões de treinamento.<sup>1</sup>

Confrontado por uma enorme quantidade de provas contáreas e com a perspectiva de ser incriminado por dois de seus associados de “*Bad Newz Kennels*”, Vick, eventualmente, declarou-se, perante à Suprema Corte, culpado da acusação de conspirar para o patrocínio de brigas de cães para entretenimento.<sup>2</sup>

O que se pode deduzir a partir do caso de Vick, de interesse particular para fins deste artigo, é o tratamento peculiar que foi concedido aos pitbulls apreendidos pela polícia em *Smithfield*. Considerando-se que os pitbulls recolhidos nas operações de combate à brigas ilegais são, geralmente, sacrificados após mantidos sob custódia do governo, os cães tiveram uma segunda chance foram enviados à organizações de apoio aos animais, a fim de serem tratados e reabilitados.<sup>3</sup> Além disso, o astro da NFL concordou, através de acordo judicial, em “restituir o total dos custos com a recuperação dos cães” envolvidos em seu negócio ilegal.<sup>4</sup>

Especificou-se que tais despesas deveriam abranger, sem, contudo, limitar-se, “todos os custos associados aos cuidados dos cães envolvidos, incluindo, se necessário, tratamento de longa duração e/ou a “eutanásia humanitária” de alguns ou de todos os animais”.<sup>5</sup>

Vick acabou pagando cerca de um milhão de dólares para financiar as diversas entidades responsáveis pela custódia dos referidos pitbulls.<sup>6</sup> Segundo o acordo, a autorização para pagamentos de tal ordem decorreu do disposto no 18 U.S.C. § 3663, que permite a emissão de ordens de restituição às vítimas ou outras pessoas prejudicadas pela prática de delitos.<sup>7</sup>

O julgamento de Michael Vick ilustra como nossa atual legislação penal trata, cada vez mais, criaturas não-humanas como “vítimas”, atribuindo-lhes todas as consequências que isso implica, incluindo a possibilidade de pedir que a restituição seja

paga diretamente para os animais. À luz destas considerações, é justo dizer que, do ponto de vista puramente descritivo, criaturas não-humanas podem se qualificar como vítimas<sup>8</sup>. Isso não significa, porém, que essa conclusão é normativamente atraente. Alguns argumentam que essa abordagem é profundamente equivocada, uma vez que o direito penal deve visar a proteção tão somente de direitos cocedidos aos seres humanos.<sup>9</sup>

Neste artigo se argumentará que esta posição é falha, pois baseia-se em uma definição artificial de *personalidade*<sup>10</sup>, que equivocadamente faz com que o “humanismo” seja o traço constitutivo da *personalidade*. Embora existam boas razões para se defender que o sistema legal conceda aos seres humanos maiores proteções que àqueles não humanos, isto não significa que estes não possam se amparados pelo do direito penal. O presente argumento será aqui tratado em quatro diferentes partes.

Na Parte I, tentaremos definir os contornos da *personalidade*. Esta é uma tarefa particularmente difícil, dada a notória ambiguidade atribuída a tal conceito. Devido a natureza polissêmica deste termo, discuti-lo freqüentemente provoca confusões, em especial em círculos jurídicos. Nem sempre fica claro se ele deve ser aplicado como sinônimo de “humanismo”,<sup>11</sup> como um conceito que necessariamente inclui o humanismo, sem, no entanto, limitar-se a este,<sup>12</sup> ou como um termo jurídico que deve abranger seres ou “outros”<sup>13</sup> não pertencentes a raça humana.<sup>14</sup>

O problema é agravado pelo fato de os Tribunais e os críticos freqüentemente recorrerem à definições artificiais de *personalidade*, no intuito de atender complexas questões normativas sobre os direitos e obrigações de certas criaturas. Assim, por muita vezes estabeleceu-se que o fato de certa entidade ser tida ou não como titular de direitos constitucionais dependerá de fato de poder ser ela definida ou não como “pessoa”, de acordo com aplicações convencionais e históricas designadas para este termo.<sup>15</sup> Este é um erro, pois não se deve abordar questões de cunho fundamental apelando-se para truques mágicos da terminologia. Em última instância, um ser deve ser considerado

pessoa desde que constatem-se boas razões normativas para reconhecê-lo como possível portador de direitos e obrigações, e não o sentido inverso.

Portanto, enquanto muitos dos dispositivos legais e constitucionais que conferem direitos e/ou obrigações são formulados pela terminologia de *personalidade*, devemos elaborar concepções de personalidade apelando mais à normatividade em si, do que às definições consideradas já para este termo.<sup>16</sup>

Na Parte II, iremos enfrentar aquela que será chamada como a teoria “tudo ou nada” (*all or nothing*) da personalidade. De acordo com esta teoria, ou um ser é uma pessoa de pleno direito, ou não se trata, de forma alguma, de uma pessoa. Esta concepção é normativamente desinteressante, pois é plausível, e às vezes desejável, para falar sobre a “personalidade parcial” ao lado de “personalidade completamente desenvolvida.” Isto é o que chamamos de teoria das “categorias” de personalidade, segundo a qual o conceito de “personalidade” admite diferentes graus e tonalidades.

Neste contexto, seres devem ser considerados portadores de “personalidade completamente desenvolvida” caso possam ser sujeitos de todos os direitos e obrigações que o nosso jurídico sistema tem a oferecer. Por outro lado, eles devem ser considerados “parcialmente desenvolvidos”, se só possuírem privilégios para usufruir de *alguns* direitos conferidos legal e constitucionalmente às pessoas. A teoria das “categorias de personalidade” é convidativa normativamente, pois por vezes temos boas razões para discriminar seres legalmente, com base em suas diferentes características constitutivas.

Na parte III, iremos propor quatro diferentes “categorias” ou “níveis” de pessoa. A primeira delas é reservada para os seres humanos e animais portadores da capacidade de racionalizar e de auto-consciência, tais como os chimpanzés, orangotangos e gorilas. A segunda categoria de personalidade é composta de fetos sencientes e animais não-humanos excluídos do âmbito da primeira categoria. A terceira, engloba os seres vivos não-

sencientes, como os fetos que não têm a capacidade de sentir, embriões, árvores e plantas. Finalmente, a quarta categoria da personalidade inclui todas as entidades não-vivas as quais devem ser concedidos direitos em razão dos demais interesses humanos. O principal exemplo dessa quarta categoria são as corporações.

Na parte IV, abordaremos o fato de que certos seres não nascidos humanos não devem ter isto como impedimento para serem tratados como vítimas ou como pessoas (parcialmente). Considerando-se que animais sencientes e fetos têm a capacidade de sentir dor, eles devem ter o direito de proteção contra imposições injustificadas de sofrimento. Se assim for, seria sensato salvaguardar esses direitos, através da aplicação de sanções penais. Portanto, concluímos que a capacidade de ser vítima depende da classificação de personalidade (ao menos) na segunda categoria, mais do que no fato de se tratar especificamente de um ser humano.

## **2. A distinção entre Humanismo e Personalidade: Das limitações e inerentes confusões conceituais.**

### **2.1. Significado coloquial *versus* o significado jurídico - Humanismo e Personalidade**

Coloquialmente, muitos usam os termos “ser humano” e “pessoa” de forma intercambiável. Embora em uma conversa informal a confusão entre estes termos não seja particularmente problemática, isto mudam drasticamente quando passamos para o âmbito jurídico. A maior parte dos mais sagrados direitos previstos na Constituição (*Bill of Rights*) são designados às “pessoas”. Neste contexto, a Quinta Emenda defende que “nenhuma pessoa” deve ser julgada duas vezes pelo mesmo crime, “compelida. . . a ser testemunha contra si mesma” ou “privada da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”.<sup>17</sup> Do mesmo

modo, a Décima Quarta Emenda, afirma que a nenhuma “pessoa” deve ser negada a “igual proteção das leis”.<sup>18</sup>

À primeira vista, restaria a tentação de concluir-se que “pessoa”, no contexto constitucional, significa o mesmo que no nível coloquial: “ser humano”. Contudo, como se pode observar através da marcante decisão da Suprema Corte no caso *Condado de Santa Clara v. Southern Pacific Railroad Company*,<sup>19</sup> isto está longe de ser tão óbvio. No que tange ao entendimento da mais alta Corte deste país, o termo “pessoa” não é sinônimo de “ser humano” – tanto que as entidades não-corpóreas, como Corporações, são consideradas “pessoas” na maioria dos casos, senão quanto à todas as garantias dispostas na Constituição.<sup>20</sup> Alguns argumentam que essa interpretação é equivocada e que a *personalidade* deve ser entendida como *humanismo*. Outros<sup>21</sup> têm afirmado que a lei não foi assim tão longe e, portanto, propõem que animais não-humanos também podem ser considerados pessoas nos termos da legislação, da mesma forma que os seres humanos o são.<sup>22</sup>

Independentemente do que se pensa sobre estas questões, apelar *a priori* para uma definição de “personalidade” não irá ajudar quanto às questões acerca de se entidades não-humanas devem ser consideradas pessoas para fins legais. A razão para isto é que não há simplesmente nenhum padrão estável e convencionado sobre qual o específico conjunto de atributos que determinada *entidade* deve apresentar para que se qualifique como pessoa. Além disso, há discordância generalizada entre os filósofos, cientistas, teólogos e advogados em relação aos critérios que devem ser considerados para determinar quando um *ser* deve ser entendido ou não como uma pessoa. Assim, a *personalidade* é um conceito criterioso e impreciso. Os conceitos criteriosos são imprecisos quando, devido à própria natureza do conceito, é impossível acordar sobre as condições necessárias e suficientes que estabelecem os critérios para a correta aplicação e utilização de um termo ou expressão.<sup>23</sup>

A natureza inerentemente obscura da *personalidade* é particularmente evidente quando se analisa as definições extrema-

mente divergentes deste termo, as quais têm sido aprimoradas por estudiosos de diferentes áreas. O filósofo PETER SINGER, por exemplo, argumentou que não há conexão necessária entre a *personalidade* e o *humanismo*. Assim, em seu celebrado livro “Vida Ética”, ele afirmou que:

O uso de “pessoa” é, em si, infelizmente, susceptível de induzir-nos ao erro, uma vez que “pessoa” é frequentemente utilizado como se significasse o mesmo que “ser humano”. Contudo, os termos não são equivalentes: poderia haver uma pessoa que não é um membro da nossa espécie. É possível, também, que hajam membros de nossa espécie que não sejam “pessoas”. A palavra “pessoa” tem a sua origem do termo *latim* utilizado para designar a máscara usada por um ator em dramas clássicos. Ao colocarem suas máscaras, os atores indicavam que estavam representando um *personagem*. Posteriormente ‘pessoa’ passou a significar aquele que desempenha um *papel* na vida, um *personagem*. Segundo o dicionário Oxford, um dos significados correntes do termo é “uma auto-consciente racional. ‘Esse sentido tem precedentes filosóficos impecável... Proponho o uso de “pessoa” no sentido de um ser racional e auto-consciente, para capturar os elementos do sentido comum de “ser humano”, que não são restritos aos membros da espécie “Homo sapiens”.<sup>24</sup>

Muitos, obviamente, discordam da definição apresentada por SINGER, segundo a qual que “pessoa” seria um *ser racional e auto-consciente*, uma vez que este conceito possibilita a exclusão de muitas crianças e mesmo seres humanos com danos cerebrais. Este é, particularmente, o caso dos teólogos, os quais, em sua maior parte, consideram que o fato de “ser humano” é condição necessária e suficiente para considerar-se este *ser* uma “pessoa”.<sup>25</sup>

Os Tribunais e os Juristas têm também publicizado definições diversas de *personalidade*. Alguns Tribunais, por exemplo, afirmaram que o significado (legal) de pessoa não deve ser determinado recorrendo-se à dados biológicos. Assim, o *A Corte de Recursos de New York* uma vez afirmou que, no que tange a personalidade, “não é verdade, no entanto, que a ordem jurídica necessariamente corresponde à ordem natural”.<sup>26</sup>



Em oposição, alguns estudiosos, como *Markus Dubber*, afirmam que “todas as pessoas são seres humanos, porém, nem todos os os seres humanos são pessoas.”<sup>27</sup> Segundo ele, um *ser* só deve ser considerado pessoa se, além da qualidade de ser humano, possuir também capacidade de autonomia.<sup>28</sup> Estas discrepâncias na maneira em que diferentes indivíduos definem a *personalidade* revelam que não há uma concordância significativa sobre qual o conjunto de critérios que precisam ser satisfeitos de modo que um *ser* seja qualificado *pessoa*. Além disso, percebe-se que há divergências no que diz respeito ao fato da qualidade de “ser humano” dever realmente integrar como pré-requisito para *personalidade*. Como resultado, parece que não é necessária uma conexão conceitual entre os termos “ser humano” e “pessoa”.

Em função da natureza intrinsecamente vaga do conceito debatido, a questão sobre quem deve ser compreendido como *pessoa* ainda está aberta. Desta maneira, estudiosos estão livres para argumentar, como freqüentemente o fazem, que certas entidades não-humanas devem ser tratadas como pessoas perante a lei. Mais importante, uma vez que a *personalidade* é um conceito criterioso e impreciso, a solidez de seus argumentos deve ser mensurada pelo seu apelo normativo, não pela compatibilidade com uma definição artificial de “pessoa”.

Finalmente, como PETER SINGER tem persuasivamente argumentado, questões sobre *personalidade* e sobre os direitos que devem ser atribuídos às diferentes entidades levantam “profunda(s) problemática(s), para a(s) qual(is) a resposta não pode depender da determinação de como as palavras devem ser usadas”.<sup>29</sup>

## 2.2. Personalidade e Direitos: Além do *Humanismo*

Considerando-se que não há um conjunto claro de atributos convencionalmente aceitos a fim de determinar quando um *ser*

deve ser considerado “*pessoa*” nos termos da lei, tem-se que tais questões são de caráter moral ou avaliativo, não conceituais ou de definição. Ademais, o questionamento fundamental em tais circunstâncias deve versar sobre a possibilidade de atribuição de direitos à determinados *seres*, ao invés de se o *ser* em questão deve ou não ser considerado membro da espécie humana, conforme argumenta, de forma esclarecedora, o filósofo ROSLYN WEISS:

Considerações acerca da definição e aplicação do termo “ser humano” não são, em si mesmas, essenciais, mas sim o meio para um fim maior, o da imputação (atribuição) claramente de direitos... Uma vez que o apelo para a definição de *humanidade* revela-se como uma preocupação sobre a imputação de direitos, conseqüentemente surge a natural, lógica e inevitável pergunta: Se é a atribuição de direitos que buscamos, porque procurar definições para *humanidade*? A menos que haja uma necessária ligação entre ser classificado *Homo Sapiens* e ter direitos, é muito mais produtivo (...) combater diretamente esta questão: Que tipo de *coisa* tem direitos? Esta é uma questão moral - não uma questão de natureza biológica -, destarte, muito mais adequada a este contexto. Como as diferenças entre as espécies não são, propriamente, diferenças moralmente relevantes e, entendendo que o que buscamos são diferenças moralmente relevantes, a distinção nestas circunstâncias não deve ser traçada entre quais seriam “humanos” ou “não-humanos”, mas sim entre que *entidades* possuem direitos e quais não os possuem: entre “*pessoas*” e “*não-pessoas*”.<sup>30</sup>

A interrelação entre *direitos* e *personalidade* revela que, na medida em que o reinado das teorias legal e moral estão em causa, o termo “*pessoa*” é um conceito puramente normativo, livre de todo conteúdo biológico ou descritivo.<sup>31</sup> Assim, para todos os efeitos jurídicos, afirmar que um *ser* é uma “*pessoa*” equivale dizer que este mesmo *ser* possui direitos perante a lei.<sup>32</sup> Essa concepção, no entanto, não implica, como resta demonstrado no caso das corporações, que apenas seres humanos estão aptos à possuir *personalidade*. Fica claro que se pode, naturalmente, levantar argumentos contra a proposição de que as entidades não-humanas, como as empresas, devem ser consideradas “*pessoas*” no

sentido legal (detentoras de *personalidade*). No entanto, a solidez destes argumentos deve ser aferida pelo seu apelo normativo e não por sua capacidade de capturar a essência conceitual ou da definição de “*personalidade*”.

### 3. Rumo a Teoria de Categorias da Personalidade

#### 3.1. Teoria “Tudo ou Nada” da Personalidade

A maioria dos filósofos, Tribunais, Assembléias Legislativas e estudiosos parecem acreditar que ou um *ser* é “pessoa” em sentido absoluto, ou que não é “pessoa”, em termo algum. Isto é o que chamamos de Teoria do “tudo ou nada” da Personalidade. Segundo esta teoria, uma entidade é considerada uma pessoa apenas se ele ou ela passar por um teste em particular. Qualquer *ser* não habilitado a passar neste teste seria automaticamente considerado uma não-pessoa.

Considere-se, por exemplo, a concepção MARKUS DUBBER quanto a personalidade. Para ele, uma entidade será “pessoa” somente se tratar-se de um ser humano e for capaz de exercer autonomia. Assim, somos apresentados a uma gritante abordagem de “tudo-ou-nada” para os seres humanos que não são capazes de exercer autonomia: ou eles são pessoas de pleno direito, ou não pessoas, em geral. Posto que DUBBER não contempla qualquer opção intermediária, e dado que ele acredita na capacidade de autonomia como componente essencial da *personalidade*, ele é forçado a concluir que os humanos sem autonomia devem ser excluídos do *status* “pessoas”.<sup>33</sup> A mesma lógica o leva a rejeitar o *status* de “pessoa” para corporações e aos animais não-humanos.<sup>34</sup>

Os Tribunais do Estado muitas vezes adotam a abordagem “tudo ou nada” quanto à *personalidade*, ao lidarem com a problemática da consideração de fetos como “pessoas”, em sentido constitucional. Assim, a maioria das Jurisdições têm concluído

que o feto deverá ser considerado “pessoa” apenas após o parto. Antes do nascimento, no entanto, eles normalmente são considerados “não-pessoas”, para todos os efeitos. Este, é claro, foi o mesmo entendimento adotado pelo Supremo Corte no caso *Roe v. Wade*.<sup>35</sup> A natureza dicotômica desta forma de conceber a *personalidade* dos fetos é aparente. Tendo-se que precedentes não vislumbram categorias alternativas para a atribuição de *personalidade*, os fetos são tidos como “pessoas pleno direito” ou como “não-pessoas”, em absoluto.

### 3.2. Da Teoria “tudo ou nada” da Personalidade para a Teoria de “Categorias” da Personalidade.

Esta abordagem de “tudo-ou-nada” para atribuição de *personalidade* dos fetos pode explicar porque a Suprema Corte recusou-se a entender os fetos como “pessoas”, protegidas pela Décima Quarta Emenda. Como a Suprema Corte acreditava que uma mudança quanto a consideração do nascituro como “pessoa” em sentido absoluto, para efeitos da Décima Quarta Emenda, traria conseqüências inaceitáveis, ela concluiu que seria prudente tratá-los como “não-pessoas”. Em *Roe*, a Corte enquadrou o problema da seguinte forma:

Quando o Texas pleiteia que o feto tem direito à proteção da Décima Quarta Emenda, assim como uma pessoa, ele enfrenta uma dilema. Nem no Texas, nem em qualquer outro Estado todas as possibilidades de abortos são proibidas. Apesar de alguns determinarem proibição mais ampla, sempre existe uma exceção. A exceção contida no Art. 1.196, de praticar-se o aborto, quando aconselhado por Conselho Médico e no propósito de salvar a vida da mãe, é típico. Mas se o feto é uma “pessoa”, que não deve ser privada do direito à vida sem o devido processo legal, e se a condição da mãe é o único fator determinante para sua morte, tal exceção do Estado do Texas não parece estar além dos limites estabelecidos pela Comandante Constitucional? Existem ainda outras incoerências entre o disposto na Décima Quarta Emenda e o tipificado quanto ao aborto. Já foi apontado (...) que no Texas uma mulher não é a mandante ou mesmo cúmplice no que diz respeito ao

aborto em si mesma. Se o feto é uma “pessoa”, porque esta mulher não seria mandante ou cúmplice? Além disso, a pena especificada para o aborto criminoso nos termos do Art. 1.195 é significativamente menor do que a pena máxima precrita para o homicídio, no art. 1257 do Código Penal do Texas. Se o feto é uma “pessoa”, poderiam ser diferentes as sanções?<sup>36</sup>

A análise da Corte, ao considerar que o feto é, ou uma pessoa em sentido absoluto, ou uma não-pessoa, seria irrepreensível se a única opção que houvesse disponível fosse a teoria do “tudo-ou-nada”. Não há dúvidas de que, se o feto fosse considerado “pessoa” de pleno direito, sua morte teria que ser criminalmente punida, assim como um assassinato, não como um aborto. Punir a morte de algumas “pessoas” de modo menos severo que a de outras, em igual categoria, certamente viola a isonomia e a igualdade da proteção legal.

O que a Corte deixou de considerar, no entanto, foi que a adoção da teoria do “tudo-ou-nada” da personalidade não era a única opção disponível. Eles poderiam ter adotado uma abordagem mais flexível, a qual permitisse uma diferenciação entre os diversos níveis ou categorias da *personalidade*. Sob essa concepção, um recém-nascido poderia ser considerado como a primeira categoria de “pessoa”, portadora de plenos direitos do disposto pela Décima Quarta Emenda, ao passo que um feto poderia ser considerado integrante da segunda categoria da *personalidade*, sendo-lhe concedido um número menor de proteções constitucionais.

A concepção de “categorias” de *personalidade* é recomendada em muitos aspectos, pois nos permite incorporar no panorama legal diferenças que aparentam ser moralmente relevantes entre os diversos seres. Em contraste, a rigidez da teoria do “tudo-ou-nada” da *personalidade* quase que inevitavelmente conduz a ofuscar muitas das similaridade e incongruências normativamente relevantes existentes entre seres que poderiam plausivelmente ser considerados “pessoas”. Assim, como recentemente assina-

lou a professora JESSICA BERG, questões sobre os direitos de entidades não-humanas infelizmente têm sido atormentadas por uma “insistência equivocada sobre as atribuições de “tudo-ou-nada” quanto a personalidade, as quais ignoram o fato de que “a maioria das reivindicações morais situam-se ao longo de um *continuum*.”<sup>37</sup>

O conceito diferenciado de “pessoa” aqui defendido evita simplificações exageradas para a solução de casos que afirmam que certos seres, tais como fetos ou animais, devem ser considerados “pessoas”, reconhecendo-se, que é, por vezes, sensível, diferenciar os tipos de pessoas. Esta abordagem flexível para a *personalidade* permite o reconhecimento de mais direitos para *seres* considerados “pessoas” em absoluto e menos direitos para entidades que, embora semelhantes as pessoas de pleno direito em alguns aspectos, são suficientemente diferentes para justificar um diferente tratamento jurídico.

## 4. Concepções de personalidade em categorias

### 4.1. Pessoas Naturais x Pessoas Jurídicas

Baseado na jurisprudência da Suprema Corte, o professor BERG, em um artigo recente, propôs que fizéssemos uma distinção entre os direitos das pessoas naturais e jurídicas. De acordo com a sua estrutura, uma “pessoa natural” é um ente com “direito à máxima proteção da lei.”<sup>38</sup> Essa classe é composta por todos seres humanos nascidos vivos.<sup>39</sup> Em contraste, uma “pessoa jurídica” é um ente não-humano “para qual a sociedade concede algumas das mesmas proteções legais e direitos das pessoas naturais.”<sup>40</sup> O exemplo paradigmático de “pessoa jurídica” é uma corporação, pois goza de alguns direitos concedidos às pessoas naturais (ou seja, devido processo legal,<sup>41</sup> proteção equalitária<sup>42</sup>, etc), e outras não (ou seja, o privilégio contra a auto-incriminação<sup>43</sup> e de certos direitos da Quarta Emenda<sup>44</sup>). Isso não significa,

contudo, que a personalidade jurídica deve ser necessariamente reservada para as corporações e entes similares.

Há muitos anos, por exemplo, o estado da Louisiana ofereceu status de pessoa jurídica para óvulos humanos fecundados *in vitro*.<sup>45</sup> Embora o estatuto da Louisiana não confira a tais entes todos os direitos que são tipicamente concedidos às pessoas naturais, foram concedidos o direito de processar ou serem processados em tribunais estaduais (ou seja, legitimidade)<sup>46</sup> e o direito de não serem criados ou cultivados para pesquisa ou outros fins.<sup>47</sup>

Apesar de BERG acreditar que a concessão de personalidade jurídica para óvulos fecundados *in vitro* é imprudente,<sup>48</sup> ela sugere que os outros seres devam ter esse *status*, quer por medidas legislativas ou decisões constitucionais. Assim, BERG considera que os fetos sencientes devam ser considerados pessoas jurídicas com “direitos específicos, mas não completos”.<sup>49</sup> Entre os principais direitos que deveriam ser atribuídos a tais seres seria o de ser legalmente protegido contra a imposição ao sofrimento sem justificativa. Além disso, BERG propôs que aos fetos sencientes fossem concedidos mais direitos à medida que se aproxime o momento do nascimento.<sup>50</sup> Note-se que estas análises dificilmente se dirigem ao tratamento de fetos conforme a jurisprudência de aborto da Suprema Corte, pois o constitucionalmente significativo momento de “viabilidade”<sup>51</sup> está próximo ao momento em que o feto começa a desenvolver a capacidade de sentir dor (ou seja, sensibilidade).<sup>52</sup> Por conseguinte, os fetos sencientes têm geralmente mais proteção constitucional do que os fetos não-sencientes. Além disso, a Suprema Corte sugeriu que os interesses dos fetos se fortalecem ao se aproximar o momento do nascimento.<sup>53</sup>

As considerações que levam BERG a concluir que há boas razões para tratar fetos sencientes como pessoas jurídicas também a levam a alegar que muitos animais não-humanos devam ter o mesmo status concedido.<sup>54</sup> Como a maioria dos animais não humanos têm a capacidade de sentir dor, argumenta que

eles devam ter um direito a ser protegido contra a imposição ao sofrimento sem justificativa. A Professora alega também que os direitos dos diferentes animais sencientes devam “variar dependendo dos interesses em jogo.”<sup>55</sup> Portanto, o fato de elefantes poderem sofrer de transtorno de estresse pós-traumático de uma maneira que outros animais não, pode nos dar boas razões para conceder aos elefantes o direito de serem mantidos livres de traumas psicológicos e, ao mesmo tempo, negar tal direito à outras criaturas.<sup>56</sup>

#### 4.2. Seres auto-conscientes x seres conscientes

PETER SINGER acredita que seres auto-conscientes devam ter mais direitos do que os entes que ele chama de “seres conscientes.”<sup>57</sup> Em termos gerais, um ser auto-consciente é um ente que é auto-conhecedor, tem uma “noção do futuro” e “a capacidade de se relacionar com os outros.”<sup>58</sup> A maioria dos humanos e alguns animais, como os chimpanzés, gorilas e orangotangos, se qualificam como seres auto-conscientes.<sup>59</sup> No entanto, os recém-nascidos e algumas pessoas com graves danos cerebrais, não se qualificam como tais. “Seres conscientes”, por outro lado, são entes que são “sensíveis e capazes de experimentar prazer e dor”, mas não são racionais e não têm auto-consciência ou um senso de futuro. A maioria dos<sup>60</sup> animais não-humanos e alguns humanos, tais como fetos sencientes, bebês e pessoas com deficiência mental, são seres conscientes.

Para SINGER, seres auto-conscientes têm o direito à vida mais vigoroso do que os seres simplesmente conscientes.<sup>61</sup> A razão para esta diferença reside em parte no fato de que, uma vez que apenas os seres auto-conscientes são capazes de compreender que existem no tempo, sua morte frustra o desejo de continuarem a viver. No entanto, uma vez que os seres conscientes não têm a capacidade de compreender a continuação de sua existên-



cia, não são capazes de alimentar o desejo de viver no futuro. Portanto, causar a morte de tais criaturas não frustra o desejo de continuar a viver. Como resultado, o assassinato de um ser auto-consciente é, em igualdade de circunstâncias, um mal maior do que a morte de um ser consciente.<sup>62</sup>

Isto, naturalmente, não significa que seres conscientes não devam ter direitos. Desde que esses seres têm a capacidade de sentir dor, eles devem ter o direito de ser protegido da imposição ao sofrimento sem justificativa. Além disso, eles devem ter o direito à vida, embora mais limitada que a concedida aos seres auto-conscientes. Por isso, embora se deva abster, como regra geral, de matar os dois tipos de seres, justificar a causa da morte de seres auto-conscientes seria mais difícil que justificar a morte de seres conscientes.

### 4.3. Concepção da personalidade em quatro categorias: algumas propostas concretas

Se combinarmos as idéias de BERG e SINGER pode-se supor, pelo menos, quatro conclusões com relação aos direitos que devam ser ligados a diferentes entes. Primeiramente, como regra geral, os seres humanos nascidos e outros seres auto-conscientes devem ter acesso a todos os direitos que o sistema jurídico oferece. Em segundo lugar, os seres não-humanos sencientes devem ter o direito de serem protegidos das imposições ao sofrimento sem justificativa em muito da mesma forma que os seres auto-conscientes. No entanto, é sensato negar-lhes alguns direitos à luz dos fatos de que a eles falta um sentido de si mesmo e do futuro. Em terceiro lugar, os seres vivos não-sencientes devem ter direitos diferentes de seres com capacidade de sentir dor. Por último, os direitos das entes não-vivos devem ser proporcionais aos benefícios que a sociedade terá ao conceder tais direitos. Cada um desses casos justificam considerações em separado.

### 4.3.1. Seres auto-conscientes e o problema da linha traçada

Parece haver boas razões para considerar que seres auto-conscientes devam ter direito ao máximo de proteção jurídica. Como a maioria dos seres humanos são entes auto-conscientes, faz sentido protegê-los mais que a outros seres.<sup>63</sup>

Deve-se notar, no entanto, embora seja verdade como SINGER argumenta que a alguns seres humanos falta a capacidade de auto-consciência, a lei ainda poderia ter boas razões para proporcionar para aqueles seres os mesmos direitos que proporciona aos seres auto-conscientes. As razões para isso são pragmáticas por natureza. Às vezes, é meticulosamente difícil distinguir seres auto-conscientes de seres apenas conscientes. É igualmente difícil determinar quando um ser em desenvolvimento tornou-se auto-consciente e quando um ente decadente perdeu essa capacidade. Diante de questões tão difíceis, talvez seria sensato para o direito adotar uma regra clara de demarcação que não deixa dúvidas aos cidadãos no que diz respeito aos seres que devem ter a máxima proteção da lei e aqueles que não devem.

Embora essa linha traçada seja inerentemente arbitrária, é provavelmente menos arbitrário que permitir para casos específicos, determinações de auto-consciência por juízes ou outros profissionais. Em última análise, o benefício que a sociedade terá a partir de padrões facilmente identificáveis provavelmente supera os custos que devem ser gerados ao envolver uma abordagem mais sutil e aproximação flexível para estas questões. Como resultado, proponho que uma total proteção legal seja concedida a todos os seres humanos após o nascimento,<sup>64</sup> independentemente se são individualmente capazes de auto-consciência. Além disso, proponho que o mesmo status seja concedida a todos os primatas, pois as provas científicas demonstram que tais seres são, em regra geral, capazes de auto-consciência e racionalidade.<sup>65</sup>

#### 4.3.2. *Seres sencientes*

Parece haver boas razões para conceder alguns direitos a outros seres sencientes, embora menos do que os concedidos aos entes acima referidos. Esta categoria de seres deve ser composta por fetos sencientes e animais sencientes. A partir do momento que esses seres têm a capacidade de sentir dor, devem no mínimo ser legalmente protegidos da imposição ao sofrimento sem justificativa. No caso dos fetos, isso deveria levar a garantir que os abortos, mesmo quando necessários, sejam realizados da forma mais indolor possível para o feto. Conforme SINGER salientou, este é um assunto que geralmente não recebe a atenção que merece.<sup>66</sup>

Importante consideração deve ser dada no sentido de proporcionar, aos fetos sencientes e animais, legitimidade para processar, pois este é o único meio significativo em que se pode assegurar que seus (limitados) direitos serão plenamente justificados. Por outro lado, à luz dos argumentos apresentados na subseção anterior, não devem ter um direito vigoroso à vida como têm os seres humanos nascidos. Assim, embora os seres conscientes devam obviamente ter o direito à vida, a justificativa da causa de sua morte deveria ser menos difícil que justificar a causa da morte de seres humanos nascidos.

#### 4.3.3. *Criaturas vivas não-sencientes*

Pode haver considerações que justifiquem conferir direitos distintos para determinados seres vivos não-sencientes, tais como embriões e alguns fetos. Embriões e fetos não-sencientes são consideravelmente diferentes dos seres humanos nascidos e de outros seres sencientes, pois diferentemente da maioria dos seres humanos, eles não têm a capacidade de entender sua existência continuada, e ao contrário de fetos sencientes e da maioria dos animais, não podem sentir dor. Como resultado, é razoável

permitir a tais criaturas direitos significativamente menores que os concedidos aos seres humanos, aos fetos sencientes e animais. Contudo, aos embriões e fetos não-sencientes podem ser concedidos um conjunto limitado de direitos, à luz do seu potencial para, eventualmente, desenvolver a consciência e auto-consciência. Isto é o que o estado da Louisiana fez no caso dos óvulos fecundados in vitro.

#### 4.3.4. *Entes não-vivos*

Entes não-vivos, tais como empresas, devem ter direitos na medida em que isso promova os interesses da sociedade. Da mesma forma, seus direitos devem ser reduzidos quando é do interesse da sociedade fazê-lo. Por isso, ao contrário de outros entes, o grau de proteção legal concedido às empresas depende se tal proteção conferida seria vantajosa para os cidadãos, e não sobre as semelhanças ou diferenças que existem entre um ente empresarial e os seres sencientes e auto-conscientes. Além disso, as empresas devem, como regra geral, terem menos direitos do que os concedidos aos humanos nascidos, mas não se deve esquecer que os seres empresariais existem para ajudar os humanos a atingirem seus objetivos, e não o contrário.

## 5. Resumo: quatro categorias de personalidade

À luz das considerações supracitadas, proponho uma abordagem em quatro categorias sobre a personalidade legal. Na primeira categoria as pessoas devem ter acesso a todos os direitos que a lei tem a oferecer. Esta categoria de personalidade deve ser reservada para os seres humanos nascidos e primatas. Se há provas científicas conclusivas que sugerem que outras espécies animais não humanos têm a capacidade de autoconsciência, então devemos considerar a extensão da proteção da primeira categoria da personalidade a eles também.

Por outro lado, as pessoas da segunda categoria devem ter acesso não a todos, mas a alguns direitos estatutários e constitucionais. No mínimo, devem ter o direito de serem mantidos livres de imposições a danos não justificáveis e talvez ter legitimidade para demandar a fim de reivindicar os seus interesses legalmente reconhecidos. Além disso, eles devem ter algum direito à vida, embora não tão intenso quanto àquela concedida às pessoas na primeira categoria. Esta deve incluir os fetos sencientes e a maioria dos animais não-humanos.

Pode haver considerações que conduzem a sociedade a criar categorias adicionais de personalidade. Nesse sentido, os embriões e os fetos não-sencientes podem ser tratados na terceira categoria de pessoas. Independente da proteção legal que decidimos conceder a esses seres, eles devem ter significativamente menos direitos do que qualquer das pessoas na primeira ou segunda categoria.

Uma quarta categoria de personalidade pode ser criada para lidar com o status legal de entes não-vivos que existem com o fim de promover os interesses humanos. As corporações são casos paradigmáticos destes tipos de entes. Os direitos desses entes podem ser ampliados ou restringidos a depender do benefício que trazem para a sociedade.

Finalmente, deve-se notar que a discriminação entre as pessoas com base na categoria de personalidade a que pertencem não viola os princípios básicos da igualdade, pois normativamente há relevantes diferenças entre membros das várias categorias. Tais diferenças justificam que seja concedido tratamento jurídico diferenciado para os seres a depender da categoria a que pertencem. Assim, a adoção do conceito de categorias de personalidade aqui proposto teria evitado o “dilema” que a Suprema Corte identificou em *Roe x Wade* no que diz respeito ao status legal dos fetos. Sendo possível conceber os fetos como pessoas de segunda categoria e os seres humanos nascidos como pessoas de primeira categoria, não haveria perplexidade no tratamento de tais entes de forma diferente. Também não haveria impedimento ao

proporcionar aos fetos alguns direitos ao devido processo legal, embora menos que as oferecidas aos humanos.

## 6. Níveis de personalidade e vitimização

A concepção de categorias de personalidade é útil para responder às perguntas relacionadas a quem deveria ser considerada vítima para a lei penal. Também pode ser útil na determinação dos direitos que devem ser concedidos às diferentes vítimas. Tem-se afirmado com frequência que vítima é uma “pessoa” que foi lesada por um crime.<sup>67</sup>

O problema com esta definição é que ela sofre de ambiguidade, pois a “personalidade” é um conceito inerentemente obscuro. Assim, a questão sobre quem deve qualificar-se como uma pessoa que pode ser prejudicada por um crime é deixada sem resposta. Além disso, como tentamos demonstrar aqui, o problema com relação a quem deve ser considerado como pessoa é normativo, e não por definição ou conceito. Consequentemente, os méritos relativos a definições alternativas de vitimização devem ser preferencialmente avaliados pelo seu apelo normativo e não por sua compatibilidade com uma definição a priori da personalidade.

Em última instância, dúvidas sobre quem deve qualificar-se como vítima estão intimamente ligadas às questões sobre quais entes devem ter direitos cuja proteção faria sentido garantir por meio da lei penal. Tais questões não podem ser respondidas sem uma teoria sobre a personalidade e os direitos que devem ser inerentes aos diferentes seres. O conceito diferenciado da personalidade aqui adiantado constitui uma teoria. De acordo com esta teoria, as pessoas da primeira categoria devem ter acesso a todos os direitos que o nosso sistema legal tem a oferecer. Assim, seria perfeitamente aceitável para a sociedade proteger os direitos das pessoas da primeira categoria por meio da lei penal. Como resultado, os seres humanos nascidos e certos animais capazes

de autoconsciência devem inegavelmente se qualificar como candidatos à vitimização.

As pessoas da segunda categoria devem ter acesso a algumas proteções legais, mas não a todas. Mais especificamente, desde que o traço constitutivo das pessoas da segunda categoria é a sua capacidade de sofrer, devem ter o direito a se manterem livres de imposições ao sofrimento sem justificativa. Se este for o caso, não vejo razão para que devemos nos abster de fazer uso da lei penal como meio de salvaguarda de tais interesses. Como argumentei em outro ponto, as ofensas anti-crueldade foram efetuadas primariamente com o propósito de evitar o sofrimento dos animais sensíveis.<sup>68</sup> Isto me soa como uso perfeitamente legítimo da sanção penal. Uma vez que os animais protegidos por estes estatutos são criaturas sensíveis, o sofrimento infligido a tais criaturas podem plausivelmente ser caracterizado como dano juridicamente relevante. Se assim for, não deve haver nenhum impedimento em tratar animais sensíveis como as verdadeiras vítimas de tais delitos. O mesmo pode ser dito sobre os fetos sencientes. Sua capacidade de sentir dor nos dá boas razões para conceder-lhes direitos a serem mantidos livres de sofrimento injustificado. Assim, a salvaguarda de tais interesses por meio da lei penal é perfeitamente sensata.

Como já referido, no entanto, as pessoas da primeira e da segunda categoria garantem um tratamento jurídico distinto em função das suas diferenças. Assim, faz sentido para a lei penal proteger o primeiro tipo de pessoa mais que o último. As diferenças moralmente relevantes entre a primeira e a segunda categoria de pessoas podem explicar, por exemplo, porque um homicídio é quase que universalmente punido com mais severidade que o aborto e a crueldade animal. Além disso, poderia também explicar porque danos a interesses humanos são criminalizados com muito mais freqüência e incisivamente do que o mal para animais não-humanos.

O caso em favor do tratamento de pessoas da terceira categoria, tais como embriões e fetos não-sencientes, como vítimas

é muito mais fraco. Uma vez que tais seres não têm a capacidade de consciência e sensibilidade, é duvidoso que eles tenham interesse em não serem feridos ou destruídos. Portanto, as leis penais que protegem entes não-sencientes são mais adequadamente concebidas como estatutos que, mais além, são independentes da salvaguarda de qualquer interesse. Como resultado, pessoas de terceira categoria não são candidatas adequadas à vitimização. A verdadeira vítima em casos de danos a seres não-sencientes, se houver, seria uma pessoa da primeira ou segunda categoria, cujos interesses são prejudicados pelo dano ou destruição da pessoa do terceiro nível.

Por último, é incerto se pessoas da quarta categoria, como as empresas, devem ser tratadas como vítimas. Embora eu não esteja certo de qual seja a resposta correta para essa pergunta, penso que deve depender se a sociedade seria beneficiada ao proteger a empresa como vítima, independente se os indivíduos que têm ligações com o ente tenham sofrido danos. Em um artigo publicado nesta edição do simpósio, o professor Gómez-Jara Díez alegou que eles devem ser vítimas.<sup>69</sup> Se ele estiver certo, então pode ser plausivelmente sustentado que as empresas devem ser consideradas candidatas à vitimização. Em qualquer caso, a questão é discutível.

Em suma, creio que a concepção em categorias da personalidade aqui defendida nos concede um meio para melhor resolver a difícil questão sobre quem deve ser considerada vítima. Muitas pessoas acreditam que somente “pessoas” podem ser consideradas vítimas. Dado o caráter vago do conceito de personalidade, tal resposta é insatisfatória. Se por tal afirmação se entende que somente os seres humanos devem ser considerados vítimas, então acredito que é errônea. Os fetos sencientes e a maioria dos animais não-humanos têm interesses que podem ser justificados por meio da utilização de sanção criminal. Finalmente, não tenho nenhum problema com a afirmação de que só as pessoas



podem ser consideradas vítimas, enquanto é claro que o uso do termo “pessoa” neste contexto inclui pessoas da primeira e segunda categorias.

## **7. Os Cães de Michael Vick: uma segunda visão**

No início deste artigo foi dito que o aspecto mais revelador do caso de Michael Vick é que ele foi condenado a pagar um milhão de dólares em indenização para garantir que os cães que ele lesou, como resultado de seu negócio ilegal, foram bem tratados. A razão pela qual esse recurso do caso é de importância é porque revela o que acredito ser uma tendência irreversível para uma abordagem mais sutil a perguntas sobre a personalidade e vitimização. Ao ordenar a indenização a ser paga neste caso, a Corte rejeitou implicitamente a noção de que ser humano deve ser pré-requisito a ser considerado tanto para vítima ou pessoa. Além disso, ao orientar que o dinheiro seja usado para melhorar a qualidade de vida dos cães, a Corte Distrital também foi tacitamente reconhecendo que os animais não-humanos têm um interesse juridicamente reconhecível em viver livre de sofrimento tanto quanto possível. Este interesse, é claro, provém da sua sensibilidade.

No entanto, seria um erro acreditar que a decisão da Corte implica necessariamente que os animais não-humanos são tanto pessoas legais quanto os seres humanos são. A citada decisão deve ser entendida como ela é: um exposto reconhecimento de que a sensibilidade é uma condição suficiente para o acesso a algumas das proteções que o sistema jurídico tem para oferecer: o status de vítima e de candidatura à indenização. Portanto, na medida em que o juiz que preside o caso de Vick se preocupa, pessoas da segunda categoria devem qualificar-se como vítimas. Alguns podem achar essa conclusão decepcionante. Eu, por outro lado, acho inatacável.

## NOTAS

- <sup>1</sup> Sumário dos fatos, *United States v. Michael Vick*, Criminal No. 3:07CR274 (E.D. Va. Aug. 24, 2007), disponível em: [http:// sports.espn.go.com/photo/2007/0824/vicksummary.pdf](http://sports.espn.go.com/photo/2007/0824/vicksummary.pdf).
- <sup>2</sup> A conduta de Vick se constituiu em violação criminal do 18 U.S.C. § 371 (1948). Veja acordo judicial, *United States v. Michael Vick*, Criminal No. 3:07CR274, P 2 (E.D. Va. Aug. 24, 2007), disponível em: <http://sports.espn.go.com/photo/2007/0824/vickplea.pdf>.
- <sup>3</sup> Juliet Macur, *Given Reprieve, N.F.L. Star's Dogs Find Kindness*, N.Y. Times, Feb. 2, 2008, em A1, disponível em 2008 WLNR 1991314.
- <sup>4</sup> Acordo judicial, nota supra 2, na P 8.
- <sup>5</sup> Id.
- <sup>6</sup> ESPN News Services, *Jailed Quarterback to Pay for Care of Seized Pit Bulls*, Nov. 28, 2007, <http://sports.espn.go.com/nfl/news/story?id=3133102>.
- <sup>7</sup> Acordo judicial, nota supra 2, na P 8. Veja também 18 U.S.C. § 3663 (2000).
- <sup>8</sup> Quanto ao termo vitimização, entenda-se a possibilidade de animais serem entendidos como parte de determinada lide.
- <sup>9</sup> Veja Markus Dubber, *Victims in the War on Crime: The Use and Abuse of Victims' Rights* (2002).
- <sup>10</sup> O autor usa o termo "personhood", diferenciando-o de "humanhood", termos aqui traduzidos como "personalidade" e "humanismo", respectivamente.
- <sup>11</sup> Muitos códigos penais definem "pessoa" de modo sinônimo a "ser humano." Veja, por exemplo, N.Y. Penal Law § 125.05(1) (McKinney 2004).
- <sup>12</sup> Veja Dubber, nota supra 8, em 259 ("Todas as pessoas são humanas, mão nem todos os humanos são pessoas.").
- <sup>13</sup> Em inglês, o autor se refere ao termo "entities" – o qual pode ser traduzido como "entidade" ou "coisa".

- <sup>14</sup> Parece ser um significado constitucional de “pessoa”, pois a Corte Suprema trata as empresas como “pessoas” no sentido constitucional, embora certamente sejam seres não humanos. Veja, por exemplo, *Nw. Nat'l Life Ins.Co. v. Riggs*, 203 U.S. 243 (1906).
- <sup>15</sup> Veja *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 156-62 (1973), para análise, pela Corte Suprema, do uso histórico do termo “pessoa” para concluir que aos fetos não se deve atribuir o status da personalidade. A ausência de qualquer argumento substancial que poderia sustentar a decisão historicamente fundamentada da Corte de que fetos não são pessoas é particularmente surpreendente.
- <sup>16</sup> Outra opção poderia ser o abandono da linguagem da personalidade por completo. Como o Professor David Cassuto recentemente alegou, o termo “pessoa” traz consigo muita bagagem e inerentemente tão vago que talvez seja melhor suspender o seu uso. David N. Cassuto, *Bred Meat: The Cultural Foundation of the Factory Farm*, 70 *Law & Contemp. Probs.* 59, 82-85 (2007). Ainda que me simpatize com essa visão, acredito que enquanto a maioria das disposições constitucionais e legais concede direitos às “pessoas”, nós infelizmente não podemos deixar de fazer referência à personalidade como um meio de estabelecer direitos aos diferentes seres.
- <sup>17</sup> U.S. Const. amend. V.
- <sup>18</sup> U.S. Const. amend. XIV.
- <sup>19</sup> 118 U.S. 394 (1886).
- <sup>20</sup> Veja Carl J. Mayer, *Personalizing the Impersonal: Corporations and the Bill of Rights*, 41 *Hastings L.J.* 577 (1990).
- <sup>21</sup> Veja *id.*
- <sup>22</sup> Veja Gary Francione, *Animal Rights Theory and Utilitarianism: Relative Normative Guidance*, 3 *Animal L. Rev.* 75, 83-87 (1997).
- <sup>23</sup> Ronald Dworkin, *Justice in Robes* 9 (2006).
- <sup>24</sup> Peter Singer, *Practical Ethics* 87 (2d ed. 1993).
- <sup>25</sup> Veja Peter Kreeft, *Human Personhood Begins at Conception*, 4 *J. Biblical Ethics Med.* 9 (1997), disponível em: <http://www.catholiceducation.org/articles/abortion/ab0004.html>.

- <sup>26</sup> *Byrn v. New York City Health & Hosps. Corp.*, 286 N.E.2d 887, 889 (N.Y. 1972).
- <sup>27</sup> Dubber, nota supra 8, em 259.
- <sup>28</sup> Id.
- <sup>29</sup> Singer, nota supra 21, em 87.
- <sup>30</sup> Roslyn Weiss, *The Perils of Personhood*, 89 *Ethics* 66, 67-68 (1978).
- <sup>31</sup> Michael Tooley, *Abortion and Infanticide*, 2 *Phil. & Pub. Aff.* 37, 40 (1972).
- <sup>32</sup> Id.
- <sup>33</sup> Dubber, nota supra 8, em 259.
- <sup>34</sup> Id. em 218-19 (discute o status de não-personalidade das empresas); id. em 258 (discute sua visão sobre animais como não-pessoas).
- <sup>35</sup> 410 U.S. 113 (1973).
- <sup>36</sup> Id. em 157 n.54
- <sup>37</sup> Jessica Berg, *Of Elephants and Embryos: A Proposed Framework for Legal Personhood*, 59 *Hastings. L.J.* 369, 403 (2007).
- <sup>38</sup> Id. em 373.
- <sup>39</sup> Id.
- <sup>40</sup> Id.
- <sup>41</sup> *Minneapolis & Saint Louis Ry. v. Beckwith*, 129 U.S. 26 (1889).
- <sup>42</sup> *County of Santa Clara v. S. Pac. R.R.*, 118 U.S. 394 (1886).
- <sup>43</sup> *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43 (1906).
- <sup>44</sup> *Marshall v. Barlow's, Inc.*, 436 U.S. 307 (1978).
- <sup>45</sup> *La. Rev. Stat. §§ 9:121, 9:123* (1999).
- <sup>46</sup> Id. § 124
- <sup>47</sup> Id. § 122.
- <sup>48</sup> Berg, nota supra 34, em 391-92.
- <sup>49</sup> Id. em 400

- <sup>50</sup> Id. em 399.
- <sup>51</sup> Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey, 505 U.S. 833, 846 (1994).
- <sup>52</sup> Berg, nota supra 34, em 393-94.
- <sup>53</sup> Veja Harris v. McRae, 448 U.S. 297, 313 (1980) (cita Roe v. Wade, 410 U.S. 113, 162-63(1973)), para as afirmação da Corte Suprema de que o interesse governamental em proteger os fetos ““ cresce substancialmente à medida que a se aproxima o momento da mulher dar a luz.”
- <sup>54</sup> Berg, nota supra 34, em 403-05
- <sup>55</sup> Id. em 404.
- <sup>56</sup> Id.
- <sup>57</sup> Veja Singer, nota supra 21, em 101
- <sup>58</sup> Id. em 86.
- <sup>59</sup> Id. em 86-87, 101, 115-16.
- <sup>60</sup> Id. em 101.
- <sup>61</sup> Id. em 95-99.
- <sup>62</sup> Id. em 101, 132.
- <sup>63</sup> Reconheço que alguns estudiosos do direito animal podem fazer oposição a minha proposta porque ela pode ser interpretada como concessão de direitos a depender do grau de semelhança existente entre criaturas não-humanas e seres humanos. Veja, por exemplo, Taimie Bryant, *Similarity or Difference as a Basis for Justice: Must Animals Be Like Humans to Be Legally Protected from Humans?*, 70 Law & Contemp. Probs. 207 (2007). Assim, pode ser “propenso ao especismo porque não valida a “alteridade”, ao invés de gratificar os humanos análogos, quando e se eles aparecem em outros seres.” **Cassuto**, supra note 13, at 86. Apesar deste possível criticismo, a visão que aqui proponho não deve ser rejeitada como especista, pois as distinções aqui feitas não são fundamentadas com base nos seres pertencentes a espécies em particular, mesmo se argumentasse que algumas espécies merecem mais proteção que outras. Em última análise, o quantum de proteção legal depende do ser ter capacidade de autoconsciência e percepção de futuro, e não pertence a espécies em particular. O fato de seres humanos normalmente compartilharem essas características não vem ao caso, pois o que realmente

importa são os traços e não as espécies. Veja Singer, nota supra 21, em 61 (relata que não é especista que alega que a vida humana tem mais valor que a vida animal por causa da capacidade humana de autoconsciência porque “não é na base da própria espécie que uma vida é considerada mais valiosa que a outra”). Estas características importam porque os seres que possuem percepção própria e têm noção do futuro são mais propensos a sofrer que as criaturas que não as possuem. Seres autoconscientes, por exemplo, temem a morte não apenas pela possível dor que o processo da morte pode causar, mas também pelo sofrimento que pode causar por ter conhecimento pleno do fim de alguém (pense na angústia de um prisioneiro no corredor da morte que agoniza quando contempla sua futura morte). Além disso, como os seres auto-conscientes são conscientes da passagem do tempo e fazem planos para o futuro, matá-los não implica somente no encerramento de suas existências, mas também tomá-los a possibilidade de realizar seus planos e aspirações. Matar seres com a falta dessas características de alguma maneira não lhes causa dano. Considerando que eles não são conscientes do futuro, também não tem percepção do significado da morte. Como lhes falta capacidade de fazer planos para o amanhã, não possuem noção da transitoriedade do momento de sua própria existência.

- <sup>64</sup> Imagino que é um tanto arbitrário excluir alguns fetos desenvolvidos desta categoria. Este é um produto dos problemas da linha traçada pela lei. Esta decisão, no entanto, é provavelmente justificada, pois, como o Professor Berg argumenta: a preocupação não consiste em determinar em que ponto os fetos desenvolvem interesses, mas em que ponto estes deve formar a base da personalidade legal. Esta é uma questão da linha traçada — a personalidade legal deve surgir em algum momento mesmo que seja provável que os interesses do feto se desenvolvam continuamente. A lei é o melhor instrumento contundente. Embora deva haver uma maneira de se chegar a uma abordagem um pouco diferenciada no aspecto legal ao reconhecer a personalidade jurídica em um estágio inicial do desenvolvimento fetal, e em sequência à personalidade natural em um estágio mais tardio, ambas as designações ainda devem ser baseadas em padrões justos e facilmente identificáveis — em outras palavras, devemos traçar linhas. A determinação final de como e se fazemos distinções entre diferentes níveis de desenvolvimento de seres humanos deve depender de necessidades práticas em identificar linhas legais claras. Berg, nota supra 34, em 393.

65 Veja as autoridades citadas em Singer, nota supra 21, em 110-18, pois uma discussão das provas científicas mostram que todos os primatas são aptos a terem auto-conhecimento e racionalidade.

66 Singer, nota supra 21, em 151.

67 Veja geralmente Dubber, nota supra 8.

68 Luis E. Chiesa, *Why is it a Crime to Stomp on a Goldfish? - Harm, Victimhood and the Structure of Anti-Cruelty Offenses*, 78 *Miss. L.J.* (forthcoming 2008), disponível em <http://ssrn.com/abstract=1104494>.

69 Carlos Gómez-Jara Díez, *Corporations as the Victims of Mismanagement: Beyond the Shareholders vs. Managers Debate*, 28 *Pace L. Rev.* 795 (2008).

Recebido em: 28/11/2011.

Aprovado em: 02/02/2012.





“QUEM FICA COM OS GATOS... VOCÊ OU EU?”  
ANÁLISE SOBRE A GUARDA E O DIREITO DE  
VISITA. QUESTÕES RELATIVAS AOS ANIMAIS  
DE ESTIMAÇÃO APÓS O DIVÓRCIO OU A  
SEPARAÇÃO

(Who gets the cats...you or me? Analysing contact  
and residence issues regarding pets upon divorce or  
separation)

*Mills Eithne\**, *Kreith Akers\*\**

RESUMO: O presente artigo trata da questão da guarda de animais domésticos nos processos de divórcio, por meio de dados estatísticos da Austrália, Canadá e Estados Unidos, ressaltando-se a importância de conceder ao cônjuge que não tem a custódia do animal o direito de visita após a separação. Destaca-se que a guarda significa o dever do responsável de prover diariamente abrigo, alimentação, exercício físico, controle da saúde, etc, do animal de estimação. Este não deve ser considerado como um bem particular, mas sim como membro da família e, inclusive, se durante qualquer litígio que envolver a separação, houver motivos razoáveis para pensar que o interesse do animal de estimação será contrariado, o mesmo deverá ser representado legalmente para garantir seus direitos, sendo considerado como detentor de uma personalidade jurídica qualificada.

---

\* Procurador da Corte Suprema de Victoria, Professor na Faculdade de Direito da Universidade Deakin.

\*\* BA (Monash); Alaa. Assistente de Pesquisa, Monash University Faculdade de Direito e Departamento de Direito Empresarial e Tributário.

**PALAVRAS-CHAVE:** animais domésticos, divórcio, guarda, interesse, personalidade jurídica.

**ABSTRACT:** This article board the issue of pet custody in divorce proceedings, considering statistical data from Australia, Canada and the United States, emphasizing the importance of giving to a spouse who has custody of the animal the right to visit the animal after the separation. It is noteworthy that the animal care means the duty of the daily responsibility of providing shelter, food, exercise, health management, etc. This should not be regarded as a private good, but as a member of the family, and even if, during any dispute involving the separation, there are reasonable grounds for believing that the interest of the pet will be upset, it should be legally represented to guarantee their rights, being considered as having a qualified legal personality.

**KEYWORDS:** pets, divorce, custody, interest, legal personality.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Incidência de Donos de animais de estimação e a necessidade das pessoas de ter animais domésticos. 3 Posse e direitos legais sobre animais de estimação e domésticos. 3.1 Definição de Animais Domésticos. 3.2 Animais de Estimação como bens pessoais. 3.3 Animais de Estimação como bens pessoais. 3.4 Título do animal de estimação. 3.5 Propriedade do animal de estimação. 4 Motivos para os implícitos direito de visita e a guarda em relação aos animais domésticos. 4.1 Sempre que exista um acordo de separação prévia. 4.1.1 Casais de fato e uniões estáveis. 4.1.2 Casais casados. 4.2 Quando não existe um acordo de separação prévio. 5 Posse do animal de estimação. 6 Bem estar do animal. 7 Melhor Interesse da PET. 8 Melhor Interesse do Parceiro Humano. 9 Deficiências na presente lei e Possíveis Soluções. 9.1 Tratar animais domésticos como bens móveis ou como propriedade pessoal. 9.2 Animais domésticos com a sua própria Personalidade Jurídica. 9.3 direito à representação legal e Advocacia. 9.4 Melhores interesses do animal de estimação ou Melhor Interesse dos divorciados ou casais separados. 10 Conclusão.

## 1. Introdução

Embora não haja dados disponíveis sobre o número exato de casais divorciados que também são proprietários de animais de estimação, não se estaria ampliando, desordenadamente, a imaginação ao se desenhar uma correlação entre a posse do animal de estimação na comunidade em geral e os casais divorciados. Em outras palavras, se 64% das famílias possuem animais de estimação, então a questão da guarda destes animais de estimação deve surgir em um número significativo de relacionamentos dissolvidos. Dado o contexto referido, não é difícil imaginar as dolorosas disputas que podem ocorrer sobre os implícitos direitos de visita e de guarda sobre estes animais, quando ocorre ruptura irremediável entre os proprietários de um animal de estimação ou animais de estimação particulares.

Os tribunais, no entanto, nem sempre lidaram com essas disputas, a contento de todos os envolvidos, incluindo os animais de estimação. Defendemos que esta situação insatisfatória é em parte devido às contradições que os tribunais criaram para eles mesmos, por um lado, classificando os animais de estimação como bens pessoais, mas por outro lado, tratando os animais de estimação como seres humanos, especialmente como crianças, quando se pronunciam sobre os implícitos direitos de visita (acesso) e de guarda(residência) em relação a esses animais durante o divórcio ou no processo de separação. Este problema poderia ser diminuído se animais recebessem direitos legais similares aos de crianças durante o processo de divórcio e separação. Este artigo descreve a incidência estatística dos donos de animais de estimação e a necessidade das pessoas de animais domésticos, discute os direitos de posse ou de propriedade dos direitos de animais domésticos, define os critérios utilizados pelos tribunais quando se pronuncia sobre os direitos implícitos de visita<sup>1</sup> e os direitos de guarda sobre animais domésticos diante de uma ruptura irremediável entre os “donos” dos animais do-

mésticos, e destaca tanto as deficiências da legislação existente e as possibilidades de superação dessas deficiências.

No contexto deste artigo, o contato significa que o parceiro ou cônjuge que não tem a custódia do animal tenha direito de visitar ou ter acesso ao animal de estimação ou animais de estimação depois que o casal tiver se separado judicialmente ou se divorciado. Além disso, a guarda significa a responsabilidade legal ou direito de um dos parceiros separados de ter a custódia ou diariamente prover abrigo, alimentação, exercício físico, controle da saúde, etc, do animal de estimação da família após a separação dos sócios. Este artigo é essencialmente limitada a jurisdições da Austrália, Canadá e Estados Unidos, embora ocasional referência será feita para os casos ingleses para as definições de *Common Law*.

## **2. Incidência de Donos de animais de estimação e a necessidade das pessoas de ter animais domésticos.**

A Austrália possui a maior incidência da posse do animal de estimação no mundo, com 4 milhões de cães e 2,6 milhões de gatos mantidos como animais de estimação.<sup>2</sup> Nos Estados Unidos, foi recentemente estimado que há 68 milhões donos de cães e 73 milhões donos de gatos,<sup>3</sup> enquanto que no Canadá foi alegado recentemente que existem 3,5 milhões de cães e 4,3 milhões de gatos.<sup>4</sup> Mais de 83% dos australianos tiveram um animal de estimação em algum momento de suas vidas e refletiram sobre ser proprietário de animal de estimação sob uma perspectiva muito positiva.<sup>5</sup> Dos proprietários de animal de estimação, 91% relatam que sentem-se “muito perto” de seu animal de estimação, o que reforça a idéia de que animais de estimação são um membro integrante da família, porém, a família deve ser constituída.<sup>6</sup> Estas estatísticas não são surpreendentes, já que a literatura sociológica e científica afirma que os seres humanos partilham duradouras, intensas e profundas relações emocionais com os

seus animais de estimação.<sup>7</sup> Animais podem ser chamados, nutridos e tratados como filhos, irmãos ou melhores amigos. Na verdade, não é incomum que animais de estimação passem a ser vistos como um membro da família ao invés de algo a ser possuído.<sup>8</sup>

Em geral, parece que o apego aos animais de estimação é mais elevado entre aqueles que estão sozinhos ou estão passando por tempos de mudança em suas vidas. Albert e Bulcroft concluíram que a adoção de animais de estimação foi particularmente importante entre os divorciados, os não casados e as pessoas viúvas, casais sem filhos, recém-casados. Como os animais de estimação dão e recebem afeto, podem ser substitutos emocionais e contribuir para manter a motivação quando as pessoas estão sozinhas ou estão atravessando períodos difíceis de transição.<sup>9</sup> Quase 50% dos domicílios australianos, atualmente, contêm apenas uma ou duas pessoas, com cerca de 30% com um único adulto - com ou sem filhos.<sup>10</sup> A situação foi semelhante no Canadá, em que, segundo o Censo 1996, cerca de 25% das casas continha apenas uma pessoa e quase 32% dos domicílios continha apenas duas pessoas.<sup>11</sup> Em 2001, a situação foi semelhante nos Estados Unidos, com um pouco mais de um quarto dos domicílios com apenas uma pessoa<sup>12</sup> em parte, pelo menos, esse isolamento físico e social surgiu como resultado do aumento da taxa de divórcio na Austrália. "Para cada dois casamentos na Austrália há um divórcio,"<sup>13</sup> e a posição dos Estados Unidos é muito semelhante, com a taxa de casamento por 1.000, em setembro de 2001, em 8,5, enquanto a taxa de divórcio foi de 4.<sup>14</sup> No Canadá no final de 2001,<sup>15</sup> da população com mais de quinze anos de idade, 47,3% eram casados e quase 5% eram divorciados. A posição dos Estados Unidos foi ainda mais extrema, com quase 53% da população com mais de quinze anos casados e 9,3% de divorciados.<sup>16</sup>

### 3. Posse e direitos legais sobre animais de estimação e domésticos

#### 3.1. Definição de Animais Domésticos

No direito comum, animais domésticos ou de estimação são geralmente espécies não humanas, animais mansos, que não existem em liberdade<sup>17</sup> ou na selva e geralmente estão acostumados a viver em torno de seres humanos.<sup>18</sup> Em vários estatutos, animais domésticos<sup>19</sup> tem sido definidos de diversas formas como animais em cativeiro,<sup>20</sup> suficientemente domesticados para servir a algum propósito para o homem, como gatos,<sup>21</sup> cães,<sup>22</sup> cavalos<sup>23</sup> e ovelhas.<sup>24</sup> Em Kansas, a animal doméstico tem sido definida por lei como “um animal domesticado, que é mantido mais por prazer do que por utilidade”<sup>25</sup> enquanto ao abrigo da legislação de Vermont, foi definido como “qualquer cão doméstico, gatos e furões, mas o termo deverá incluir tantos outros animais domésticos quanto os que o legislador estabelecer em regra.”<sup>26</sup>

#### 3.2. Animais de Estimação como bens pessoais

Nos Estados Unidos<sup>27</sup>, Austrália<sup>28</sup> e no Canadá,<sup>29</sup> animais domésticos são geralmente classificados como bens pessoais ou como bens móveis. Em alguns dos primeiros casos americanos<sup>30</sup> foi decidido que não havia qualquer propriedade sobre cães e gatos considerando ofensas criminosas à propriedade, porque os animais domésticos eram vistos sem nenhum valor econômico.

#### 3.3. Título do animal de estimação

Título do animal de estimação pode ser criado por presente, venda, registro<sup>313233</sup> com a autoridade pública competente ou,

no caso de um jovem animal de estimação, por comprovante de posse da mãe do jovem.<sup>34</sup>

### 3.4. Propriedade do animal de estimação

O proprietário do animal de estimação é geralmente o ser humano que tem o título do animal de estimação.<sup>35</sup> O dono do animal de estimação pode, no entanto, ser qualquer pessoa que mantém,<sup>36</sup> proteja<sup>37</sup> tem o animal sob seu controle<sup>38</sup> ou o<sup>39</sup> ocupante do local onde o animal é geralmente mantido ou autorizados a permanecer.

#### *3.4.1. Direitos de posse referente aos animais domésticos e de estimação*

Alguns argumentam que os direitos de propriedade sobre animais domésticos ou animais são absolutos,<sup>40</sup> dessa forma o proprietário pode usar e dispor do animal como ele ou ela escolher.<sup>41</sup> Em decorrência desses direitos de propriedade, o proprietário do animal tem o direito de processar para seu ressarcimento, por transgressão ao bem ou outros delitos, se o animal de estimação é roubado, ilegalmente retido ou danificado de alguma maneira por terceiros.<sup>42</sup>

Outros argumentam, no entanto, que este direito de propriedade é qualificado por cláusulas contratuais,<sup>43</sup> acordos de adoção<sup>44</sup> e os estatutos que tratam de segurança pública, saúde e bem-estar,<sup>45</sup> em particular os controles que o Estado coloca para os proprietários de animais de estimação, com vista a proteger esses animais de atos cruéis pelo proprietário.

O direito legal de possuir o animal encontra-se com o proprietário,<sup>46</sup> que levanta a questão da duração desse direito. Para esta medida, que tem sido afirmado que o proprietário do animal mantém a propriedade do animal, mesmo se ele fugir ou se for perdido.<sup>47</sup> Por outro lado, alguns têm argumentado que

aquele que achar o animal perdido deve se tornar o novo proprietário do animal de estimação se puder demonstrar que ele ou ela cuidou bem do animal por algum tempo desde que o encontrou perdido ou extraviado.<sup>48</sup>

## **4. Motivos para os implícitos direito de visita e a guarda em relação aos animais domésticos**

### **4.1. Sempre que exista um acordo de separação prévia**

#### *4.1.1. Casais de fato e uniões estáveis*

Segundo a legislação do estado australiano,<sup>49</sup> uniões de fato podem entrar em acordos especiais em que ambas as partes acordem sobre a forma como os seus bens serão distribuídos, se e quando, eventualmente, terminar seu relacionamento. A terminologia utilizada para descrever esses acordos especiais varia<sup>50</sup> de estado para estado, mas por causa do nosso trabalho, nos referiremos a eles como “os acordos de separação”. Tribunais têm competência para aplicar esses acordos de separação, para alterá-los, ou retirá-los quando esses acordos dão origem a qualquer injustiça grave,<sup>51</sup> ou forem impraticáveis,<sup>52</sup> expulsão da jurisdição do Tribunal, mudança das circunstâncias desde quando o acordo<sup>53</sup> foi formado,<sup>54</sup> ou se padece de outros fatores relativos aos contratos têm ocorrido, tais, como fraude ou coação.<sup>55</sup> Embora acordos de separação possam lidar com as responsabilidades futuras para as crianças da relação ou para crianças de um só deles<sup>56</sup> nada em tais acordos podem afetar o poder do tribunal de proferir uma decisão sobre a visita e/ou guarda das crianças.<sup>57</sup>

Determinados estados nos Estados Unidos, como Minnesota,<sup>58</sup> tem disposições legais que permitem o reconhecimento legal dos acordos de separação em relação a propriedades pessoais ou



reais entre casais de fato. Desde o californiano caso, divisor de águas, Marvin contra Marvin,<sup>59</sup> todos os tribunais dos Estados Unidos, exceto três estados (Georgia, Illinois e Louisiana), tem reconhecido os direitos de propriedade em acordos coabitação sob a forma de acordos explícitos ou implícitos, ou emendas equiparáveis, tais como o julgamento do mérito, o enriquecimento sem causa ou confianças construídas ou resultante.<sup>60</sup> Minnesota, Texas, Florida, Dakota do Norte exigem que os parceiros não casados registrem, por escrito, seus acordos para a distribuição da propriedade, antes dos tribunais obrigarem a aplicação de tais acordos.<sup>61</sup> Algumas províncias do Canadá<sup>62</sup> também reconhecer os acordos de coabitação e acordos de separação<sup>63</sup> entre os parceiros não casados que estabelecem regras para a distribuição ou a divisão dos bens do relacionamento após a separação ou a morte de um dos parceiros.

#### 4.1.2. *Casais casados*

No âmbito da lei federal australiana, Ato da Família 1975, seções 90B, 90C, 90D, os tribunais também reconhecem o mesmo tipo de acordos de separação envolvendo os legalmente casados. Sob as seções 90K e 90KA do mesmo ato, o tribunal tem o poder de aceitar parcialmente ou anular acordos de separação envolvendo propriedade ou finanças dos legalmente casados por motivos tais como fraude, impraticabilidade, e assim por diante.

Nos Estados Unidos, há uma disposição no ato do acordo pré-nupcial uniforme<sup>64</sup> para o reconhecimento legal de acordos pré-conjugais envolvendo o regime de propriedades pessoais e reais, onde o acordo foi feito pelos cônjuges futuros com vistas no casamento. Além disso, a maioria dos estados permite que as partes possam entrar em acordos de separação para resolver questões de propriedade e de custódia. Se o acordo é aprovado e/ou incorporado no decreto, as disposições relativas à proprie-

dade são definitivas, mas as disposições relativas às crianças são sujeitas a modificações de acordo com os melhores interesses da criança.

Os tribunais e a legislação provincial Canadenses reconhecem acordos de separação<sup>65</sup> pelo que os cônjuges em separação concordam em dividir seus bens conjugais e tomar providências sobre a guarda de seus filhos. No entanto, os tribunais vão intervir nestes acordos se eles, de alguma forma, são vistos como contra os melhores interesses da criança.<sup>66</sup>

Estes acordos de separação são relevantes para nossa discussão em que assim como animais domésticos são classificadas em lei como propriedade pessoal ou bens móveis (1), acordos de separação pode conter cláusulas que estabelecem como a propriedade pessoal do relacionamento será distribuída após a separação dos casais de fato ou de pessoas casadas (2), os arranjos podem ser feitos no acordo escrito de separação com relação à distribuição de animais como propriedade pessoal, e (3) estes acordos de distribuição terá o efeito de serem acordos sobre o implícito direito de visita e guarda dos animais domésticos pertencentes a esses parceiros após a dissolução do casamento ou cessação da relação de fato.

Um caso recente na Pensilvânia tratou de um acordo sobre um cão. O tribunal considerou que os termos estabelecidos no acordo entre marido e esposa separados, que pretendiam ser um acordo de propriedade, foram nulos na medida em que eles tentaram conceder a visitação ou custódia compartilhada do casal do cão, que era um bem pessoal. No entanto, o acordo em questão, explicitamente concedia o cachorro à mulher e o Tribunal de Justiça confirmou o acordo.<sup>67</sup>

Se, no entanto, a lei já legalmente classificou animais domésticos como sendo analogamente à classificação dada às crianças de qualquer relação de fato ou casamento, os parceiros ainda seriam capazes de incluir contrato expresso e regime de residência a respeito de seus animais de estimação em tais acordos. No entanto, eles seriam muito menos livres para usar acordos

de separação para organizar seus próprios direitos de visita e de guarda referente aos animais domésticos, porque o tribunal pode proferir despachos sobre a visita e a guarda em relação às crianças, apesar do que (em casos raros) podem existir em qualquer acordo de separação prévia.<sup>68</sup>

## 4.2. Quando não existe um acordo de separação prévio

Quando não há acordo prévio ou acordo entre os dois parceiros, o que deve ser feito em relação à visita e à guarda de seus animais de estimação após a separação de sua parceria, duas questões precisam ser respondidas. Em primeiro lugar, deve o tribunal de família envolver-se nessas questões e, se deve, em segundo lugar, que critérios devem ser utilizados para resolver essas questões sobre visita e guarda. Quanto à possibilidade de que os tribunais de família devam se envolver nas disputas sobre animais de estimação da família, a resposta é sim, quer como propriedade ou como uma analogia para as crianças.

No caso da Florida Bennett contra Bennett,<sup>69</sup> os animais foram classificados como bens pessoais. Portanto, o tribunal não encontrou autoridade para um tribunal conceder direitos de visita ou de guarda em relação à tais bens pessoais. Outros tribunais americanos, no entanto, tem tomado uma posição contrária através da concessão de tais direitos aos parceiros em separação, em relação aos animais domésticos.<sup>70</sup>

Se as partes não forem casadas, tribunais de família só podem ser envolvidos em contato e disputas residência envolvendo seus animais de estimação, se estes animais são classificados como crianças. A competência jurisdicional do tribunal de família, no entanto, abrange tais litígios entre as partes casadas, independentemente de seus animais de estimação serem categorizados como filhos ou propriedade.

## 5. Posse do animal de estimação

Geralmente, se o tribunal vai classificar o animal de estimação como propriedade pessoal, em muitos estados, o problema torna-se se o animal é de propriedade conjugal ou do parceiro separado. Se o animal é de propriedade independente, ele vai para o proprietário.<sup>71</sup> Se o animal é de propriedade do casal, o tribunal pode determinar a quem atribuir o animal de estimação.

No caso *Akers contra Sellers*<sup>72</sup>, o Tribunal de Apelações da Indiana determinou que “não há nenhuma razão explícita para que a posse não deva acompanhar a propriedade”.<sup>73</sup> Portanto, a residência do animal em questão, um bull terrier, foi adjudicado à mulher como sendo o proprietário do animal porque o marido tinha dado o cão a ela de presente. O tribunal, entretanto, sugeriu que esta abordagem muito legalista não poderia ter sido seguida, se o cão não tivesse uma afinidade com a proprietária. O juiz se refere à brutal e insensível base “do título legal”, como possíveis motivos para a concessão de guarda ou direitos de visita.<sup>74</sup> Em um caso em Iowa, o tribunal considerou que, mesmo que o marido tivesse dado o cão para a mulher no Natal, o cão ficou com o marido na separação e acompanhou-o a trabalhar assim que o cão foi atribuído ao marido.<sup>75</sup>

O tribunal de *Rogers contra Rogers*,<sup>76</sup> no entanto, chegou à conclusão oposta à dada para o caso *Akers*. O tribunal decidiu que a posse do animal antes do casamento foi sem grande importância na decisão sobre o direito de visita e a guarda em relação à animal de estimação em questão. Se houver mais de um animal de estimação, o tribunal pode tentar resolver o problema dando um animal de estimação a um e um outro animal para o outro.<sup>77</sup>

## 6. Bem estar do animal

Este critério é muito amplo, mas dentro de sua rubrica existem critérios mais específicos, tais como prevenção de qualquer

efeito adverso sobre o cuidado com o animal de estimação<sup>78</sup> ou qual parte pode melhor cuidar do animal. Isto inclui considerações sobre as condições de vida do animal de estimação, tais<sup>79</sup> como com que frequência o animal sairia para a caminhada, quaisquer conflitos que possam surgir com outros animais domésticos e crianças devido ao novo domicílio do cão após o divórcio do parceiro,<sup>80</sup> e tratamento humanitário dos animais de estimação com todo o cuidado e atenção às suas necessidades, a mostra de afeição para com os animais de estimação e tantos outros assuntos.<sup>81</sup>

## **7. Melhor Interesse da PET**

Diversos tribunais têm considerado ou mencionadas este critério, mas nenhuma corte realmente especificamente o invocou.<sup>82</sup> Na prática, este critério é muito semelhante ao do “bem-estar do animal”. Este critério tem particular relevância, no entanto, porque é o padrão utilizado em relação ao direito de visita e o direito à guarda das crianças durante o processo de divórcio ou separação. Embora um tribunal do Texas rejeitou expressamente a prova do melhor interesse, dizendo, “os cães envolvidos em casos de divórcio são mais afortunados do que as crianças em casos de divórcio - não devem ser tratados como seres humanos. Esse critério foi criado para o benefício de crianças humanas, e não caninas,<sup>83</sup> o tribunal atribuiu o cachorro para a esposa, mas deu o direito de visitação ao marido. Na prática, o tribunal pode decidir contra a atribuição de direitos de visitação, porque é impraticável fazê-lo sob certas circunstâncias.<sup>84</sup>

## **8. Melhor Interesse do Parceiro Humano**

Houve casos em que o tribunal tem considerado o efeito psicológico adverso em consequência do parceiro, que não tem a guarda, não ter o direito a visitas freqüentes e regulares ao ama-

do animal de estimação da família em razão do divórcio.<sup>85</sup> Além disso, não diferente de muitas separações amargas envolvendo crianças, a recusa do direito de visita ou de guarda em relação ao animal de estimação da família pode ser usada por uma parte que se separa para contrariar a outra parte rival.<sup>86</sup> Ironicamente, porém, o tribunal tem usado também o potencial do direito de visita ao animal de estimação da família como um meio de tentar conciliar as duas partes rivais.<sup>87</sup>

## **9. Deficiências na presente lei e Possíveis Soluções**

Tal como acontece com muitas ordens judiciais em relação às crianças (e animais), seguindo a separação dos casais de fato ou de pessoas casadas, muitas vezes não pode muitas vezes haver uma solução perfeita. A criança (ou neste caso, o animal doméstico) não pode ser cortada em duas metades, com uma metade, a um sócio e a outra metade reservada para o outro parceiro. Existem algumas lacunas na atual legislação australiana, canadense, e americana, no entanto, em relação ao contato com o animal de estimação da família e a sua guarda. Mas talvez essas deficiências possam ser parcialmente superadas por várias soluções discutidas a seguir.

### **9.1. Tratar animais domésticos como bens móveis ou como propriedade pessoal**

Há dois problemas jurisdicionais e morais, como consequência da lei tratar animais domésticos como propriedade pessoal. Provas do problema de competência podem ser vistos no processo Bennett, que concluiu que o tribunal não tinha competência para se pronunciar sobre a visita e guarda de animais domésticos, porque (1) animais domésticos eram propriedade pessoal não pessoas (2) e o poder da Corte de definir a guarda e

de visita, abrange apenas as crianças e não se estende à propriedade pessoal.

Se, no entanto, a lei fosse classificar os animais de estimação da mesma maneira como as crianças para efeitos de visita e da guarda em processos de direito de família, então, na Flórida, assim como na Austrália,<sup>88</sup> o Tribunal teria competência para expressar<sup>89</sup> decisões sobre tais assuntos. Pode-se argumentar que, ao continuar a tratar animais domésticos como propriedade pessoal, os tribunais já têm jurisdição sobre os animais de estimação dessa forma o tribunal já pode tomar decisões quanto à distribuição de bens matrimonial. A falha nesse argumento é que o poder do tribunal pode ser limitado à questão da distribuição e não a forma como a “propriedade” pessoal é tratado posteriormente à distribuição.

Favre<sup>90</sup> sugere que estes problemas de posse de animais como propriedade pessoal e as potencialidades resultantes da degradação do animal de estimação pode ser superada pela aquisição (1) do título jurídico do animal doméstico com o proprietário humano e (2) do título eqüitativo que existe no animal que ele tem consigo próprio como uma forma de auto-propriedade. Outra abordagem sugerida por um tribunal americano de 1979 é para a lei classificar “um animal de estimação não apenas como uma coisa, mas [um sujeito que] ocupa um lugar especial em algum lugar entre uma pessoa e um pedaço de sua propriedade pessoal.”<sup>91</sup>

Os problemas filosóficos e morais, neste contexto, surgem principalmente porque crianças e animais domésticos são amados, capazes de amar, muitas vezes inteligentes e capazes de grande sensibilidade. No entanto, a lei não trata as crianças como propriedade pessoal, como o faz com os animais domésticos. Como propriedade pessoal, animais de estimação podem ser legalmente comprados e vendidos no mercado como uma mercadoria e, como consequência, tratados sem respeito e dignidade. Nos séculos anteriores, a lei teve, de fato, alguns seres humanos classificados como bens pessoais que podiam ser

comprados, vendidos e maltratados, sem penalizar os responsáveis.<sup>92</sup> Em sistemas legais civilizados, entretanto, a lei não mais permite (pelo menos em teoria) que as mesmas indignidades sejam aplicadas sobre os seres humanos, incluindo as crianças.

Kelch<sup>93</sup> usando uma, ligeiramente, diferente abordagem filosófica e moral, também argumenta que os animais devem deixar de ser legalmente classificados como bens pessoais. Sua justificativa para este ponto de vista é tríplice (1) a ciência moderna mostra que os pressupostos de fato basilar à legislação atual do *common law* na qual os animais são propriedade pessoal são falhos, (2) a sociedade contemporânea amadureceu a tal ponto que os interesses dos animais de estimação ou dos animais em geral devem ser vistos como compatíveis com os valores da sociedade, e (3) as mudanças recentes na legislação estão evoluindo para a salvaguarda dos interesses dos animais.

Alguns podem argumentar que a qualificação jurídica dos animais de estimação como propriedade pessoal pode ser justificada pelo fato de que os seus proprietários cuidarão deles porque o alto preço pago por animais de estimação de raça e pela propriedade de quaisquer bens cria certas responsabilidades legais sobre o proprietário para assegurar a proteção dessa propriedade. Contra essa justificativa, os autores consideram que (1) ao tratar animais como propriedade privada considera-se animais de estimação como coisas quando elas são de fato seres vivos com as emoções, sentimentos e inteligência, (2) a percepção dos seres vivos como coisas também incentiva os maus tratos dos animais e (3) o bom tratamento dos animais de estimação pode ser melhor alcançada por percebê-los como seres vivos semelhantes às crianças.

Em resumo, nós sentimos que os animais domésticos devem deixar de ser tratados como propriedade privada para o bem dos efeitos, direito a visita e guarda; no direito de família, antes, porém, devem ser tratados da mesma forma que as crianças no processo. Essa mudança deve garantir que o tribunal de família tenha jurisdição sobre as questões de guarda e visita relativas



aos animais de estimação e que no exercício dessa jurisdição os animais estariam mais propensos de serem tratados de forma humana.

## 9.2. Animais domésticos com a sua própria Personalidade Jurídica

Uma pessoa jurídica pode ser definida como um sujeito que tem direitos<sup>94</sup>, deveres<sup>95</sup> ou obrigações<sup>96</sup> que são reconhecidos pela lei.<sup>97</sup> A pessoa jurídica é uma pessoa artificial, a quem a lei concede existência e personalidade fictícia.<sup>98</sup> Tal pessoa pode em seu nome ou em nome de sua própria propriedade, contratar, processar<sup>99</sup> e ser demandada, ou ser tributada ou regulamentada.<sup>100</sup> Derham,<sup>101</sup> invocando Kocourek<sup>102</sup> afirma que há uma diferença entre uma pessoa jurídica, personificação jurídica e personalidade jurídica já que a pessoa jurídica é o direito e o dever unidade de comportamento, personificação jurídica é o elemento constante na lógica do sistema jurídico e personalidade jurídica é a soma total das relações jurídicas, reais ou potenciais, da pessoa jurídica. Além disso, Derham diz que a pessoa jurídica é a constante “em função da qual pretensões, deveres, poderes, etc, são estruturados por meio de normas gerais.”<sup>103</sup>

A personalidade jurídica pode ser aplicada a objetos inanimados, como as corporações, para as criaturas inanimadas como as pessoas mortas,<sup>104</sup> para os fetos, os bebês recém-nascidos e crianças jovens, e para a vida das pessoas com inteligência limitada, demência, insanidade ou nenhuma capacidade de se comunicar. Atualmente, no entanto, a lei não reconhece qualquer personalidade jurídica aos animais domésticos. Realmente, Jamieson argumenta que os animais domésticos ou animais em geral não têm qualquer estatuto jurídico.<sup>105</sup> Jamieson chega a esta conclusão comparando os três critérios de Stone para direitos legais com a situação jurídica dos animais:<sup>106</sup> (1) legitimidade para demandar, (2) a necessidade da corte de levar em conta

o prejuízo do sujeito em consideração para determinar se deve ou não conceder a isenção, e (3), a ajuda deve ser executada em benefício do sujeito.<sup>107</sup> Recentes decisões americanas,<sup>108</sup> enquanto não se reconhecem animais domésticos ou animais em geral como tendo direito a processar, como tal, têm de fato ampliado as normas vigentes numa medida que alguns autores argumentam que o reconhecimento judicial de animais não está tão distante.<sup>109</sup> Usando a idéia de direitos em geral, e não apenas aqueles em relação à legitimidade para demandar, Kelch argumenta que os animais têm mesmo direitos legais assim como eles têm interesses, que por sua vez criam direitos, tais como o de cumprir o seu *telos*, para serem livres da dor infligida por humanos, que não sejam para o seu benefício, de estar livre da retenção a menos que seja para a sua proteção, e assim por diante.<sup>110</sup>

Se a personalidade jurídica é baseada, em parte, em o sujeito ter características sensoriais, intelectuais ou fisiológicas e anatômicas de uma pessoa natural (que é um ser humano), então parece ilógico que a lei não reconheça personalidade jurídica aos vivos e interativos animais domésticos de um lado, e ainda reconheça essa personalidade em objetos inanimados, como as corporações, ou morto ou seres humanos com deficiências graves, de outro. Certamente um animal doméstico como um cão ou gato é muito mais capaz de pensar, sentir e ver que uma empresa ou pessoa morta. Então porque é que esta situação ilógica continua a existir? Alguns argumentam que é devido a uma visão de animais como unidades econômicas ou como objetos para beneficiar os seres humanos<sup>111</sup> como é o caso da experimentação animal. Outros acham que é devido a uma visão antropocêntrica de que os seres humanos são o centro superior do mundo animal.<sup>112</sup> Alguns críticos têm marcado esta forma de discriminação positiva em favor de uma espécie de animal sobre o outro como “especismo”.<sup>113</sup>

Para ser justo, talvez haja pelo menos dois argumentos razoáveis contra a lei de concessão de personalidade jurídica de animais domésticos. Em primeiro lugar, como uma das características de uma pessoa jurídica é a capacidade potencial de ser processado<sup>114</sup>, se o demandante foi com sucesso processar um animal doméstico por dano, um animal normalmente não teria ativos reais, através dos quais pudesse arcar com os danos (uma<sup>115</sup> visão economicista da personalidade jurídica). Em segundo lugar, como pessoas jurídicas não têm apenas direitos, mas também têm deveres, eles devem ter a capacidade de cumprir com esses deveres. No caso de animais domésticos, que podem muitas vezes ser incapazes de tal cumprimento, devido aos seus instintos primordiais, falta de inteligência e incapacidade de se comunicar verbalmente (uma visão recíproca<sup>116</sup> da personalidade jurídica). Estes dois motivos podem explicar por que a legislação atual em tais situações, reconhece a personalidade jurídica, recaindo sobre o proprietário do animal de estimação e não no próprio animal de estimação. Isso permite que o demandante particular processe o dono do animal de estimação por qualquer dano causado pelo animal, como resultado da falha do proprietário em seu dever de controlar e proteger seu animal de estimação.

Um caminho sensato em torno de qualquer problema legal futuro, em relação à classificar os animais como pessoas de direito, semelhante à dos adultos seres humanos, é para a lei reconhecer uma personalidade jurídica qualificada nos animais domésticos. Esta personalidade jurídica limitada daria aos animais o direito de proteger seus interesses em certas matérias designadas, por exemplo, a visita e os direitos de guarda, em litígios de direito de família, e para assegurar um tratamento humano no processo de bem-estar animal. Esta personalidade jurídica qualificada, no entanto, não se estenderia aos animais de estimação processando outras pessoas de direito para um enorme prejuízo monetário.

### 9.3 Direito à representação legal e Advocacia

Nos processos de direito de família, onde o melhor interesse da criança ou o seu bem-estar estão em questão, os tribunais podem ordenar que a criança tenha representação jurídica própria.<sup>117</sup> Da mesma forma, para pessoas com deficiência mental ou intelectual são permitidos defensores aprovados pelo tribunal (geralmente chamado de tutores, administradores ou “amigos próximos”) para agir em seu interesse<sup>118</sup> com relação à saúde, finanças, habitação e questões de estilo de vida em geral. Apesar do fato de que animais domésticos têm características semelhantes às das crianças em processo de divórcio e aos dos seres humanos deficientes cujas escolhas sobre estilo de vida estão sujeitos a considerações no processo de tutela, estes animais não têm direitos semelhantes de representação legal ou defesa. Esta deficiência poderia ser aliviada simplesmente pelo juiz, ordenando que o importante animal doméstico tem representação jurídica, ou de qualquer outra forma própria ou independente de representação, em qualquer processo relacionados ao direito da família onde os interesses do animal de estimação estivessem em jogo. Representantes da Sociedade Real para a Prevenção da Crueldade contra os Animais poderiam atuar como defensores de animais de estimação em tais situações, para garantir que os animais não fossem enviados para instalações inadequadas ou fossem confrontados com um risco real de maus-tratos ou sofrimento.

#### 9.4. Melhores interesses do animal de estimação ou Melhor Interesse dos divorciados ou casais separados

O conceito “melhor interesse” é válido tanto para animais domésticos, quanto para seus “donos”, após a separação ou o divórcio dos proprietários. Ao lidar primeiro com os melhores

interesses dos animais de estimação, talvez o melhor caminho de facilitar tais interesses seja (1) identificar esses critérios dos “melhores interesses da criança” referentes aos direitos de visita e de guarda que podem ser adequados para aplicação em animais domésticos após o divórcio ou a separação de seus “proprietários” e (2), em seguida, aplicar esses critérios aos animais domésticos em situações de visita ou de guarda. Em relação ao ponto (1), imediatamente acima, embora<sup>119</sup> os tribunais canadenses e americanos<sup>120</sup> tenham decidido sobre o significado dos melhores interesses da criança neste contexto específico, por uma questão de exemplificação e brevidade, vamos limitar a discussão a seguir, à posição da Austrália.

Para seguir a metodologia em duas etapas acima, no contexto australiano, os critérios dos “melhores interesses da criança”, no que se refere aos direitos de visita e de guarda, incluem (1) a dificuldade prática e o custo de uma criança ter contato com um dos pais e se essa dificuldade ou despesa irá afetar substancialmente o direito da criança de manter relações pessoais e contatos diretos com ambos os pais em uma base regular;<sup>121</sup> (2) a capacidade de cada um dos pais, ou de qualquer outra pessoa, para suprir as necessidades da criança, incluindo as necessidades emocionais e intelectuais;<sup>122</sup> (3) a necessidade de proteger a criança contra danos físicos ou psicológicos causados pelo abuso, maus-tratos, violência \* 300 ou outros comportamentos;<sup>123</sup> e (4) a atitude para a criança e para com as responsabilidades da paternidade.<sup>124</sup>

Ao aplicar estes quatro critérios dos melhores interesses acima para os animais domésticos, referentes aos direitos de visita e de guarda dos animais domésticos, não é difícil imaginar similares problemas de visita e de guarda surgidos com animais domésticos assim como com os filhos do casamento. Por exemplo, se os parceiros se separam e passam para novas residências a muitos quilômetros de distância, vai ser difícil arranjar a visita ao animal de estimação para o parceiro que não detenha a guarda do animal. Da mesma forma, certos animais não podem se

mudar constantemente de residência para residência. Portanto, em alguns casos, não são nos melhores interesses do animal de estimação ser sujeito de acordos de guarda compartilhada. Alguns animais de estimação podem custar muito caro para abrigar e manter, e requerem muito espaço, por isso está dentro dos “melhores interesses” para os animais de estimação que o tribunal considere a situação financeira dos proprietários do animal de estimação, o tamanho relativo de sua moradia e outros fatores. Tribunais, no melhor interesse dos animais de estimação, devem estar cientes de todo o potencial do parceiro que detiver a guarda para maltratar o animal simplesmente para ofender o parceiro que não detém a guarda. Nesse contexto, animais domésticos são novamente um pouco diferentes das crianças do casamento. Os tribunais, a partir do ponto de vista psicológico do animal, devem estar cientes da possibilidade de desgaste do animal, se o tribunal decide que o animal resida permanentemente com o outro parceiro. Um parceiro também pode simplesmente ter uma maior aptidão para ser um bom dono para o animal de estimação do que o outro parceiro; e este fato não deve escapar à atenção do Tribunal de Justiça, quando da atribuição de direitos de guarda.

Os tribunais também precisam abordar a questão sobre quais são os melhores interesses dos donos de animais de estimação a. Tem sido sugerido por algumas jurisprudências<sup>125</sup> que os proprietários que realmente amam seus animais domésticos são acometidos de grande angústia e problemas psicológicos, se, após a separação ou o divórcio de seus parceiros, não podem, ao menos, visitar seu animal de estimação ou levar o animal de estimação para um passeio. Em tais situações, o tribunal deve, normalmente, decidir para o parceiro que não tem a guarda freqüentes e regulares visitas ao animal de estimação. Este conceito aplica-se aos pais no âmbito da legislação de Direito de Família.

Haverá momentos, no entanto, onde os melhores interesses do animal de estimação e os melhores interesses dos proprie-

tários do animal de estimação serão ambos conflitantes e também impossíveis de cumprir. Um bom exemplo desta situação é quando, ao seguir um divórcio ou uma separação permanente (1), o parceiro que detém a guarda do animal de estimação, se muda, com o animal, para uma nova residência, que é bem distante da casa do parceiro que não possui a guarda (2); se o animal de estimação é do tipo que será severamente afligido pela constante mudança, não é no melhor interesse do animal de estimação ser objeto de um pedido de guarda compartilhada entre os dois proprietários, e (3) embora seja no melhor interesse do parceiro que não possui a guarda ter pelo menos visitas frequentes e regulares ao animal de estimação, isso pode não ser financeiramente ou logisticamente possível. Em tais situações, os autores consideram que os interesses do animal devem ser observados porque o parceiro que não possui a guarda pode, no mínimo, comprar um novo animal de estimação.

Em resumo, nós sentimos que o tribunal deve fazer o seu melhor para satisfazer os interesses do animal de estimação e dos proprietários do animal de estimação. No entanto, se isso não for possível, os melhores interesses do animal de estimação devem prevalecer sobre o de um dos proprietários, o último está geralmente em uma posição melhor para ter uma solução de ajuda própria.

## **10. Conclusão**

A posição mínima do autor é que, após a separação de casais casados ou casais de fato que têm animais domésticos, o tribunal de família deve (1) não tratar animais domésticos, como bens pessoais, (2) considerar animais domésticos à luz da consideração dada às crianças quando possível, (3) garantir que o bem-estar e melhores interesses de todas as partes, incluindo o animal de estimação, sejam observados, tanto quanto possível, (4) se há um conflito entre os interesses do animal de estimação

e os interesses de um dos donos do animal de estimação, os interesses do animal de estimação devem prevalecer; (5) durante qualquer litígio ou resolução alternativa de conflitos (ADR) que envolve a separação, que o animal tenha um advogado se houver motivos razoáveis para pensar que o interesse do animal de estimação será contrariado; (6) que se o animal está a residir com um dos parceiros do casamento ou da relação de fato, que o animal será bem tratado, exercitado, e a afeição desse parceiro, e (7), o parceiro que não possui a guarda, se ele ou ela deseja, deve ser autorizado a visitas, regulares e freqüentes com o animal de estimação quando possível. Os autores entendem que algumas considerações devem ser concedidas pelos legisladores e pelos tribunais para dotar animais domésticos com pelo menos alguma personalidade jurídica qualificada.

## NOTAS

- <sup>1</sup> O termo “*implícito*” é usado aqui em relação ao contato e à permanência dos direitos, porque, enquanto esses direitos não expressamente existem na lei, o que os tribunais dos EUA e Canadá fazer na verdade, é invocar tais direitos em relação aos animais domésticos durante o divórcio ou separação.
- <sup>2</sup> Petnet - Estatísticas de propriedade pet na Austrália-the Facts & Figures. Disponível em: [www.petnet.com.au/statistics.html](http://www.petnet.com.au/statistics.html).
- <sup>3</sup> Associação Americana de produtos manufaturados de pet. 2001-2002 *National Pet Owners Survey*. Disponível em: <http://www.hsus.org/ace/11831>.
- <sup>4</sup> Mercado, em [www.cba.ca/](http://www.cba.ca/) (citando números estatísticos do Canadá). Estes números podem não ser muito exatos, como Euromonitor estima que em 1996-97 havia 4.600 mil gatos no Canadá.
- <sup>5</sup> *Id*
- <sup>6</sup> *Id*
- <sup>7</sup> Bernard Rollin. *Direitos dos animais e moralidade humana* (1981); STEVEN M. WISE. Chacoalhar a gaiola - em direção a direitos legais para



os animais (2000); Sable Pat. Animais de estimação, Anexo e Bem-Estar no ciclo de vida, 40 (3) TRABALHO SOCIAL 334 (1995); Gail F. Melson, Estudar Anexo infantil para seus animais de estimação : uma revisão conceitual e metodológico 4 ANTHROZOOS 91 (1990).

- <sup>8</sup> Alexa Albert e Kris Bulcroft. *Animais, Famílias e Curso de Vida*, 50 J. MARRIAGE & FAM. 543 (1988).
- <sup>9</sup> Sable, nota 7, citando Albert & Bulcroft, supra nota 8, 543.
- <sup>10</sup> MacCallum Research Pty. Ltd. & Hugh Mackay. *Como os australianos se sentem sobre seus Animais de estimação - Um Estudo de nossas atitudes com relação a gato e cão propriedade* (setembro 1992), em [www.petnet.com.au/mccallum/index.html](http://www.petnet.com.au/mccallum/index.html).
- <sup>11</sup> Estatísticas Canadá. *Estatísticas canadenses – tamanho do agregado, 1996. Censo*. em: [www.statcan.ca/english/Pgdb/People/Families/famil53a.htm](http://www.statcan.ca/english/Pgdb/People/Families/famil53a.htm)
- <sup>12</sup> EUA Censo. *Estatísticas em Breve-População e Vital Estatísticas- Famílias*. (Abril, 2002), em [www.census.gov/statab/www/part1.html](http://www.census.gov/statab/www/part1.html).
- <sup>13</sup> E. MILLS, FAMLY LAW 49 (Butterworths Tutorial Series 2001), citando JOHN DAVID BIEBER: If Divorce is the only way. 11 (Penguin Books 1998).
- <sup>14</sup> Divórcios, nascimentos, casamentos e óbitos: Dados provisórios para Setembro de 2001. National Vital Statistical Records, Vol. 50, No. 8 (5/24/2000). Disponível em: [www.cdc.gov/nchs/data/nvsr/nvsr50/nvsr50\\_08.pdf](http://www.cdc.gov/nchs/data/nvsr/nvsr50/nvsr50_08.pdf).
- <sup>15</sup> Estatísticas Canadá. *Estatísticas populacionais canadenses por estado civil e sexo* (23 de agosto de, 2002). Disponível em: [www.statcan.ca/english/Pgdb/People/Families/famil01.htm](http://www.statcan.ca/english/Pgdb/People/Families/famil01.htm).
- <sup>16</sup> EUA. Censo: *Relatório da População atual P20-537*, em [http://census.gov/population/www/socdemo/lhh-fam/p20-537\\_00.html](http://census.gov/population/www/socdemo/lhh-fam/p20-537_00.html), Table A1.
- <sup>17</sup> Hamps v. Darby, 2 K.B. 311, 321 (C.A. 1948); 1(2) HALSBURY'S Leis da Austrália, tit. 20, para. 20-5 (Sydney: Butterworths, 1999).
- <sup>18</sup> McQuaker v. Goddard, 1 K.B. 687, 695 (C.A. 1940); HALSBURY'S Leis da Austrália, *id.*
- <sup>19</sup> Veja Bueckner v Hamel, 886 S.W.2d 368, 372 (Tex. App. 1994) (definindo “animais domésticos”, como “animais que estão habituados a viver em casas ou que contribuem para a sustentação da família”).

- <sup>20</sup> Ato de bem-estar animal. 1992, No. A1992-45, § 4, Ausm. CAP. TERR. LAWS.
- <sup>21</sup> Smith v. State Farm, 381 So. 2d 913, 914 (La. Ct. App. 1980).
- <sup>22</sup> Trager v. Thor, 516 N.W.2d 69, 72 (Mich. 1994).
- <sup>23</sup> Briscoe v. Graybeal, 622 A.2d 805, 807 (Md. Ct. Spec. App. 1993).
- <sup>24</sup> Ato de prevenção à crueldade animal. (1979) § 4(1); Ato de Proteção Animal. 1925 (Qld) § 3; Prevention of Cruelty to Animals Act 1920 (WA) § 3.
- <sup>25</sup> KAN. STAT. ANN. § 21-4313(5) (2001).
- <sup>26</sup> VT. STAT. ANN. tit. 20, § 3541(3) (2001).
- <sup>27</sup> Arrington v. Arrington, 613 S.W.2d 565 (Tex. Civ. App. - Fort Worth, 1981) (no writ); Bennett v. Bennett, 655 So. 2d 109 (Fla. App. 1995); *Ex parte Reeve* [1960] Qd R 143.
- <sup>28</sup> Saltoon v. Lake, [1978] 1 N.S.W.L.R. 52; 1(2) HALSBURY'S Leis da Austrália, para 20-10.
- <sup>29</sup> Rogers v. Rogers, [1980] 5 A.C.W.S. (2d) 178. Akers v. Sellers, 54 N.E.2d 779 (Ind. Ct. App. 1944).
- <sup>30</sup> Id.
- <sup>31</sup> Id.
- <sup>32</sup> Vallance v. Naaykens, [2001] 104 A.C.W.S. (3d) 862, para. 7 (B.C. S.C.).
- <sup>33</sup> Ato de controle de cães. 1975 (ACT) § 37; Ato de manejo de cães e gatos 1995 (SA) § 5; Companion Animals Act 1998 (NSW) § 7(3)-(6).
- <sup>34</sup> Graf v. Lingerell, [1914] 16 D.L.R. 417; Calhoun v. Reid, [1927] 4 D.L.R. 808; HALSBURY'S LAWS OF AUSTRALIA, para. 20-10, n.3
- <sup>35</sup> Akers v. Sellers, 54 N.E.2d 779 (Ind. Ct. App. 1944); Companion Animals Act 1998 (NSW) § 7(1); Ato de manejo de cães e gatos 1995 (SA) § 6; Ato de animais domésticos (selvagens).1994 (Vic) § 3.
- <sup>36</sup> Ato de controle de cães. 1987 (Tas) §§ 4, 54.
- <sup>37</sup> Ato de animais domésticos (selvagens). 1994 (Vic) § 3.
- <sup>38</sup> Ato de manejo de cães e gatos. 1995 (SA) § 6; Ato de animais domésticos (selvagens). 1994 (Vic) § 3; Ato de animais de companhia. 1998 (NSW) § 7(1).

- <sup>39</sup> Ato de animais domésticos (selvagens). 1994 (Vic) § 94(a).
- <sup>40</sup> Vallance v. Naaykens, [2001] 104 A.C.W.S. (3d) 862, para. 7 (B.C. S.C.); *Animais, em HALSBURY'S Leis da Austrália*, para 20-10; Cinadr v. State, 300 S.W 64 (Tex. Crim. App. 1927); Steven M. Wise, *A coisidade legal de animais não humanos*, 23 B.C. ENVTL. AFF. L. REV. 471, 538 n.442 (1996).
- <sup>41</sup> Sm FREDERICK POLLOCK, A FIRST BOOK OF JURISPRUDENCE 178 (4th ed.1918).
- <sup>42</sup> Putt v. Roster, (1682) 2 Mod. Rep. 318; 86 E.R. 1098; *Animais*, in HALSBURY'S Leis da Austrália para. 20-10.
- <sup>43</sup> Vallance, v. Naaykens, 104 A.C.W.S. at para. 7.
- <sup>44</sup> *Id.* at para. 8
- <sup>45</sup> Harry R. Bader & Greg Finstad, *Conflitos entre o gado e animais selvagens: Uma Análise dos Passivos legais decorrentes de rena e da Concorrência Caribou na península de Seward do Oeste do Alasca*, 31 ENVTL. L. 549, 558 n.76 (2001).
- <sup>46</sup> Akers v. Sellers, 54 N.E.2d 779 (Ind. Ct. App. 1944).
- <sup>47</sup> Putt v. Roster, (1682) 2 Mod. Rep. 318; 86 E.R. 1098; *Animais*, em HALSBURY'S Leis da Austrália para 20-10.
- <sup>48</sup> Eric W. Neilsen, *Is the Law of Acquisition of Property by Find Going to the Dogs?* 15 T.M. COOLEY L. REV. 479 (1998).
- <sup>49</sup> De Facto Relationships Act 1999 (Tas) § 36; De Facto Relationships Act 1996 (SA) § 5; Ato de relações domésticas 1994 (ACT) § 32; Ato de propriedade (relações). 1984 (NSW) § 44(1).
- <sup>50</sup> Tasmânia, Victoria e Queensland referem-se a estes acordos como “coabitação ou acordos de separação”, o ACT & NSW os chama de “relação doméstica ou acordos rescisão”, e SA chama de “acordos de convivência”.
- <sup>51</sup> Van Joel v. Cole, [2000] D.F.C. para. 95-228; De Facto Relationships Act 1991 (NT) § 46(2); D. KOVACS, DE FACTO PROCEEDINGS IN AUSTRALLA, para. 7.4 (Sydney: Butterworths, 1998); De Facto Relationships Act 1999 (Tas) § 39(1); De Facto Relationships Act 1996 (SA) § 8(1); Ato de relações domésticas. 1994 (ACT) § 34; Ato de propriedade (relacionamentos). 1984 (NSW) § 49(1); Ato de propriedade legal. 1974 (Qld) § 276(l)(a).

- <sup>52</sup> De Facto Relationships Act 1991 (NT) § 46(2); KOVACS, *supra* nota 51; Ato de propriedade legal. 1974 (Qld) § 276(1)(b).
- <sup>53</sup> Harris v. Harris, (1997) 22 Farn L R 263; KOVACS, *supra* nota 51, para. 7.14.
- <sup>54</sup> De Facto Relationships Act 1999 (Tas) § 39(1); Ato de propriedade (relações) 1984 (NSW) § 49(1).
- <sup>55</sup> De Facto Relationships Act 1999 (Tas) § 39(2).
- <sup>56</sup> Ato de relações domésticas 1994 (ACT) § 32(2)(a) permite arranjos de separação para lidar com a guarda e o acesso das crianças.
- <sup>57</sup> De Facto Relationships Act 1991 (NT) § 44(3); Ato de propriedade (relações) 1991 (NSW) § 45(2).
- <sup>58</sup> MWm. STAT. §§ 513.075 & 513.076 (2001).
- <sup>59</sup> 557 P.2d 106 (Cal. 1976).
- <sup>60</sup> Katherine C. Gordon, *A necessidade e execução dos acordos de Coabitação. - A Pesquisa Estado*, 37 BRANDEIS L.J. 245 (1998/1999).
- <sup>61</sup> MINN. STAT. § 513.075 (1998) (originalmente promulgada em 1980); TEX. FAM. CODE ANN. § 1.108 (Vernon 1998). Discutido em: David Westfall, *Parceiros solteiros e o legado de Marvin Marvin v: Forçando Incidentes de Casamento em coabitantes solteiros: Princípios do instituto americano de leis da dissolução da família*, 76 NOTRE DAME L. REV. 1467, 1475-76 (2001).
- <sup>62</sup> Ato de Direito de Família (Ontario) R.S.O. 1990, c. F 3, § 53(1)(a).
- <sup>63</sup> Ato de Direito de Família (Ontario) R.S.O. 1990, c. F 3, § 54(a); Ato de relações familiares (British Columbia) RSBC 1996, c. 128, § 120.1.
- <sup>64</sup> Lei uniforme de acordo pré-nupcial (UPAA), 9B Unif. L. Annot. 363 (Supp. 2000), § 1 Definições. "Acordo pré-nupcial" e "Propriedade". Vinte e cinco estados promulgaram a UPAA.
- <sup>65</sup> Lei de Propriedade Matrimonial. 1996 (British Columbia) RSBC 1996 c. 128, § 56(1)(a).
- <sup>66</sup> Ato de Direito de Família (Ontario) R.S.O. 1990, c. F 3, § 56(1); DAVID KLEIN, *Prêmio de Direito de Família no Canadá*. 103-04, 209 (Toronto: Butterworths 1987).

- <sup>67</sup> DeSanctis v. Pritchard, 803 A.2d 230 (Super Pa.. Ct. 2002) (em termos claros e inequívocos de acordos celebrados em conformidade com o seu divórcio, o cão, e sua agenda social pertenciam exclusivamente à mulher)
- <sup>68</sup> KOVACS, *supra* nota 51, at 65 para. 7.22.
- <sup>69</sup> 655 So. 2d 109 (Fla. Dist. Ct. App. 1995). *Veja também*: Casamento de Stewart, 356 N.W.2d 611 (Iowa Ct. App. 1984) (um cachorro é propriedade particular).
- <sup>70</sup> *Veja e.g.*, Ballas v. Ballas, 3 Cal. Rptr. 11 (Ct. App. 1960) (mulher fez concessão quanto ao cão porque ela se importava com ele); *Em* Casamento de Tevis-Bleich, 939 P.2d 966 (Kan. Ct. App. 1997); Arrington v. Arrington, 613 S.W.2d 565 (Tex. Civ. App. 1981).
- <sup>71</sup> Bennett v. Bennett, 655 So. 2d 109 (Fla. Dist. Ct. App. 1995) (dog was husband's premarital property so he was awarded dog).
- <sup>72</sup> Akers v. Sellers, 54 N.E.2d 779 (Ind. Ct. App. 1944).
- <sup>73</sup> *Id*
- <sup>74</sup> *Id.* at 79 (“reconhecemos a tragédia da consignação do cachorro à esposa se, de fato, o seu amor, carinho e lealdade eram para o marido”).
- <sup>75</sup> *Em*: Casamento de Stewart, 356 N.W.2d 611 (Iowa Ct. App. 1984).
- <sup>76</sup> [1980] 5 A.C.W.S. (2d) 178.
- <sup>77</sup> Bolan v. Bolan, 796 S.W.2d 358 (Ark. Ct. App. 1990) (esposa ganhou o gato e o marido o cão)
- <sup>78</sup> *Veja* Juelfs v. Gough, 41 P.3d 593 (Alaska 2002) (um dos fatores na concessão de custódia para o marido estava alegação de que cão foi ameaçado por dois outros cachorros da mulher). *Veja também* Meehan v. Sterba, Unreported NY Sup. Ct. judgment Index no. 23168/88; A. Momjian, *A Dog of a Decision from NY Judge*, 13(11) PENN L. J. REV. 3 (1990).
- <sup>79</sup> *Em* *Rogers v. Rogers*, [1980] 5 A.C.W.S. (2d) 178, o tribunal deu a guarda do cachorro à família ao marido, em parte, porque a mulher vivia em um pequeno apartamento
- <sup>80</sup> Justice David B. Saxe, *Cães pegos em divórcios*, DOG WORLD, Agosto, 1989.
- <sup>81</sup> *Rogers v. Rogers*, [1980] 5 A.C.W.S. (2d) 178.

- <sup>82</sup> *Veja Akers v. Sellers*, 54 N.E.2d 779 (Ind. Ct. App. 1944); *Ballas v. Ballas*, 3 Cal. Rptr. 11 (Ct. App. 1960) (princípios de propriedade eram irrelevantes porque a mulher cuidava do cão); *Rogers v. Rogers*, [1980] 5 A.C.W.S. (2d) 178.
- <sup>83</sup> *Arrington v. Arrington*, 613 S.W.2d 565, 569 (Tex. Civ. App. 1981).
- <sup>84</sup> *Meehan v. Sterba*, Unreported NY Sup. Ct. julgamento Index no. 23168/88.
- <sup>85</sup> *Em Torok*, [1994] 52 A.C.S.W. (3d) 258; *McLachlan v. McBride*, [1994] 52 A.C.W.S. (3d) 258
- <sup>86</sup> *Id*
- <sup>87</sup> *Langlois v. Langlois*, [2000] 95 A.C.W.S. (3d) 899
- <sup>88</sup> Ato de Direito de Família of 1975 (Cth) § 90K; De Facto Relationships Act of 1991 (NT) § 46(2).
- <sup>89</sup> Tribunais australianos podem impor ordens sobre contato e residência de direitos em relação aos animais de estimação porque: a) os animais domésticos são tratados como propriedade particular e b) os tribunais podem impor ordens sobre a distribuição de bens pessoais.
- <sup>90</sup> David Favre, *Equitable Self-Ownership for Animals*, 50 DuKE L. J. 473 (Nov. 2000).
- <sup>91</sup> *Corso v. Crawford Dog and Cat Hosp., Inc.*, 415 N.Y.S.2d 182 (1979).
- <sup>92</sup> Para uma discussão sobre vários casos do século 19 dos EUA, em que o tribunal considerou que os escravos africanos tinham personalidade jurídica, apesar destes escravos serem seres humanos; veja A. Leon Higginbotham, Jr., *O que conversamos quando falamos sobre pessoas: A linguagem de uma ficção legal*, 114 HARV L. REV. 1745, 1750 (2001).
- <sup>93</sup> Thomas G. Kelch, *Em direção ao status de não-propriedade dos animais*, 6 N.Y.U. ENVTL. L. J. 531, 580 (1998).
- <sup>94</sup> Hague, *supra* nota 94; BuTrERwoRTms CONCISE AUSTRALIAN LEGAL DICTIONARY 334 (Dr. Peter E. Nygh & Peter Butt eds., 2d ed. 1998); DAVID MELLINKOFF, MELLINKOFF'S DICTIONARY OF AMERICAN LEGAL USAGE 479 (1992).
- <sup>95</sup> MELLINKOFF, *id.* at 479; Hague, *id.*
- <sup>96</sup> ButtrERWORTHs, *supra* note 94, at 334.

- <sup>97</sup> *Contrato, em HALSBURY'S Leis da Austrália* para. 110-2805; Higginbotham, *supra* nota 92.
- <sup>98</sup> Hague, *supra* nota 94.
- <sup>99</sup> Griffiths v. Queensland Insurance, [1974] V.R. 321, 327.
- <sup>100</sup> MELLINKOFF, *supra* nota 94.
- <sup>101</sup> D.P. Derham, *Teorias de personalidade legal, em LEGAL PERSONALITY AND POLMCAL PLURALISM* 1, 7 (L.C. Webb ed., Melbourne University Press 1958).
- <sup>102</sup> ALBERT KOCOUREK, *JURAL RELATIONS* 4 (2d ed. 1928).
- <sup>103</sup> Derham, *supra* nota 101, at 1, 6.
- <sup>104</sup> The Wrongs Act 1958 (Vic) §§ 16 & 17 permite o estado de uma pessoa morta processar por homicídio culposo.
- <sup>105</sup> P. Jamieson, *O estatuto jurídico dos animais nos termos da Lei Bem-Estar Animal*, 9 ENVTL. & PLANNING L.J. 20 (1992).
- <sup>106</sup> *Id.* at 21.
- <sup>107</sup> Christopher D. Stone, *Devem Árvores ter legitimidade legal? Rumo aos Direitos Legais para objetos Naturais*, 45 S. CAL. L. REV. 450 (1972).
- <sup>108</sup> Defesa Legal de Animais. Fund, Inc. v. Glickman, 154 F.3d 426 (D.C. Cir. 1998).
- <sup>109</sup> Fiona M. St. John-Parsons, *Quatro pernas bom, duas pernas ruim: a questão de manter-se em pé. Em: Defesa Legal de animais Fund, Inc. v. Glickman e as implicações para o direito dos animais à liberdade de movimento*. 65 BROOK. L. REV. 895 (1999).
- <sup>110</sup> Kelch, *supra* nota 93, at 583.
- <sup>111</sup> St John-Parsons, *supra* nota 109, at 931.
- <sup>112</sup> Kelch, *supra* nota 93.
- <sup>113</sup> Gary L. Francione, *Introdução: Animais como propriedade, in 2 ANIMAL LAW* i, n.1 1 (contando com as opiniões de Robert Ryder neste contexto).
- <sup>114</sup> Entre os critérios necessários para o reconhecimento da personalidade jurídica é a capacidade de processar e ser processado. Lanham Act of 1946 (USA) § 45.

- <sup>115</sup> Pessoas jurídicas como unidades econômicas devem ser financeiramente capazes de serem processadas.
- <sup>116</sup> Se uma pessoa jurídica é permitida a liberdade de poder agir judicialmente contra outras pessoas jurídicas, então é justo que a mesma pessoa deve ser capaz de ser processada quando não cumprir as suas obrigações legais de outras pessoas jurídicas.
- <sup>117</sup> Ato de Direito de Família de 1975 (Cth) § 68L.
- <sup>118</sup> Ato de Tutela e Administração de 1987 (Vic) Parts IV & V.
- <sup>119</sup> Na decisão da Suprema Corte canadense do *Rei Lei v. [1985] 1 SCR 87, McIntyre*, a Justiça decidiu (p. 587-88) que o melhor interesse da criança “não será determinado apenas em função do conforto físico e material de vantagens que podem estar disponíveis na casa de um parceiro; o bem-estar da criança deve ser decidido em uma consideração sobre estes e outros fatores, incluindo o bem-estar psicológico, espiritual e emocional da criança”.
- <sup>120</sup> Em *Turner v. Pannick*, 540 P.2d 1051, 1053 (Alaska 1975), o tribunal decidiu que “o melhor interesse da criança” em uma disputa da custódia incluídos fatores como “a aptidão moral dos dois partidos, [o] ambiente doméstico oferecido pelas partes, o laço emocional da criança com as partes, o laço emocional das partes com relação à criança, o sexo, idade ou saúde da criança, e a preferência da criança. 121. Ato de Direito de Família 1975 (Cth) § 68F(2)(d).
- <sup>121</sup> Id
- <sup>122</sup> Ato de Direito de Família 1975 (Cth) § 68F(2)(e).
- <sup>123</sup> Ato de Direito de Família 1975 (Cth) § 68F(2)(g).
- <sup>124</sup> Ato de Direito de Família 1975 (Cth) § 68F(2)(h).
- <sup>125</sup> *Em Torok*, [1994] 52 A.C.S.W. (3d) 258.

Recebido em: 28/11/2011.

Aprovado em: 02/02/2012.



**DOCTRINA NACIONAL**

---

NATIONAL PAPERS



## À CULTURA DE ENTRETENIMENTO COM ANIMAIS E O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS PÁTRIOS

(“The culture of entertainment using animals and the position of the courts”)

*Milena Britto Felizola\**

“Os animais existem por suas próprias razões. Eles não foram feitos para humanos, assim como negros não foram feitos para brancos ou mulheres para os homens.” (Alice Walker)

RESUMO: Toda criatura tem o direito de viver dignamente e sem sofrimentos inúteis. Não obstante, existem determinadas manifestações sociais e culturais que vem gerando acalorados debates quanto a sua licitude, em face da suposta transgressão às normas vigentes de proteção aos seres vivos não humanos. A Farra do Boi, as rinhhas, os rodeios e o uso de animais em circo são exemplos de eventos que provocam o divertimento humano, às custas da exploração e prática de crueldade contra os animais. Nesses casos, preceitos constitucionais entram em choque: o direito à manifestação cultural (artigo 215, §1º, da Constituição Federal) e ao lazer (artigo 217, § 3º da Constituição Federal), em contraposição à tutela dos animais contra tratamentos cruéis (artigo 225, VII, da Constituição Federal). Tal questão foi levada

---

\* Advogada e consultora ambiental; Mestre em Desenvolvimento Regional e Meio Ambiente pelo Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento e Meio Ambiente da Universidade Santa Cruz - UESC; Especialista em Direito Civil pelas Faculdades Jorge Amado e curso *Jus Podivm*; Professora de Direito Ambiental e Alternativas de Solução de Conflitos da Faculdade de Tecnologia e Ciências - FTC. mbbritto@hotmail.com.

ao Judiciário pelas organizações não governamentais e entidades públicas responsáveis pela proteção do meio ambiente e ensaja a ponderação de valores para que se chegue a uma solução razoável. Os Tribunais pátrios, em recentes decisões, enfrentaram a matéria objeto da divergência, tendo proclamando importantes precedentes. O presente trabalho tem por objetivo discorrer acerca do entendimento das Cortes brasileiras sobre o tema, que vêm manifestando-se, cada vez mais, no sentido de resguardar os animais envolvidos nessas espécies de eventos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Animal, crueldade, manifestações culturais, lazer, princípios constitucionais.

**ABSTRACT:** Every creature has the right to live with dignity and without any unnecessary forms of suffering. Nevertheless, there are certain social and cultural manifestations that have generated heated debates about its legitimacy, given the alleged transgression of the current standards of protection of non-human beings. The 'Farra do Boi', the cockfights, the rodeos and the use of animals in circuses are examples of events that provide human entertainment at the expense of exploration and practice of animal cruelty. In these cases, constitutional principle conflict: the right to cultural expression (Article 215, § 1, of the Constitution) and leisure (Article 217, § 3, of the Constitution) in opposition to the right of animal against cruel treatment (Article 225, VII, of the Federal Constitution of Brazil). This issue was brought to the Judiciary by the non-governmental organizations and public agencies responsible for the protection of the environment and requires the balance of values to reach a reasonable solution. Brazilian Courts, in recent decisions, faced the subject and proclaimed important precedents. This paper aims to discuss the understanding of the Courts of Brazil on the issue, which are manifesting themselves, increasingly, in order to protect the animals involved in these kinds of events.

**KEYWORDS:** Animal rights, cruelty, cultural events, leisure, constitutional principles.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução ao tema. 2. Legislação aplicável à matéria. 3. A Farra do Boi. 4. Os rodeios de animais. 5. As rinhas. 6. O uso de animais em circo. 7. Conclusões articuladas

## 1. Introdução ao tema

A preocupação com a tutela dos animais, devido a sua importância, mereceu regulamentação de cunho internacional, tendo a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) proclamado a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, em 1975, em Bruxelas, Bélgica. Contudo, ainda hoje, a sociedade parece encontrar seus próprios métodos de exploração dos animais sob um disfarce de tradição, lazer, cultura ou de esporte.

Embora em franca decadência, as touradas continuam a acontecer, mesmo com a desaprovação da população. Na Espanha<sup>1</sup> (e também em Portugal e na França), as touradas ainda são um atrativo turístico, mantendo-se por meio de subsídios públicos.<sup>2</sup> Também na Espanha, mais precisamente em Medinaceli, touros são torturados durante “celebração” intitulada de “Touro de Fogo”. Num sádico ritual, jovens ateam fogo nas bolas presas aos chifres e ao redor do animal e soltam o bovino em nome do festejo nacional. Com os olhos abrasados pelo calor das chamas e dos pedaços de brasa que saltam da coroa de espinhos que lhe colocam, o animal, apavorado, se contorce.<sup>3</sup> Além disso, é na cidade espanhola de Pamplona que ocorre a mais famosa corrida de touros do mundo (na festa de São Firmino), sendo que outras, menos difundidas, são realizadas em Portugal<sup>4</sup>, México, Peru e na Colômbia.

Já nos Estados Unidos (também no México, Chile, Austrália, Canadá e Brasil) existem os tão famosos rodeios. Nesse mesmo país, é bastante difundida e corriqueira – em parques temáticos – a prática do entretenimento de adultos e crianças, através de espetáculos promovidos com animais, especialmente de mamíferos marinhos, como baleias, golfinhos e focas.

Outro exercício de extrema crueldade é a *hare coursing*, atividade que consiste no uso de lebres capturadas de seu habitat natural e jogadas em uma pista para que cães do tipo *greyhound* as persigam. Em alguns casos, elas são jogadas vivas e ensan-

guentadas nas bocas dos cachorros para atíçar seu apetite pela presa (isso se chama *blooding*). Trata-se de uma forma coletiva de dar vazão à perversão de alguns membros da sociedade para os quais só existem prazer e catarse na dor alheia.<sup>5</sup>

Premiado com o Oscar de melhor documentário do ano de 2010, o filme *The Cove*<sup>6</sup>, divulgou ao mundo o sangrento massacre de golfinhos em Taiji, cidade litorânea do Japão. O predatório abate desse admirável mamífero é considerado uma tradição centenária pelos pescadores locais. Igualmente, nas Ilhas Faroe (nação constituinte do Reino da Dinamarca), ocorre o massacre das baleias piloto e de golfinhos. As imagens de tal episódio circulam na internet e chocam até os mais insensíveis.<sup>7</sup> O episódio é considerado uma espécie de “ritual de passagem”, com intuito de demonstrar à sociedade (e aos inúmeros espectadores presentes, ávidos por sangue...) que os jovens que ali assassinam os animais a golpes de grossos ganchos, já estão prontos para adentrar na vida adulta.

Já no Canadá são abertas, ano após ano, as temporadas de caça a focas, que acontecem, exatamente, no período em que os animais migram da Groenlândia para a costa do país para dar à luz a sua cria.<sup>8</sup> Na Inglaterra, a caça – principalmente à raposa – continua a ser uma tradicional diversão da nobreza.<sup>9</sup>

Como em todo outro negócio, as corridas de cães e de cavalos são indústrias movidas por um denominador comum: lucro. Em diversos lugares do mundo (como Estados Unidos, Austrália, Nova Zelândia, Irlanda, Grã Bretanha, China, Vietnã e Coréia do Sul), pistas desportivas de exploração, levam os animais à exaustão e enriquecem seus proprietários e apostadores.<sup>10</sup>

No Brasil, essa realidade não é diferente. Existe a Farra do Boi, as vaquejadas, a Festa do Peão de Boiadeiros, as puxadas de cavalo, as rinhas, o uso de animais em apresentações circenses, além de outros exemplos de manifestações atroztes do inconsciente humano. Muitas destas condutas configuram crime de maus tratos e foram proibidas por outras leis federais e, até mesmo, estaduais e municipais. Não obstante, esses eventos se

sustentam por interesses políticos e financeiros, sobre argumento de serem manifestações culturais, além de outros pretextos duvidosos.

## 2. Legislação aplicável à matéria

No ordenamento jurídico pátrio, a primeira legislação de proteção aos animais foi promulgada no governo de Getúlio Vargas. O decreto federal nº 24.645/1934 instituiu os maus tratos contra os animais como espécie de contravenção penal. Em 1941, com a vigência da Lei de Contravenções Penais, mais uma vez proibiu-se a crueldade contra os animais. Mais tarde, a temática ganhou respaldo constitucional em nossa atual Carta Política de 1988, que determinou estar o Poder Público incumbido de proteger a fauna, estando vedadas às práticas que provocassem a extinção de espécies ou submetessem os animais à crueldade (art. 225 § 1º, VII). Já em 1998, com o advento da Lei de Crimes Ambientais, as práticas que submetem os animais à crueldade foram criminalizadas. O artigo 32 da Lei nº 9.605/1998 assim estabeleceu: “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”.

Em contra-partida, prevê também o artigo 215 da Constituição Federal que o “Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”. Já no artigo 217, § 3º da Magna Carta, existe a previsão de que o “Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social”.

Assim, têm-se, no caso, valores constitucionais em tensão: o direito à manifestação cultural e ao lazer, em afronta ao direito de proteção dos animais contra tratamentos cruéis. Tal questão tornou-se um assunto cada vez mais debatido entre os participantes das diversas modalidades de entretenimento e das enti-

dades de tutela dos animais, tendo a matéria objeto da divergência chegado aos Tribunais, para que pudessem ser estabelecidos parâmetros e, enfim, fosse dada uma solução para tal impasse. Nessa linha, quatro interessantes questões foram sistematizadas: a Farra do Boi, as rinhas, o uso de animais em circo e os rodeios.

### **3. A farra do boi**

A Farra do Boi é uma das manifestações culturais mais polêmicas do Brasil. É um antigo costume ibérico, transportado para Santa Catarina devido a acentuada influência açoriana do Estado. Trazida por imigrantes que vieram se estabelecer na região, a manifestação cultural ocorre no período que antecede a Páscoa (Quaresma). A tortura ao animal já se inicia alguns dias antes da festa, quando o boi é isolado e deixado sem alimentação. Iniciada a farra, o bovino é solto nos chamados mangueirões (pastos cercados com madeira) ou mesmo no meio da multidão. Homens, mulheres, crianças e idosos – munidos com paus, pedras, açoites, chicotes e objetos cortantes – perseguem, incessantemente, o animal e tentam, a todo custo, feri-lo ou vencê-lo pelo cansaço.

Diante desse quadro, a partir da década de 80, a Farra do Boi começou a ser muito condenada por grupos ambientalistas, que passaram a fazer intensa campanha contra a prática, por considerá-la extremamente cruel ao animal. Após muito esforço e pressão por parte da sociedade civil organizada, em 1997, o Supremo Tribunal Federal (STF), através do recurso extraordinário nº 153.531-8/SC, apreciou a questão. Em acórdão proferido no bojo do citado recurso, o STF manifestou posicionamento no sentido da inconstitucionalidade da Farra do Boi, determinando, inclusive, que Santa Catarina adotasse as providências necessárias para que tais práticas não se repetissem.



Extrai-se da decisão, o entendimento de que o Estado tem a obrigação de garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações. Contudo, deve observar a norma do art. 225, §1º, inciso VII, da Constituição Federal, que veda quaisquer práticas que submetam os animais à crueldade, como é o caso da Farra do Boi. Assim, no choque entre garantias constitucionalmente previstas, prevaleceria àquela de proteção à fauna, uma vez que não se pode permitir que o entretenimento humano seja feito às custas da tortura das demais espécies.

Passados 10 anos, em 2007, a lei municipal nº 542 regularizou a prática de incitação e perseguição de bois até o esgotamento de suas forças, enquadrando-a como patrimônio cultural do Município de Governador Celso Ramos. No novo diploma legislativo, a mesma atividade agora é chamada de “Brincadeira do Boi”. A palavra “farra” – que possuía conotação negativa – é, assim, substituída por “brincadeira”, que traz a idéia de algo mais inocente e gracioso. A citada lei, também estabelecia a responsabilidade civil do organizador, caso houvesse excessos ao animal e ferimentos a terceiros, além de outras regulamentações.

Ainda em 2007, no bojo da ação direta de inconstitucionalidade intentada pelo Ministério Público de Santa Catarina, o Pleno do Tribunal de Justiça deferiu o pedido de liminar requerido e suspendeu a aplicação da lei municipal nº 542.<sup>11</sup> Assim, atualmente, a Farra do Boi está proibida em território catarinense, em face de duas importantes decisões judiciais que apreciaram a matéria.

#### **4. Os rodeios de animais**

A lei federal nº 10.519/2002 dispõe sobre a promoção e a fiscalização da defesa sanitária animal quando da realização de rodeios. O referido diploma legislativo conceitua os rodeios de animais como sendo “atividades de montaria ou de cronome-

tragem e as provas de laço, nas quais são avaliados a habilidade do atleta em dominar o animal com perícia e o desempenho do próprio animal”. Pode-se incluir no conceito legal de rodeio todas as festividades onde peões e vaqueiros mostram suas habilidades com cavalos e bois, participando de provas como laçar, apartar e marcar o gado, como as vaquejadas, Festas de Peão de Boiadeiros, laçadas de bezerro (*calf roping*), laçadas duplas (*team roping*), derrubada de boi (*bulldogging*) e o rodeio mirim. Com o passar do tempo, essa modalidade de evento foi conquistando maior adesão popular e, como consequência, surge a busca por outros atrativos, com fito de angariar maiores lucros e entreter os espectadores.

Assim, os rodeios que hoje acontecem em território nacional ganharam uma roupagem bem brasileira e várias atividades se agregam a essa espécie de evento, que vão desde leilões e exposições de animais, até grandes shows de música country, sertaneja, de rock, samba e pagode. A maior festa de rodeio do Brasil é hoje a Festa do Peão de Boiadeiro realizada em Barretos, estado de São Paulo. Outras festas de peão também acontecem em Americana (SP), Fernandópolis (SP), São José do Rio Preto (SP), Guaxupé (MG), Divinópolis (MG), Macaé (RJ), Vila Velha (ES) e Marabá (PA).

Em tais apresentações, o boi pula e agita-se efusivamente – não porque é selvagem – mas porque sente dor e está sendo submetido a atos de extrema crueldade e maus-tratos. O animal comporta-se de maneira violenta, exatamente, porque foi e está sendo submetido à tortura física e psicológica. Foi provocado, surrado, eletrocutado, atormentado e deixado sem comida por longo período, além de outras formas de tormento, com o intuito de provocar um estado de frenesi no animal, estimulando a diversão alheia. Para evitar que tal barbárie chegue ao grau máximo, a Lei de Rodeios, ao menos, buscou impedir que os apetrechos utilizados nas montarias impliquem em crueldade aos animais.

No que concerne aos rodeios, o Judiciário tem entendido pela sua permissão, desde que não configurem em crueldade aos animais. Assim, desde que não haja prática de atos de flagelação dos animais, as festas de rodeio e de peão vêm sendo admitidas pelos Judiciários locais. Como exemplo, pode-se citar a decisão exarada pela Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que assim explanou:

[...] Não há como se admitir, com o atual estágio de desenvolvimento sociocultural dos povos, que alguns ainda se valham de atos cruéis a animais a título de diversão e recreação. Neste sentido, o próprio Pretório Excelso já decidiu pela proibição da realização da ‘farra do boi’ no Estado de Santa Catarina (Recurso Extraordinário n. 153.531-8-SC, julgado em 3.06.97, rei. Min. Marco Aurélio, publicado em JSTF-LEX 239/192). Cabia ao Poder Público, como de fato o fez, disciplinar e exigir padrões de conduta das entidades promotoras de rodeio para se evitar a infringência da citada regra de proteção aos animais.<sup>12</sup>

Uma importante decisão determinou a proibição do uso de qualquer subterfúgio capaz de provocar nos animais sofrimento atroz e desnecessário, bem como impediu que fossem realizadas provas torturantes e causadoras de maus-tratos aos animais. Embora os organizadores dessa espécie de evento tivessem argumentado não haver provas suficientes de que práticas como *bulldogging*, *team roping*, *calf roping* e o rodeio mirim causassem dor e aflição aos bovinos e eqüinos envolvidos, o acórdão fundamentou seu entendimento nos laudos e fotos adunadas aos autos, além dos princípios da prevenção e precaução, norteadores do Direito Ambiental. É o que pode se observar do trecho abaixo reproduzido:

[...] Com efeito, a documentação existente nos autos demonstra que as provas denominadas “bulldogging” (derrubada de boi), “team roping” (laço em dupla), “calf roping” (laço de bezerro) e quaisquer provas de derrubada, bem como o denominado “rodeio mirim” (com utilização de pôneis, bezerros, ovelhas ou carneiros em simulação a montaria ou práticas sugestivas de lançamento, doma ou subjugação), pelas características com que são encetadas, provocam dores e

sofrimentos aos animais a elas submetidos, o mesmo ocorrendo com as provas que utilizam esporas pontiagudas, chicotes (corda americana e o denominado sedém, instrumento especialmente imaginado para produzir dores na região pélvica dos animais, fazendo-os pular (...). Nem se diga que existem estudos que informam a inexistência de evidências concretas no sentido de que os aparelhos mencionados (esporas pontiagudas, chicotes, laço americano e o denominado sedém) e as provas indicadas (bulldog, laço de bezerro e laço em dupla) causem dor e sofrimento, porquanto os princípios da precaução e da prevenção, que norteiam todas as ações em termos ambientais, prevenindo e banindo a simples possibilidade de dano, permitem vetar tais práticas tão só com observância dos estudos que demonstram a existência de crueldade. Vale dizer que em âmbito de meio ambiente e trato com animais e outros seres da fauna brasileira, não há necessidade de que esperem os juristas e cientistas pelo perecimento do animal exaurido pelo sofrimento para atestar o mau trato que lhe foi infligido, bastando que se permitam antever de forma razoável e lógica o sofrimento que dele advirá para embasar a proibição ao ato.<sup>13</sup>

Apesar de demonstrar crescente preocupação quanto à prática de atrocidades contra os animais, os tribunais brasileiros vêm enfrentando divergências em relação ao enquadramento de certas atividades e ao uso de determinados apetrechos como provocantes de maus tratos. Indubitavelmente, a prática de choques elétricos ou queimadura se enquadram nesse rol de atos de tortura animal. Contudo, uma matéria que, de forma recorrente, tornou-se objeto de discussão é o uso do “sedém”, artefato amarrado e retesado ao redor do corpo do animal, na região da virilha, tracionado ao máximo no momento em que o animal é solto na arena. Alguns tribunais tem entendido que a utilização do sedém em bovinos de rodeio, independentemente do material da sua confecção, causa desconforto e sofrimento ao animal, devendo, por isso, ser proibido. Nesse sentido, pode-se citar o trecho da decisão abaixo reproduzida:

[...] Ora, o instrumento sedém, como cediço, visa produzir estímulos dolorosos nos animais, sendo, por isso, irrelevante o material com

o qual é confeccionado. A função de tal instrumento é pressionar a virilha, o saco escrotal, o pênis e o abdômen do animal, provocando a dor e o sofrimento, que por sua vez levam o animal a pular, a corcovar, conforme já reconhecido por este Tribunal na Apelação Cível n° 122.093.5/1.00 (Rel. Des. Clímaco de Godoy) e Agravo de Instrumento n° 328.048.5/9.00 (Rel. Des. Sérgio Godoy), ambos da 4ª. Câmara de Direito Público.<sup>14</sup>

Em contrapartida, acórdão proferido pelo mesmo Tribunal paulista, entendeu que o uso do sedém só enseja crueldade caso confeccionado com material inapropriado ou fora das especificações técnicas. Esse é o entendimento retratado na seguinte decisão:

[...] A sentença considerou inconstitucional o art. 4º da LF n° 10.519/02 e vedou, sem ressalva, o uso de sedém, esporas, choques, peiteiras, sinos, laços, e outros apetrechos que causem maus tratos nas festas de peão, rodeio, montarias de touros e cavalos e em eventos similares que a ré venha a participar na Comarca de Matão. Este não é o entendimento atual da Câmara Ambiental, que veda o uso de esporas com rosetas pontiagudas ou cortantes, choques elétricos, laços sem redutor de impactos, cinta, cilha, barrigueira e sedém não confeccionado em lã natural com dimensões adequadas, conforme os padrões estabelecidos pela Secretaria Estadual da Agricultura.<sup>15</sup>

O STF ainda não enfrentou a questão específica dos rodeios, estando pendente de decisão a ação direta de inconstitucionalidade n° 3.595 (com pedido de liminar), ajuizada pelo então Governador de São Paulo, contra o Código de Proteção aos Animais do Estado (lei estadual n° 11.977/2005), que, entre outros pontos, proibiu nesse Estado, as provas de rodeio e de espetáculos que envolvam o uso de instrumentos que induzam o animal a se comportar de forma não natural.<sup>16</sup> Necessário, pois, aguardar a decisão do Supremo, que decidirá complexa questão, tendo em vista que os rodeios são espetáculos muito populares e que recebem grandes investimentos.

## 5. As rinhas

As rinhas são lutas entre animais, nas quais os espectadores apostam determinada soma de dinheiro, recebendo o prêmio caso a parte por eles escolhida tenha sido vencedora. As rinhas mais difundidas no Brasil são as de cães e de galos. Na de cães, especialmente os da raça pitbull – dóceis por natureza – os animais são treinados e torturados pelos seus donos para que possam transformar as suas características fisiológicas e habilidades de luta em comportamento agressivo. Os cachorros são colocados juntos para brigarem, sendo que a batalha só termina quando o dono do cão desiste. Em combates profissionais, há um tipo chamado *till death do us part* (até que a morte nos separe). Nessa modalidade mais extrema, a disputa só termina com a morte de um dos cães.

Já nas rinhas de galos, as aves são equipadas com afiadas lâminas de metal e, igualmente, se vêem forçadas a lutar até a morte (ou quase), para satisfazer a luxúria dos apostadores. Os animais são preparados e programados para matar ou morrer, sendo-lhes injetadas altas doses de hormônios. Além de ficarem confinados em minúsculos espaços, os galos passam por situações absurdas de estresse e tortura, tanto física como psicológica.

Quanto a essa questão, o STF também se manifestou. Seu posicionamento foi no sentido da inconstitucionalidade de diversas leis estaduais que autorizavam e regulamentavam (sob título de práticas ou atividades esportivas), as brigas de galo. Foi o caso das leis nº 2895/1998 (do Rio de Janeiro), 7.380/1998 (do Rio Grande do Norte) e 11.366/2000 (do Estado de Santa Catarina). Nos três episódios, a postura da Suprema Corte brasileira foi de repúdio a essa atroz forma de entretenimento que – sob a justificativa de preservar a manifestação cultural ou patrimônio genético de raças, ditas, combatentes – submete animais a práticas violentas ou cruéis, exatamente porque contrárias ao teor do

art. 225, §1º, VII da Constituição da República. É o que pode ser observado dos seguintes precedentes:

CONSTITUCIONAL. MEIO AMBIENTE. ANIMAIS. PROTEÇÃO. “BRIGAS DE GALO.

(...) A Lei 2.895, de 20-3-1998, do Estado do Rio de Janeiro, ao autorizar e disciplinar a realização de competições entre ‘galos combatentes’, autoriza e disciplina a submissão desses animais a tratamento cruel, o que a CF não permite: CF, art. 225, § 1º, VII.<sup>17</sup>

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 11.366/00 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ATO NORMATIVO QUE AUTORIZA E REGULAMENTA A CRIAÇÃO E A EXPOSIÇÃO DE AVES DE RAÇA E A REALIZAÇÃO DE “BRIGAS DE GALO”.

(...) A sujeição da vida animal a experiências de crueldade não é compatível com a Constituição do Brasil. Precedentes da Corte. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente.<sup>18</sup>

INCONSTITUCIONALIDADE. AÇÃO DIRETA. LEI N.º 7.380/98, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. ATIVIDADES ESPORTIVAS COM AVES DAS RAÇAS COMBATENTES. “RINHAS” OU “BRIGAS DE GALO”. REGULAMENTAÇÃO. INADMISSIBILIDADE. MEIO AMBIENTE. ANIMAIS. SUBMISSÃO A TRATAMENTO CRUEL. OFENSA AO ART. 225, § 1º, VII, DA CF. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. PRECEDENTES.

(...) É inconstitucional a lei estadual que autorize e regulamente, sob título de práticas ou atividades esportivas com aves de raças ditas combatentes, as chamadas “rinhas” ou “brigas de galo”.<sup>19</sup>

## 6. O uso de animais em circo

Outra prática que ainda persiste no Brasil é o uso de animais em apresentações circenses. O que se quer deixar transparecer é que os animais conseguem executar aquela infinidade de movimentos e truques porque foram treinados à base de amor, carinhos e recompensas. Não obstante, os bastidores dos espetáculos retratam uma realidade muito distante disso.

De fato, um cão pode ser ensinado a sentar-se com algumas lições e biscoitos, porque – na qualidade de animal doméstico –

convive com seres humanos há milhares de anos. Contudo, para ensinar um elefante a ficar em pé nas patas traseiras ou um urso a dançar, a questão mostra-se bem diferente. Primeiramente porque a maioria dos animais usados em circos são silvestres e oriundos de outros países. Eles são retirados das savanas e florestas onde nasceram e, assim, ficam privados do convívio com suas famílias e grupos sociais, deixando, ainda, de viver no seu habitat natural, de onde jamais deveriam ter saído. Depois são transportados de forma inadequada, de modo que muitos dos seus companheiros de jornada não resistem, chegando a óbito antes do final do percurso.

Além disso, o uso de espécies não-humanas como artistas circenses fomentam o tráfico de animais silvestres no mundo. Apenas essas já seriam razões suficientes para se combater o uso de animais em circos, mas não é só. Já no seu destino final, os animais – enjaulados e acorrentados por toda a vida – são mantidos em péssimas condições de higiene e encontram-se, na maioria das vezes, desnutridos.<sup>20</sup> Nos treinamentos (em verdade, à base de chibatadas e choques elétricos), os animais regem aos comandos dos seus instrutores, porque tem fome e medo. Muitas espécies são até mutiladas, tendo suas garras ou dentes cerrados ou retirados.<sup>21</sup>

Apesar de toda a crueldade praticada contra os animais, ainda não existe a proibição federal do uso de animais em circos. Contudo, no ano de 2009, o projeto de lei nº 7291/ 2006, obteve importante vitória, quando foi, unanimemente, aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).<sup>22</sup> Caso o Brasil aprove a lei, se igualará a países como Áustria, Costa Rica, Índia, Israel, Dinamarca, Finlândia, Singapura e Suécia. Enquanto isso, os estados e municípios brasileiros continuam empenhados em aprovar leis que coloquem fim ao sofrimento dos animais artistas. É o caso dos estados da Paraíba<sup>23</sup>, Pernambuco<sup>24</sup>, Rio de Janeiro<sup>25</sup>, São Paulo<sup>26</sup>, Rio Grande do Sul<sup>27</sup> e Mato Grosso do Sul.<sup>28</sup> Só no ano de 2010, foram sancionadas as



leis estaduais de nº 9.830 (de Belo Horizonte), 9.399 (do Espírito Santo) e 7.173 (de Alagoas).

No estado de São Paulo foi suscitada a inconstitucionalidade do artigo 21 da lei estadual nº 11.977/2005, sob o argumento de que tal dispositivo limitaria a atividade circense, afrontaria o princípio da isonomia, vedaria profissão legítima, além da alegação de que os animais exibidos nos espetáculos, shows e performances circenses promovidos pela empresa apelante seriam bem tratados. Sobre esse último argumento é a passagem do acórdão abaixo reproduzida:

[...] Ademais, a alegação que os animais são bem tratados não merece prosperar. É incontroverso que os animais submetidos à vida circense sofrem abusos cotidianos, sendo subjugados pelos interesses e conveniências econômicas daqueles que exploram tal atividade. A sujeição de animais a comportamentos anômalos a sua espécie configura abuso.<sup>29</sup>

Na decisão supra, o entendimento foi também no sentido de que a proibição de utilização de animais em espetáculos circenses mostra-se revestida de constitucionalidade, na medida em que não contraria legislação federal, razão pela qual não há que se falar em inconstitucionalidade do artigo 21 da lei estadual paulista.

Infelizmente, o estado da Bahia ainda não aprovou uma lei de proibição do uso de animais em circo<sup>30</sup>, mas tem conseguido importantes precedentes nesse sentido. Em recente decisão proferida pelo juiz da 21ª Vara Cível de Salvador, no bojo da Ação Civil Pública tombada sob nº 3307206-2/2010, o Circo Portugal (Portugal Produções Artísticas Ltda.) foi impedido de usar animais em espetáculos. A ação foi de autoria do Ministério Público, em conjunto com duas associações não governamentais de tutela do meio ambiente, que, juntas, decidiram ingressar na Justiça em face aos atos de extrema crueldade praticados contra os animais. Entendimento semelhante foi exarado pelo juiz da 11ª Vara Cível de Salvador, no bojo da Ação Civil Pública

de nº 2295661-2/2008, no qual o Circo Estoril (Roberto Carvalho Portugal e Cia. Ltda.) ficou, igualmente, impossibilitado da exibição de animais em espetáculos, tendo sido fixada uma multa diária de cinqüenta mil reais em caso de descumprimento da decisão.

## **7. Considerações finais**

A aparente alegria dos festejos e manifestações culturais que envolvem o uso de animais esconde um lado desumano e cruel. Indubitavelmente, o ser humano deve ter direito a divertir-se, contudo, não se pode permitir que provenha seu entretenimento às custas da exploração e tortura de espécies que não tem como escolher seu destino. Assim, quando a diversão e cultura são alcançadas em detrimento da tortura (física ou psicológica) de animais não humanos, um conflito de princípios constitucionais se estabelece, já que proteções resguardadas pela Lei Maior entram em choque, quais sejam: o direito do ser humano ao lazer e a manifestações culturais, bem como, a proteção ambiental da fauna. Fazendo-se uma valoração de tais normas, é certo que a crueldade e morte de animais por mero deleite e diversão do ser humano não pode prevalecer sobre o argumento de que tais atrocidades são formas de diversão e lazer, ou fazem parte da cultura ou tradição.

O tema tardou a ser apreciado pelo Judiciário, no entanto, atualmente, tem sido cada vez mais debatido. Sem dúvidas, muitas questões ainda precisam ser contempladas, todavia algumas decisões já proferidas servem de importantes precedentes, delineando o entendimento das cortes brasileiras acerca da matéria.

Como explanado ao longo do presente trabalho, os tribunais pátrios, em recentes decisões, tem manifestado a preocupação de conjugar as condutas humanas com a crueldade contra animais, forçando a sociedade a buscar lúdicas e ambientalmente

corretas alternativas de explorar sua expressão cultural e formas de entretenimento. Com fito de fortalecer essa vertente de não valorizar a morte ou tortura de seres vivos, é necessário que a informação acerca da crueldade a que os animais são submetidos nessas espécies de festejos seja amplamente divulgada e que haja a educação ambiental da população, ensejando uma atitude ética do homem em relação às demais espécies.

## REFERÊNCIAS

ACKEL Filho, Diomar. **Direito dos animais**. São Paulo: Themis, 2001.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. **Crueldade contra animais e proteção destes como relevante questão jurídico-ambiental e constitucional**. Revista de Direito Ambiental 7. São Paulo: RT, julho-setembro de 1997.

DIAS, Edna Cardozo. **A tutela jurídica dos animais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

FRANCIONE, Gary Lawrence. **Introduction to animal rights: Your Child or the Dog?**. Philadelphia: Temple University Press, 2000.

LEITE, José Rubens Moratto. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

NALINI, José Renato. **Ética ambiental**. Campinas: Milenium, 2001.

OST, François. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito**. Lisboa, Instituto Piaget, 1995.

REGAN, Tom. **The case for animal rights**. University of Califórnia Press. 2004. Disponível em: <<http://www.google.books.com>>. Acesso em: 23 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. **Jaulas vazias: encarando o desafio dos direitos animais**. Porto Alegre: Lugano, 2006.

RODRIGUES, Danielle Tetü. **O Direito e os animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa**. Curitiba: Juruá, 2009.

SANTANA, Heron José de, SANTANA, Luciano Rocha (coord.). **Revista brasileira de Direito animal. Vol. I, n.º 1** (jan. 2006). Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais. 9.** ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SINGER, Peter. **Libertação animal.** Porto Alegre: Lugano, 2004.

#### SITES ELETRÔNICOS ACESSADOS

<http://www.stf.jus.br/>

<http://www.stj.gov.br/>

<http://www.senado.gov.br/legislacao/>

<http://www.youtube.com/>

<http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/>

<http://www.senado.gov.br/atividade/default.asp>

<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2010/07/parlamento-decide-pela-proibicao-das-touradas-na-catalunha.html>

<http://www.iwab.org/spainpor.html>

<http://www.publico.es/espana/269699/hoy/tortura/toro/medinaceli>

<http://www.huntsabsireland.org/>

<http://www.banbloodsports.com/ln100630.htm>

<http://www.thecovemovie.com/>

<https://secure.peta.org/site/Advocacy?cmd=display&page=UserAction&id=911>

<http://www.petitiononline.com/GAIBEGA/petition.html>

<http://www.thepetitionsite.com/m/sign/297700533>

<http://www.greyhoundaction.org.uk/>

<http://www.ad-international.org/petitions/?a=sign&l=pt&pid=2>

## NOTAS

- <sup>1</sup> De acordo com o noticiado, a Catalunha, juntamente com as Ilhas Canárias, são as únicas regiões espanholas a proibir as touradas. Na Catalunha, a votação histórica ocorreu em 28 de julho de 2010. Nela, o parlamento catalão aprovou (com 68 votos a favor, 55 contra e nove abstenções) o decreto que implica na proibição das touradas na região, que começa a vigor a partir de 2012. A notícia está disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2010/07/parlamento-decide-pela-proibicao-das-touradas-na-catalunha.html>>. Acesso em: 28 de julho de 2010.
- <sup>2</sup> Sobre as touradas, sugere-se o acesso ao site do movimento internacional contra as touradas, disponível no endereço: <<http://www.iwab.org/spainpor.html>>.
- <sup>3</sup> É o que noticia o “Jornal Público”, publicação espanhola disponível na internet, através do domínio: <<http://www.publico.es/espana/269699/hoy/tortura/toro/medinaceli>>. O ‘Touro de Fogo’ pode também ser observado pelo seguinte vídeo postado na rede: <<http://www.youtube.com/watch?v=OgDhOvy6NwY>>.
- <sup>4</sup> Uma delas é a festividade chamada de ‘Colete Encarnado’ que acontece, desde 1932, em Vila Franca de Xira, todo o primeiro fim de semana do mês de julho.
- <sup>5</sup> O *hare coursing* está proibido no Reino Unido desde 2005. Dentro da Europa, a atividade ainda acontece na Irlanda e Espanha. Para obter mais informações sobre o assunto, recomenda-se o acesso aos sites da Associação de Sabotadores de Caça da Irlanda (*Association of Hunting Saboteurs Ireland*), disponível em: <<http://www.huntsabsireland.org/>> e do Conselho Irlandês contra Esportes Sangrentos (*Irish Council Against Blood Sports*), disponível em: <<http://www.banbloodsports.com/ln100630.htm>>.
- <sup>6</sup> Para outras notícias sobre o filme, os golfinhos e também para aderir a um manifesto de repúdio ao ato de massacre desses mamíferos tão dóceis, pode-se acessar ao site: <<http://www.thecovemovie.com/>>.
- <sup>7</sup> Vídeo disponível em: <[www.youtube.com/watch%3Fv%3DTrJfsH7wsFc/](http://www.youtube.com/watch%3Fv%3DTrJfsH7wsFc/)>.

- <sup>8</sup> Sobre a caça de focas no Canadá, interessante (e chocante) vídeo está disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=7G9wCrJ2Sc8&feature=related>>.
- <sup>9</sup> Desde 2005, entrou em vigor histórica lei inglesa contra a caça à raposa com cachorros. O curioso é que a caça sem o uso de cães segue permitida. A lei não deixa claro se também liberaria a caça a lebres e veados.
- <sup>10</sup> Para ajudar a acabar com a exploração dos cachorros *greyhounds* nas corridas, alguns sites disponibilizam petições *online*. É o caso dos seguintes manifestos: <<http://www.petitiononline.com/GAIBEGA/petition.html>> e <<http://www.thepetitionsite.com/m/sign/297700533>>. Um vídeo sobre a exploração dos *greyhounds* está disponível no site da Ação Internacional Greyhound (*Greyhound Action International*), através do domínio: <<http://www.greyhoundaction.org.uk/>>.
- <sup>11</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2007.024362-5. Requerente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Requeridos: Prefeito Municipal de Governador Celso Ramos e Presidente da Câmara de Vereadores do Município de Governador Celso Ramos. Relator: Desembargador Wilson Augusto do Nascimento. Publicado em: 29 de junho de 2009.
- <sup>12</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Câmara Reservada ao Meio Ambiente). Apelação Cível com Revisão nº 539.402-5/9-00 (Comarca de Ribeirão Preto). Apelante: Ministério Público. Apelados: Luiz Paulo Luciano e Francisco Antônio Belleza. Relator: Samuel Júnior. Julgado em: 29 de novembro de 2007. Publicado em: 11 de janeiro de 2008.
- <sup>13</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Câmara de Especial de Meio Ambiente). Apelação Cível com Revisão nº 612.861-5/4-00 (Comarca de Capão Bonito). Apelante: Ministério Público. Apelados: Companhia de Rodeios Três Corações e Prefeitura Municipal de Guapiara. Relatora: Regina Capistrano. Julgado em: 31 de julho de 2008. Registrado em: 11 de agosto de 2008.
- <sup>14</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (Câmara Reservada ao Meio Ambiente). Embargos Infringentes nº 994.06.043664-1/50001. (Comarca de Ribeirão Preto). Embargante: Luiz Paulo Luciano e Outro. Embargado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Antonio Celso Aguilar Cortez. Julgado em: 10 de junho de 2010. Publicado em: 23 de junho de 2010.

- <sup>15</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Câmara Reservada ao Meio Ambiente). Apelação Cível com Revisão nº 562.319-5/3-00 (Comarca de Matão). Apelante: Organização Estrela Som S/C Ltda. Apelado: Ministério Público. Relator: Torres de Carvalho Julgado em: 26 de novembro de 2009. Registrado em: 17 de dezembro de 2009.
- <sup>16</sup> A ação direta de inconstitucionalidade nº 3.595 foi distribuída em 10 de outubro de 2005. A ação foi proposta pelo Governador do Estado de São Paulo contra a Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. Em recente consulta, realizada em 07 de julho de 2010, observou-se que ela encontra-se conclusa, em face da petição juntada pela Procuradoria Geral da República.
- <sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.856-6/RJ. Requerente: Procurador Geral da República. Requeridos: Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Carlos Velloso. Julgado em: 03 de setembro de 1998. Publicado em: 22 de setembro de 2000.
- <sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.514/SC. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em: 29 de junho de 2005. Publicado em: 09 de dezembro de 2005.
- <sup>19</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.776/RN. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte. Relator: Ministro César Peluso. Julgado em: 14 de junho de 2007. Publicado em: 29 de junho de 2007.
- <sup>20</sup> Sobre o uso de animais em circos, muito esclarecedor é o documentário 'Atos anormais', produzido pela *Animal Defender Internacional* (ADI), disponível, inclusive, em versão em português: <[http://www.youtube.com/animaldefenders#p/p/BB7CC8DDE817329C/21/JCz\\_IJJOJ\\_U](http://www.youtube.com/animaldefenders#p/p/BB7CC8DDE817329C/21/JCz_IJJOJ_U)>.
- <sup>21</sup> Para assinar uma petição de apoio à proibição da utilização de animais de qualquer espécie em apresentação de circos, acessar o site: da <<http://www.ad-international.org/petitions/?a=sign&l=pt&pid=2>>. Até o dia 27 de julho de 2010, 3.298 pessoas haviam assinado o manifesto.

- <sup>22</sup> BRASIL. Projeto de lei nº 7.291/2006. Autor: Senador Álvaro Dias (PSDB/PR). Data de Apresentação: 05 de julho de 2006. Ementa: Dispõe sobre o registro dos circos perante o Poder Público Federal e o emprego de animais da fauna silvestre brasileira e exótica na atividade circense. Apreciação: proposição sujeita à apreciação do Plenário. Regime de tramitação: prioridade. Situação: pronta para pauta.
- <sup>23</sup> Lei Estadual nº 8.405, de 27 de novembro de 2007.
- <sup>24</sup> Lei Estadual nº 12.006, de 01 de junho de 2001.
- <sup>25</sup> Lei Estadual nº 3.714, de 21 de novembro de 2001.
- <sup>26</sup> Lei Estadual nº 11.977, de 25 de agosto de 2005.
- <sup>27</sup> Lei Estadual nº 12.994, de 24 de junho de 2008.
- <sup>28</sup> Lei Estadual nº 3.642, de 04 de fevereiro de 2009.
- <sup>29</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Câmara Especial do Meio Ambiente). Apelação Cível com Revisão nº 704.103-5/1-00 (Comarca de São José dos Campos). Apelante: Amália Griselda Rios de Stevanovich e Filhos Ltda. Apelado: Ministério Público. Relator: Samuel Júnior. Julgado em: 26 de novembro de 2009. Registrado em: 17 de dezembro de 2009.
- <sup>30</sup> Embora, na Bahia, ainda não exista uma lei a tratar da matéria, o projeto de lei nº 16.957/2007, de 12 de dezembro de 2007, está em tramitação.

Recebido em: 28/11/2011.

Aprovado em: 02/02/2012.



# O DEVER DE PRESERVAÇÃO DA VIDA ANIMAL COMO EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA “SADIA QUALIDADE DE VIDA”

(“Duty to preservation of animal life as an emanation  
of the principle of healthy quality of life”)

*Maria da Glória Colucci\**

RESUMO: A crescente importância das pesquisas interdisciplinares em Ecologia, Ética e Direito despertou não só os meios científicos, mas a sociedade e a mídia, para a urgente necessidade de proteção da vida animal. Diante das ameaças de toda sorte que se levantam contra a fauna e a flora, a começar pelas mudanças climáticas, a comunidade internacional se mobilizou em defesa da vida no Planeta. Quanto aos animais, seres indefesos expostos à crueldade humana, às intempéries, ao abandono, ao desmatamento e à intensa urbanização, somente nas últimas décadas houve tímida conscientização de que precisam de uma específica tutela ou serão dizimados pelo Homem. Fatores diversos, dentre os quais se podem citar tradições, esportes e comércio indiscriminado, contribuem para a agressividade e práticas contrárias à dignidade da vida animal. A legislação brasileira é farta em termos de regulamentação do meio ambiente, contemplando a fauna e a flora

---

\* Mestre em Direito Público pela UFPR. Especialista em Filosofia do Direito pela PUC-PR. Professora titular de Teoria Geral do Direito do UNICURITIBA. Professora Emérita do Centro Universitário Curitiba, conforme título conferido pela Instituição em 21/04/2010. Orientadora do Grupo de Pesquisas em Biodireito e Bioética – *Jus Vitae*, do UNICURITIBA, desde 2001. Professora adjunta IV, aposentada, da UFPR. Membro do IAP – Instituto dos Advogados do Paraná. Membro da Sociedade Brasileira de Bioética – Brasília. Membro do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Membro da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC).

em inúmeras disposições, a começar pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Neste contexto, destaque-se o princípio constitucional da “sadia qualidade de vida” que pressupõe um meio ambiente ecologicamente equilibrado, em que homens e animais vivam harmoniosamente, de acordo com suas características naturais.

**PALAVRAS-CHAVE:** animais, animalidade, sadia qualidade de vida.

**ABSTRACT:** The growing importance of interdisciplinary research in ecology, ethics and law sparked not only the scientific community, but society and the media, to the urgent need for protection of animal life. Faced with threats of all kinds that rise up against the fauna and flora, starting with climate change, the international community is mobilized in defense of life on Earth. As for animals, helpless exposed to human cruelty, weather, abandonment, deforestation and intensive urbanization in recent decades there has been only tentative awareness that they need a specific protection or be wiped out by man. Several factors, among which we can cite traditions, sports and unregulated trade, contribute to aggressiveness and practices contrary to the dignity of animal life. Brazilian legislation is abundant in regulatory environment, comprising the fauna and flora in numerous provisions, starting with the Constitution of the Federative Republic of Brazil, from October 5, 1988. In this context, we note the constitutional principle of “healthy quality of life” that requires an ecologically balanced environment in which men and animals live harmoniously according to its natural characteristics.

**KEYWORDS:** Animals, animality, healthy quality of life.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO 2 A RELAÇÃO HOMEM-ANIMAL EM DIFERENTES ESTÁGIOS DA EVOLUÇÃO HUMANA 2.1 Humanos e Animais 2.2 Animalidade e Racionalidade 2.3 Consciência e Sensibilidade 3 SADIA QUALIDADE DE VIDA 3.1 Generalidades 3.2 Particularizações nas Relações Homem-Animal 3.2.1 Prevenção e Prevenção 3.2.2 Solidariedade. Sustentabilidade. Patrimônio Genético Animal 4 APRENDENDO COM OS ANIMAIS 5 CONCLUSÃO NOTAS. REFERÊNCIAS.

## 1. Introdução

Os reveses causados aos animais pela sua maior proximidade com o Homem são vários, retirando-lhes, por vezes, suas características naturais, tornando-os reféns de doenças que estavam restritas aos seres humanos e hoje lhes são comuns, como a obesidade. A perda de espaços naturais, devido à invasão e destruição dos *habitats* dos animais, pelas mais diferentes causas, tem provocado uma indesejável invasão dos preciosos refúgios silvestres pela poluição, fome, desnutrição e o violento trânsito das rodovias. A intensa urbanização, somada ao desmatamento indiscriminado no interior do País, ou no entorno das cidades, contribui dia após dia para a destruição da flora e da fauna brasileiras.

Também, o crescimento energético demanda a construção de hidrelétricas, causando o alagamento de extensas regiões, destruindo o *locus* natural de pequenos animais, visto que os de grande porte são retirados a tempo; mas minúsculos insetos, além da flora, são cobertos pelas torrentes das águas em nome do progresso...

Neste cenário, cumpre indagar de que forma o Direito pode contribuir para a proteção, respeito e resgate da dignidade da vida animal, considerando, dentre outros dispositivos legais, o próprio texto constitucional (art. 225, VII)? Também é necessário refletir sobre a urgência de, em nome da essencialidade da “sadia qualidade da vida”, das atuais e futuras gerações, como se intensificarem as medidas protetivas da vida animal no País, condenando-se, de forma imediata e eficaz, as práticas que atentem contra a saúde, a integridade física e mental dos animais, submetendo-os a tratamento degradante ou cruel.

Um rápido esboço histórico demonstrará que a necessidade de conscientização da importância de se preservar a vida animal esbarra em um longo processo de destruição, degradação e desprezo pelos seres vivos que não sejam considerados “racionais”, embora dotados de sensibilidade (senciência). Acrescente-se a

grande contribuição representada pelos meios de comunicação, como o *marketing*, os desenhos animados e mesmo o cinema, dentre outros produtos midiáticos, ao procurarem sensibilizar, e mesmo educar, as novas gerações para a necessidade de se respeitar, preservar e promover a vida no Planeta, com a inclusão de todas as formas de vida, sobretudo dos animais.

A defesa da vida animal é bandeira de órgãos governamentais diversos, como o IBAMA – Instituto Brasileiro de Meio Ambiente, mas, sem dúvida, as ONG's (Organizações não Governamentais) possuem relevante papel na conscientização da dignidade da vida animal, a exemplo da RENCTAS - Rede Nacional de Combate ao Tráfico de Animais Silvestres.<sup>1</sup>

Podem ser destacados distintos documentos jurídicos no Direito pátrio voltados para a proteção da biodiversidade, como o Decreto n. 4.339, de 22 de agosto de 2002, que instituem princípios e diretrizes para a implementação da Política Nacional da Biodiversidade, além do já vigente Código de Caça (Lei n. 5.197/67); Agricultura e Pesca (Lei n. 11.959, de 29 de junho de 2009) e o debatido Código Florestal que, de forma específica, protege o ambiente natural de inúmeras espécies da fauna brasileira.

A proposta do texto ora elaborado é de contribuir, ainda que discretamente, para a reflexão sobre a promoção da “sadia qualidade de vida” a partir da tutela jurídica da vida animal.

## **2. A relação homem-animal em diferentes estágios da evolução humana**

### **2.1 Humanos e Animais**

Nos grupos primitivos, dentre as práticas de sobrevivência se encontravam a caça e pesca, e o pastoreio, além da coleta de produtos vegetais e de insetos.<sup>2</sup> Quanto à caça e pesca, o hábito de comer carne começou a partir do período do *Australopithecus*,

sendo abatidos tanto animais de grande porte (guanacos, búfalos, ursos), além de animais menores (renas), estendendo-se também a aves e pássaros, incluindo mamíferos marinhos (foca, morsa, baleia).<sup>3</sup> Na Idade dos Metais – bronze e ferro, por volta de 3.000 a.C., a agricultura passou a utilizar o arado e os animais de tração, como o boi, no Ocidente, e o búfalo, em partes do Oriente; destinando-se cavalos e camelos ao transporte, sobretudo em regiões inóspitas, como desertos.<sup>4</sup>

O ato de imolar animais em rituais religiosos foi uma das formas mais primitivas da relação do homem com a divindade, a quem se oferecia o sacrifício do sangue e carne de animais. Além de servirem de oferendas, foram, com o evoluir dos tempos, transformados em objetos de culto, como o búfalo, entre os hindus; o canguru, para os aborígenes australianos, conforme dão notícia Marina de Andrade Marconi e Zélia Maria Neves Presotto.<sup>5</sup> Entre os egípcios, o boi sagrado (Ápis), era considerado a encarnação da própria divindade (Osíris).<sup>6</sup>

Além da divinização, aparece desde tempos antigos a atribuição de características físicas ou emocionais humanas aos animais (antropomorfismo), como no caso dos centauros, entre os gregos, ou em dias mais próximos, as sereias e botos.

Entre os filósofos gregos, em Platão (427-347 a.C.) “[...] os animais eram humanos reencarnados”;<sup>7</sup> ao passo que em Aristóteles (384-322 a.C) haveria uma distinção marcante, a saber, a racionalidade, que se revela como atributo do Homem, sendo-lhe reconhecido o direito de usar os animais, como seres inferiores.<sup>8</sup>

Assinalam os pesquisadores que o maior defensor dos animais, na Grécia Antiga, foi Porfírio (232-304), que condenava o “sacrifício de animais e a alimentação à base de carnes”.<sup>9</sup> Os romanos reconheciam, conjuntamente, a homens e animais uma ordem natural, como surge em Ulpiano (170-228), para quem o Direito Natural se apresentava como: *Jus naturale est quod natura omnia animalia docuit*, incluindo-se na expressão *animalia*, a natureza viva em geral, cujos antecedentes estão em Pitágoras

(570-496 a.C) e Empédocles (493-430 a.C) que fundamentaram a clássica divisão romana: *jus naturale*, *jus gentium* e *jus civile*.<sup>10</sup>

Já se vislumbrava, entre os antigos, a questão polêmica que permanece até hoje, qual seja, o critério diferenciador que permitiria distinguir a ordem humana e a ordem animal como realidades naturais diferentes entre si.

## 2.2. Animalidade e Racionalidade

Com o racionalismo, séculos XVII – XVIII, acompanhando Descartes (1596 – 1690), passou-se a excluir dos animais também o atributo de seres sensíveis, sendo comparados a “máquinas”, incapazes de sentir dor ou sofrer:

A doutrina cartesiana permitiu a interpretação de que os animais não sentem dor e, assim, a concepção de que os gemidos de um cão que apanha não refletem a dor, mas soam como o som de um órgão quando tocado. [...] Este conceito de máquina-animal passa a ser amplamente difundido e utilizado por aqueles que praticavam vivissecção, e encontram-se ecos desse pensamento até nos dias de hoje. Afinal, Descartes traçou a linha que deixou os animais completamente fora da esfera moral.<sup>11</sup>

Coube, no entanto, a diversos filósofos e pesquisadores, como Jeremy Bentham (1748-1832), a indagação sobre a sensibilidade animal à dor; sobre a possibilidade de sofrerem quando maltratados ou agredidos. Tornando-se esta questão o núcleo das teorias, deixando-se de lado, a racionalidade, como foco central, para se responder à instigante pergunta: Podem os animais sentir dor?

Assim, o sofrimento causado aos animais tornou-se o foco de acirrados debates sobre o dever ético de não atentar contra a sua integridade física, em razão de serem sensíveis à dor. Destaque-se, nesse sentido, Schopenhauer (1788-1860), Darwin (1845-1912), Peter Singer, dentre outros, para os quais o respeito à vida dos animais é uma exigência ética, cujas bases

estão no recíproco dever de reconhecer aos outros seres vivos o espaço que lhes é reservado pela natureza<sup>12</sup>

Gradativamente, como acentua Danielle Tetü Rodrigues, sucessivos movimentos levaram à tutela jurídica dos animais, como o *British Cruelty to Animal Act* (1822); seguindo-se normas gerais em 1838, na Alemanha; em 1848, na Itália e, em 1911, novamente, a legislação inglesa introduziu a ideia de proteção aos animais pela averiguação de atos agressivos à sua integridade (*Protection Animal Act*).<sup>13</sup>

No Brasil, somente em 1924 passou a vigorar o Decreto 16.590 em defesa dos animais, seguindo-se, dez anos após, o Decreto 24.645 de 1934, tipificando maus-tratos aos animais, sob a ótica penal.<sup>14</sup>

Diversos diplomas legais no Brasil, ou mesmo no plano internacional, dentre os quais se destaca a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, da Unesco (1978), propondo a substituição do Antropocentrismo pelo Biocentrismo, foram se sucedendo, conferindo à questão da proteção à vida animal um papel de destaque nos Direitos Positivos dos diversos povos.<sup>15</sup>

Destarte, como se torna perceptível, a evolução, ainda que lenta, das relações homem-animal, se deu a partir dos avanços científicos que permitiram aproximar mais e mais todos os seres vivos, a começar pelo darwinismo e subsequentes críticas.

A proposta de substituição do antropocentrismo, como interpretação do Cosmos a partir da centralidade humana, pelo biocentrismo, qual seja, a vida é que deve ser o *leit motiv* de toda especulação ética, jurídica ou científica; evoluiu para o ecologismo, para o qual convergem todas as formas de vida, convivendo em harmonia, devendo o Homem ser o principal responsável pela preservação do ecossistema.

O egoísmo, que durante séculos ainda comanda o uso de animais e mesmo pessoas, em situação de degradação e abandono, deve ser extirpado, à semelhança de um câncer que corrói a natureza, destruindo tudo e comprometendo a “qualidade de vida”.

Rafaella Chuahy, correlacionando a violência praticada contra os seres humanos como tendo suas raízes nos maus-tratos aos animais, destaca a necessidade urgente da educação, a começar de tenra idade, ser voltada para incentivar o amor e respeito aos animais:

[...] ao ensinar uma criança a não jogar pedra numa pomba, respeitando-a, talvez ela cresça entendendo que não temos o direito de fazer outros seres vivos, humanos ou não, sofrerem para satisfazer nossos desejos, prazeres, luxo ou conveniência. O respeito a um animal deve ser o mesmo dado a um ser humano. Uma criança que aprende a respeitar e valorizar a vida de um animal crescerá com menos preconceitos e um maior entendimento sobre o valor da vida, qualquer que ela seja.<sup>16</sup>

Na condição de gestor da Natureza, ao Homem cabe o importante papel de preservar a vida, desde os seres menos diferenciados, que habitam as profundezas dos mares ou os abismos, até aos mais complexos, dotados de inteligência capaz de ir a outros planetas.

### 2.3 Consciência e Sensibilidade

Do ponto de vista jurídico, a questão polêmica concernente aos direitos dos animais não está na sua aceitação como bem jurídico tutelável, mas no seu enquadramento dentre os modelos conceituais existentes. Assim, ao considerar os animais, segundo a tradição romana, como semoventes, portanto, “objetos” do Direito – cabendo apenas aos seres humanos e às organizações personalizadas a titularidade das relações jurídicas – fica evidente a necessidade de revisão das categorias conceituais tradicionais. Diferentes respostas têm-se procurado oferecer à condição peculiar dos animais, como seres sencientes, portadores de atributos próprios que os distinguem de outros seres vivos, como os vegetais.



Tanto homens, quanto animais, são capazes de aprender, de organizar-se, de relacionar-se, de comunicar-se e de sentir, além de outras potenciais manifestações da “animalidade”, comum aos seres humanos e animais. Em decorrência deste fato, apenas em questão de escala maior ou menor, os “animais humanos” podem planejar, pensar, acumular conhecimentos, em diferentes graus ou níveis de intensidade (racionalidade).

Como bem assinala Gladston Mamede, a espécie humana ao se distinguir pela sua racionalidade, contém nela estruturas neurobiológicas que a habilitam a desenvolver uma série de capacidades, sendo, desta forma, a herança genética que diferencia os seres humanos dos demais viventes, não possuindo, como se pode concluir, nada por si mesmo, mas tudo lhe foi dado pela Natureza em sua evolução seletiva.<sup>17</sup>

Somados às “estruturas neurobiológicas”, estão outros fatores de ordem cultural, que conferem ao Homem a pretensa superioridade que afirma possuir, mas, como bem assinala o precitado autor, “com limites”:

[...] a razão é uma capacidade neurobiológica que a espécie humana possui definida em sua bagagem genética. Esta capacidade é limitada por tal bagagem genética e, via de consequência, o cérebro humano não é um “universo ilimitado”, como se quis acreditar. O homem não pode conhecer tudo (pois possui um limite neurobiológico para a capacidade cognitiva, como possui limites para sua capacidade fisiológica). No entanto, dentro de seus limites naturais, desenvolvem toda uma abstração (um *plus* à realidade física) que o colocou assustadoramente “adiante” das outras espécies animais.<sup>18</sup>

De todas as manifestações desta intelectualidade evoluída, a linguagem, entendida amplamente, é a que mais evidencia a racionalidade humana, embora também exista uma “linguagem” própria dos animais ditos irracionais. A linguagem, instrumento de comunicação e de construção da cultura, permite ao Homem expandir-se no tempo e no espaço, não só por intermédio dos gestos, palavras, dança, arte, etc, mas pelas representações sim-

bólicas dos “conceitos”, perpetuando-se e transferindo seus conhecimentos de geração a geração.<sup>19</sup>

No entanto, com o evoluir do conhecimento humano sobre outras espécies, a racionalidade humana deparou-se com distintos níveis de sensibilidade, presentes nas espécies animais, até, então, considerados “inferiores”.

Temple Grandin e Catherine Johnson, ao estudarem a linguagem dos bichos, procuram demonstrar que todo Animal possui consciência e sentimentos, que podem ser compreendidos pelos sinais exteriores, revelados no que denominam de quatro sistemas de emoções fundamentais, descritas por Jaak Panksepp: busca, raiva, medo, pânico, além da luxúria, cuidado e brincar.<sup>20</sup>

Por consciência, apesar da diversidade semântica que o termo pode comportar, significa uma espécie de “senso íntimo”, que lhe permite diferenciar quando certos comportamentos são “aprovados” ou “reprovados” pelo grupo, ou por quem cuida do Animal. Justamente por ser dotado de sentimentos (senciente) e de consciência (percepção, ainda que limitada do ambiente em que vive) é que os animais sofrem; devendo, por este motivo ser promovido o seu bem-estar não só físico, mas mental.

O Comitê Brambell (1960, Inglaterra) estabeleceu cinco condições para se aferir o bem-estar animal: “livre de dor, maus-tratos e doenças; livre para expressar seu comportamento normal, e livre de medo e tristeza”.<sup>21</sup>

Como visto, inúmeros referenciais teóricos podem ser utilizados para fundamentar o dever moral de respeitar os animais, preservar suas vidas e amá-los conforme a Natureza os fez.

### **3. Sadia qualidade de vida**

#### **3.1. Generalidades**

A “qualidade de vida” se tornou termo de frequentes ensaios exploratórios de sua relação com a situação econômica e social

das populações urbanas e rurais. Aliada à situação de vida nas cidades e no campo surgiram estudos que refletem as condições de alimentação e saúde das pessoas, sob diferentes prismas, a saber, a acessibilidade, mobilidade e exposição a riscos diversos.

Considerada a sociedade pós-moderna como “sociedade de risco”, os textos doutrinários, filosóficos, a jurisprudência e mesmo as leis, têm focado suas disposições nas possíveis formas de superação dos danos, presentes e futuros, a que estão expostos os seres vivos no Planeta. São temidos, dentre outros, os efeitos climáticos, não apenas em relação às gerações presentes e vindouras de seres humanos, mas de todos os viventes, dentre os quais se incluem os animais.

Os riscos à saúde, decorrentes das manifestações genéticas, a exemplo dos alimentos e animais transgênicos, longe de serem afetos apenas às pessoas e sua alimentação, também ameaçam a vida dos animais, limitando a sua reprodução, sobrevivência e mesmo causando a temível expectativa de extinção de espécies.

A qualidade de vida, é bom lembrar, resulta de uma série de fatores sociais, culturais, históricos etc, mas, é inegável que os componentes ambientais são os mais marcantes. Assim, não apenas o genótipo deve ser levado em consideração para a avaliação da saúde individual, mas o fenótipo é determinante para a aferição de índices de “qualidade de vida” de um conglomerado urbano ou rural, diante das influências mesológicas sobre a saúde de seres humanos.

*Pari passu*, os animais confinados, fora de seus ambientes naturais, desenvolvem “esterotipias” que, segundo Temple Grandin e Catherine Johnson, são “comportamentos anormais repetitivos”, tais como andar em círculos, de um lado para outro, como animais de grande porte fazem quando enjaulados; destruir objetos, como acontece com os cães deixados por longo tempo sozinhos.<sup>22</sup> Os comportamentos estereotipados revelam que o animal não está confortável em determinadas situações, diante de estranhos, demonstrando medo, raiva, sofrimento, dor etc.

Procurando definir a expressão “sadia qualidade de vida”, consignada no art. 225, *caput*, da Constituição de 1988, Antônio Herman Benjamin assim a analisa:

[...] a expressão parece indicar uma preocupação com a manutenção das condições normais (sadias) do meio ambiente, condições que propiciem o desenvolvimento pleno (e até natural perecimento) de todas as formas de vida. Em tal perspectiva, o termo é empregado pela Constituição não no seu sentido estritamente antropocêntrico (a qualidade da vida humana), mas com um alcance mais ambicioso, ao se propor – pela ausência da qualificação humana expressa – a preservar a existência e o pleno funcionamento de todas as condições e relações que geram e asseguram a vida, em suas múltiplas dimensões.<sup>23</sup>

A propósito da coexistência respeitosa e pacífica entre seres humanos, animais e a Natureza como um todo, harmônico e em constante evolução, as teorias antropocêntricas têm dado respostas diversas, algumas evasivas, outras excludentes ou mesmo inclusivas, atribuindo ao Homem o dever de preservar o mundo que o rodeia, em seu próprio benefício.

Indaga-se, à esta altura, acompanhando Léo Pessini:

Como viver e resolver os dilemas éticos que resultam de nosso crescente poder sobre a Natureza? Os cientistas devem ter boa vontade e humildade para reconhecer as limitações da ciência em questões morais. Tanto a arrogância e o triunfalismo científico quanto o religioso devem ser evitados, pois são danosos para o genuíno diálogo *inter, multi, transdisciplinar* que se faz necessário nessa área.<sup>24</sup>

Em que pese a diversidade de significações que o texto constitucional possa comportar no tocante à expressão “sadia qualidade de vida”, fica evidente, da interpretação do art. 225, que o risco para a vida, tanto da espécie humana, quanto animal, é questão central de diversos incisos, competindo ao Poder Público:

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; 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. (grifou-se)<sup>25</sup>

O risco para a vida e sua qualidade é decorrente das ameaçadoras condições a que são expostos os seres vivos, independentemente de sua racionalidade, sensibilidade etc, ou outros atributos; impondo-se cautela redobrada no trato com a vida: este é o campo da Bioética e do Biodireito.

Com acerto Matilde Carone Slaibi Conti, ao escrever sobre a temática em relevo, assim se pronunciou:

[...] A Bioética, além de ser uma ponte para o futuro da humanidade, necessita ser repensada nesse novo milênio como uma ponte multicultural entre os diferentes povos, na qual possamos recuperar nossa tradição humanista, como também o sentido e o respeito pela vida e a sua transcendência, desfrutando-a de forma digna e solidária.<sup>26</sup>

Quanto ao Biodireito afirma que:

O Biodireito se funda sobre fatos, princípios e regras. Não se trata de um sistema de princípios abstratamente determinados que se impõe sobre a realidade a partir de normas proibitórias inquestionáveis. A reflexão se aplica a fatos e se constrói a partir deles. A pluralidade de opiniões sobre tais fatos relativos à vida, à saúde e à morte deve refletir o pluralismo moral da sociedade.<sup>27</sup>

Deste modo, os fundamentos morais e jurídicos dos deveres dos seres humanos para com os animais, além dos vegetais e todo o ecossistema, convergem para os novos campos da Bioética e do Biodireito, como se examinará.

## 3.2. Particularizações nas Relações Homem-Animal: Princípios Constitucionais

Os princípios presentes no art. 225 da Lei Maior são dotados de amplitude tal que exigem, no caso em exame, que se particularizem seus reflexos e comandos nas relações Homem-Animal. Pretende-se, no entanto, limitar sua análise à prevenção, precaução, solidariedade, respeito à diversidade e integridade do patrimônio genético no País e à sustentabilidade.

### 3.2.1. *Precaução e Prevenção*

A precaução pressupõe, de acordo com o Enunciado 15<sup>o</sup>, da Declaração do Rio de Janeiro (Eco-1992) a tomada de medidas e cuidados essenciais para impedir “danos graves” ou insuperáveis, às gerações futuras, em razão de serem desconhecidos, por falta de informação científica ou técnica de seus efeitos e impactos na destruição do ambiente.

Os efeitos maléficos à fauna e à flora decorrentes do emprego de novas tecnologias, ainda em fase de testes, podem acarretar prejuízos irreversíveis; à semelhança do uso de agrotóxicos, transgenia de espécies animais, à guisa de exemplos.

Quanto à prevenção, conforme diferencia Paulo de Bessa Antunes, parte do conhecimento já consolidado sobre os danos oriundos do uso de determinadas técnicas, procedimentos etc, expondo a risco, não só presumidos, mas comprovados, a saúde e a vida da biodiversidade: “O princípio da prevenção aplica-se a impactos ambientais já conhecidos e que tenham uma história de informação sobre eles”.<sup>28</sup>

Diversos são os casos, infelizmente, que podem ser mencionados, mas, dois pelo menos, se tornaram emblemáticos: a quase extinção das borboletas Monarcas e o envelhecimento precoce da Ovelha Dolly. Quanto às borboletas, a utilização de agrotóxicos de última geração, mais potentes, destruiu ervas, conside-

radas daninhas, mas que representam o principal alimento das Monarcas, que morreram aos milhares, sendo impedidas de se procriarem.<sup>29</sup>

A Ovelha Dolly, por seu lado, primeiro animal clonado, morreu precocemente em razão de tumorações que lhe tomaram as células artificialmente geradas.<sup>30</sup> A contaminação de rios, lagos, mares e atmosfera, comprometendo a saúde de todos os seres vivos, indefesos pelo desconhecimento de sua utilização (humanos) ou pela vulnerabilidade de sua própria condição natural (fauna e flora).

Indaga-se: e as experimentações científicas em curso nos laboratórios, nos biotérios, obedecem aos padrões mínimos de respeito e solidariedade para com os outros seres vivos? São os animais tratados com respeito e dignidade em sua condição de seres indefesos e essenciais à vida do Planeta?

### *3.2.2. Solidariedade. Sustentabilidade. Patrimônio Genético Animal*

A solidariedade e o respeito à diversidade e integridade do patrimônio genético no País, se encontram regulados no art. 225 da Constituição de 1988, quando se ocupa, expressamente, das “gerações presentes e futuras”.

No Canadá, conforme noticia Stefan Martin, “[...] pesquisadores modificaram a composição genética de um salmão para acelerar seu crescimento. Outros estudos tentam manipular geneticamente órgãos de animais, notadamente do porco, a fim de permitir o transplante para corpos humanos”.<sup>31</sup>

Em que pese a importância para a saúde humana, as modificações genéticas em animais ainda acarretam graves danos à integridade física destes seres indefesos, como ocorre no caso dos xenotransplantes. Aspectos éticos devem e precisam ser levados em conta, sobretudo, considerando o bem-estar dos animais e, não apenas, os benefícios aos seres humanos.

Na evolução dos textos legais, do Direito Interno e do Internacional, nas Declarações, a exemplo da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (ONU, 2005), verifica-se crescente preocupação com a solidariedade e a sustentabilidade. A sustentabilidade comporta complexos ângulos, apresentando-se como qualidade, atributo ou característica de autoconservação de bens, de natureza não só ambiental, mas social, cultural, política e, obviamente, econômica. Ignacy Sachs refere-se à multiplicidade de perspectivas da sustentabilidade, identificando-as como “dimensões da sustentabilidade”.<sup>32</sup>

Quanto à solidariedade, compreende uma diversidade de significados, mas, se podem destacar o “compartilhamento”, a “cooperação” ou “colaboração” de todos os segmentos sociais em benefício da comunidade. Neste sentido, dispõe o art. 225 da Constituição atribuindo ao Poder Público e à coletividade o dever de em conjunto, defenderem e preservarem o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Como assinala Isaias Zarazaga Burillo, ao examinar a biotecnologia e seus reflexos na agricultura e pecuária, é importante lembrar que as expressões utilizadas com frequência pelos estudiosos do meio ambiente, nem sempre possuem os mesmos significados, mas convergem para combater o que ele assinala como “erosão genética” das espécies:

Esclareçamos, pois, os conceitos. *Resgatar* é recuperar – mediante esforço inicial de reconhecimento do “original”, ato especial de valorização, e por um preço combinado – algo que estava em poder de outro, abandonado ou perdido. *Preservar* é proteger ou resguardar de algum dano ou perigo, antecipadamente, alguma coisa ou alguém. Corresponde a um tempo vindouro. *Reservar* é separar ou guardar algo para alguém ou para outra ocasião. A reserva convém com maior propriedade a um confinamento em um espaço determinado, para ulterior gozo ou utilização. A *conservação*, mais genérica, abarca todo o exposto nas definições anteriores, incluindo a própria dinâmica da produção agropecuária.<sup>33</sup>



Acrescenta, que o “[...] patrimônio genético é criado, desenvolve-se e também pode adoecer e morrer”,<sup>34</sup> vindo, aduz-se, a desaparecer na totalidade de uma determinada espécie ou mesmo a perder alguma(s) de sua(s) característica(s); uma vez que: “A dupla face do desenvolvimento também se manifesta na genética e na seleção, com suas múltiplas variantes e aplicações”.<sup>35</sup>

A referida “dupla face” pode ser favorável à conservação das espécies ou ao seu aniquilamento, não contribuindo, se mal utilizado o desenvolvimento genético, para a criação e progresso da biodiversidade.<sup>36</sup> Ao discorrer sobre o patrimônio genético, Pietro de Jesús Lora Alarcón afirma que:

A relação entre patrimônio genético e País, sua intimidade original com o meio ambiente, induz a pensar que, simplesmente, o patrimônio, entenda-se, o conjunto de bens e recursos que contém material genético, protegidos pelo constituinte, está localizado no território nacional, na terra brasileira como unidade econômica, geográfica e cultural, o habitat brasileiro. O sentido, como fica evidente, é de propriedade do povo brasileiro sobre estes recursos.<sup>37</sup>

O patrimônio genético do País, consoante prevê o art. 225, II deve ser posto a salvo das manipulações genéticas, além do que prescreve o art. 199 § 4º, ambos da Constituição, no tocante a todo tipo de comercialização de material genético humano.<sup>38</sup> Em particular, quanto ao respeito à diversidade e integridade do patrimônio genético animal, a questão reflete de importância, em razão da vulnerabilidade que o caracteriza face às intervenções e manipulações genéticas.

Apesar dos princípios ético-constitucionais serem, do ponto de vista jurídico, suficientes à promoção da “sadia qualidade de vida”, a insuficiência da fiscalização, a corrupção, a ignorância, a perversidade humana e longos séculos de maus tratos aos animais, ainda são sérios obstáculos à sua efetivação na sociedade brasileira.

A educação ambiental, somada à publicidade, às políticas públicas e à tomada de consciência de que sem a preservação e

o respeito aos animais não se alcançará a “sadia da qualidade de vida”, podem, sem dúvida, operar transformações significativas na mentalidade das presentes e futuras gerações.

#### 4. Aprendendo com os animais

A Natureza é, inegavelmente, um “livro” cujas páginas apenas começaram a ser desvendadas. A complexidade das informações nela presentes ainda constitui obstáculo à decifração de seus mais preciosos mistérios, dentre os quais, a Vida, em suas insondáveis manifestações, como essência perene.

Sem dúvida que os Animais ensinam muitas lições de vida ao homem, pois além de contribuir para o equilíbrio do meio ambiente têm sido utilizados no tratamento da saúde de pessoas com mobilidade reduzida, deficiência visual, hospitalizados, idosos solitários, crianças e adolescentes portadores de alguma grande deficiência física ou mental. Neste sentido, a zooterapia se apresenta como alternativa às terapias tradicionais:

Pesquisadores da Universidade da Califórnia mostram que os pacientes hospitalizados por insuficiência cardíaca se recuperam melhor quando são visitados por cães. Existem inúmeros projetos sociais sendo criados com foco nos benefícios que podem ser conseguidos no restabelecimento da saúde. [...] Os animais funcionam como co-terapeutas, pois quebram a rotina, tirando o foco de problemas pessoais e de saúde, estimulam a socialização, a prática de atividades, auxiliam nas sessões de fisioterapia e proporcionam sentimentos de alegria, afetividade.<sup>39</sup>

Além do auxílio à recuperação de doentes, portadores de necessidades especiais, hospitalizados etc, os animais de estimação ao servirem de companhia aos seus donos, costumam ser vistos na condição de animal, amigo ou filho, dependendo do grau de afinidade, mas, sobretudo, da proximidade com a família à qual pertence. As lojas de pets procuram oferecer objetos, vestes, bi-

jouterias, alimentos, móveis etc, levando em conta os vínculos de afetividade entre os animais e seus donos.

Também, os animais são vistos como “facilitadores sociais”, uma vez que aproximam pessoas de outras que possuem animais, iniciando novas amizades e fortalecendo o companheirismo entre elas. Um exemplo que deve ser seguido é a aceitação irrestrita que os animais têm para com os seus donos, amando-os incondicionalmente; sendo, por este motivo, úteis no tratamento de autistas, depressivos etc.

A Equoterapia vem sendo utilizada no Brasil para o tratamento de paralisia cerebral, dislexia e síndrome de Down, há vários anos, desenvolvendo a comunicação, a afetividade e o carinho entre os pacientes e os animais.<sup>40</sup> Sem falar em outros sentimentos presentes nos animais, como a sinceridade, lealdade e afeto que dispensam às pessoas, que devem servir de ensinamento às crianças.

Por estas e muitas outras razões, os animais colaboram para o bem-estar das pessoas propiciando-lhes saúde, afeto, companheirismo etc, devendo ser protegidos pela Lei, mas, acima de tudo pelo dever moral de respeito à Vida, em todas as suas formas.

## 5. Conclusão

A “sadia qualidade de vida” como princípio constitucional abrange uma multiplicidade de aspectos, dentre os quais se deu prioridade à relação Homem-Animal, desde as primitivas sociedades. Verificou-se que o racionalismo desqualificou os animais como seres sencientes, além de transformá-los em máquinas, não podendo ser considerados como dotados de sensibilidade à dor. Com o tempo, medidas protetivas foram sendo tomadas, a exemplo do *British Cruelty to Animal Act* (1822); também em outros países, como Itália, Alemanha, e no Brasil (1924) a proteção

dos direitos dos animais se tornou uma exigência de respeito à boa convivência entre Homens e Animais.

Com a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, da Unesco (1978), propondo a substituição do antropocentrismo pelo biocentrismo, uma nova percepção sobre a interdependência Homens e Animais tornou-se uma bandeira de libertação em benefício dos animais. Diferentes teorias procuram fundamentar o dever e respeito aos animais, em razão da sua consciência, sensibilidade e capacidade de sentir dor, tendo o Comitê Brambell (1960, Inglaterra), estabelecido critérios para aferir o bem-estar animal.

Independentemente de não possuir racionalidade, consciência ou sensibilidade, todo e qualquer Animal merece proteção da Lei, da Sociedade e de cada indivíduo em particular. O sofrimento causado aos animais pelo abandono, maus-tratos, privação de afeto etc deve ser divulgado às crianças e adolescentes, educando-as para a proteção e respeito aos animais.

Devem ser lembrados os defensores dos animais, em todos os continentes, organizações que combatem o tráfico de animais, maus-tratos etc, acolhendo-os, providenciando novos lares, encaminhando-os ao IBAMA e assim em diante. Espera-se que novas iniciativas, no Brasil e no mundo, sejam implementadas em benefício da vida animal e da “sadia qualidade de vida”.

Eventos acadêmicos, científicos, técnicos etc, devem ser estimulados em todas as capitais do País, evoluindo para as regiões rurais, onde ainda são praticadas violências inconcebíveis a exemplo dos rodeios, rinhas de galo, etc, tratados sob o rótulo de “esportes”, “divertimentos” etc, como se o sofrimento de seres indefesos pudesse ser motivo de alegria para alguém que se diz “racional”. Espera-se que com a evolução do pensamento ecocentrista se priorize o respeito à vida como totalidade, independentemente de sua maior ou menor complexidade.

O I Congresso de Bioética e Direito dos Animais, realizado em Curitiba (set/2011) representa um passo significativo à cons-

cientização pública da urgente necessidade de amparo e profundo respeito a todas as formas de vida animal.

Fala-se em “ecologia mental”, “ecologia profunda”, “ecologia pós-moderna” etc, mas a verdadeira ecologia reside em “viver e deixar viver”, com respeito, todos os seres aos quais a Natureza selecionou, em longo processo evolutivo, para habitar e conviver no Planeta.

Somos todos Animais!

As diferenças neurobiológicas determinam que uns dependam mais, outros menos, de atenção e afeto, mas, somos, por fim, inegavelmente, vulneráveis!

## NOTAS

- <sup>1</sup> Rede Nacional de Combate ao Tráfico de Animais Silvestres. Disponível em: [www.renctas.org.br](http://www.renctas.org.br)
- <sup>2</sup> MARCONI, Marina de Andrade./Presotto, Zélia Maria Neves. *Antropologia: uma introdução*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 123.
- <sup>3</sup> *Ibidem*, p. 121.
- <sup>4</sup> *Ibidem*, p. 123.
- <sup>5</sup> MARCONI, Marina de Andrade./Presotto, Zélia Maria Neves, op cit, p. 155.
- <sup>6</sup> Enciclopédia Barsa. Rio de Janeiro/São Paulo: Encyclopédia Britânica, 1984. Índice. p. 33.
- <sup>7</sup> PAIXÃO, Rita Leal. Schram, Fermin Rolando. *Experimentação Animal: razões e emoções para uma ética*. Niterói: Eduff, 2008, p. 66.
- <sup>8</sup> *Ibidem*, p. 66.
- <sup>9</sup> *Ibidem*, p. 67.
- <sup>10</sup> COELHO, Luis Fernando. *Teoria da Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 136.
- <sup>11</sup> PAIXÃO, Rita Leal/Schram, Fermin Rolando. *Experimentação Animal: razões e emoções para uma ética*. Niterói: Eduff, 2008, p. 70.

- <sup>12</sup> Ibidem p. 73 – 78.
- <sup>13</sup> RODRIGUES, Danielle Tetü. *O Direito & os Animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 63.
- <sup>14</sup> Ibidem, p. 63.
- <sup>15</sup> Ibidem, p. 64.
- <sup>16</sup> CHUAHY, Rafaella. *Manifesto pelos Direitos dos Animais*. Rio de Janeiro: Record, 2009, p. 27.
- <sup>17</sup> MAMEDE, Gladston. *Semiologia do Direito: tópicos para um debate referenciado pela animalidade e pela cultura*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 38-39.
- <sup>18</sup> Ibidem, p. 43.
- <sup>19</sup> Ibidem, p. 61.
- <sup>20</sup> GRANDIN, Temple./Johnson, Catherine. *O bem-estar dos animais: proposta de uma vida melhor para todos os bichos*. Trad. de Angela Lobo de Andrade. Rio de Janeiro: Rocco, 2010, p. 15.
- <sup>21</sup> GRANDIN, Temple./Johnson, Catherine. *O bem-estar dos animais: proposta de uma vida melhor para todos os bichos*. Trad. de Angela Lobo de Andrade. Rio de Janeiro: Rocco, 2010, p. 7.
- <sup>22</sup> GRANDIN, Temple./Johnson, Catherine, op cit, p. 20.
- <sup>23</sup> BENJAMIN, Antônio Herman. *Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição Brasileira*. Apud. Direito Constitucional Brasileiro/José Joaquim Gomes Canotilho, José Rubens Morato: Saraiva, 2011, p. 128.
- <sup>24</sup> PESSINI, Léo. *Bioética: um grito por dignidade de viver*. 3 ed. São Paulo: Paulinas, 2008, p. 58.
- <sup>25</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do. 5 de outubro de 1988. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br).
- <sup>26</sup> CONTI, Matilde Carone Slaibi. *Biodireito: a norma da vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 6.
- <sup>27</sup> Ibidem, p. 12.
- <sup>28</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.37.

- <sup>29</sup> Disponível em: [www.ecologia.info/borboleta-monarca-2](http://www.ecologia.info/borboleta-monarca-2)
- <sup>30</sup> DIAFÉRIA, Adriana. *Clonagem: aspectos jurídicos e bioéticos*. Bauru, SP: Edipro, 1999, p. 141-145.
- <sup>31</sup> MARTIN, Stefan. *Sobre a patenteabilidade das formas superiores de vida*. Apud *Direito e desenvolvimento: biomedicina, tecnologia e sociedade globalizada*. Coord. Jussara Maria Leal de Meirelles/Marcia Carla Pereira Ribeiro. Belo Horizonte: Forum, 2011, p.97
- <sup>32</sup> SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Org. Paula Yone Stroh. Rio de Janeiro: Garamond, 2002, p. 71.
- <sup>33</sup> BURILLO, Isaías Zarazaga. *Biotecnologia genética na agricultura e na pecuária (da produção à la carte às novas normas ético-jurídicas)* Apud: *Biotecnologia, Direito e Bioética: Perspectivas em Direito Comparado*. Carlos Maria Romeo Casabona. Belo Horizonte: Del Rey e Puc Minas, 2002, p. 245.
- <sup>34</sup> *Ibidem*, p. 243.
- <sup>35</sup> *Ibidem*, p. 235.
- <sup>36</sup> *Ibidem*, p. 235
- <sup>37</sup> ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Método, 2004, p. 226.
- <sup>38</sup> Art. 199 §4º: A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplantes, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.
- <sup>39</sup> DALLEDONE, Maria. *O doutor é animal*. Revista Novos Rumos. Judicemed, p.30, s/data.
- <sup>40</sup> DALLEDONE, Maria. *O doutor é animal*. Revista Novos Rumos. Judicemed, p.30, s/data.

Recebido em: 28/11/2011.

Aprovado em: 02/02/2012.





# TRAPAÇA, ABSTRAÇÃO E A TESE HEIDEGGERIANA “O ANIMAL É POBRE DE MUNDO”. LEITURAS DE MACINTYRE E DERRIDA

(“Cheat, abstraction and the heideggerian thesis ‘the animal is poor of the world’. Readings of Macintyre and Derrida”)

*Kelly Cristini Rocha da Silva Ferreira\**

RESUMO: A formulação heideggeriana de que “o animal é pobre de mundo” fundamenta-se na afirmação de que o animal é cativo de seu entorno, em relação ao qual suas ações são mediadas por puro instinto. Tal proposição é analisada por MacIntyre, que faz críticas no sentido de que Heidegger esquiva-se de examinar a condição de animais como gorilas, chimpanzés e golfinhos, limitando-se à tradição filosófica que entende o mundo dos animais não-humanos de forma homogênea. Tal como MacIntyre, Derrida chama a atenção para o fato de que a tese heideggeriana desenvolve-se a partir da tradição filosófica que não contempla as diferenças entre as variadas espécies animais, e enfatiza a questão da animalidade do homem, que em seu “desconstrucionismo”, não diferencia corpo e alma, nem mesmo um corte radical entre animais não humanos e seres humanos.

PALAVRAS-CHAVE: animalidade, instinto, tese heideggeriana.

ABSTRACT: Heidegger’s formulation that “the animal is poor of the world” is based on the assertion that the animal is captive of

---

\* Médica veterinária. Hospital de Clínicas Veterinárias da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestranda do PPG-Filosofia da UNISINOS.

their surroundings, for which their actions are mediated by pure instinct. This proposition is analyzed by MacIntyre, who is critical in the sense that eludes Heidegger to examine the condition of animals such as gorillas, chimpanzees and dolphins, limited to the philosophical tradition that understands the world of non-human animals evenly. Like MacIntyre, Derrida draws attention to the fact that Heidegger's thesis is developed from the philosophical tradition that does not consider the differences between the various animal species, and emphasizes the question of animality of man, who in his "deconstructionism", does not differentiate body and soul, not even a radical break between nonhuman animals and humans.

KEYWORDS: animality, instinct, Heideggerian thesis.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Heidegger e a tese "O animal é pobre de mundo" 3. MacIntyre e os "animais racionais e dependentes" 4. Derrida e "o animal que logo sou" 5. Trapaça, abstração e o "estar pobre no mundo" 6. Considerações Finais.

## 1. Introdução

A tese heideggeriana "o animal é pobre de mundo" é bastante conhecida. Associada às teses "a pedra é sem mundo" e "o homem é formador de mundo", foi afirmada por Heidegger para examinar a condição de estar no mundo do homem.

O presente estudo dedica-se ao exame daquela tese heideggeriana, a partir das leituras que lhe conferiram Alasdair MacIntyre e Jacques Derrida. A opção pelas abordagens críticas de MacIntyre e Derrida se deve a que ambas compartilham de um mesmo ponto em comum: Heidegger, ao desenvolver sua tese, não alcançou superar a tradição filosófica que traça uma linha divisória precisa e estanque entre "o homem" e "o animal", entre "a humanidade" e "a animalidade".

Inicialmente, foi exposta a proposição de Heidegger, a partir, basicamente, das lições do curso por ele ministrado no inverno de 1929-30 na Universidade de Freiburg. Como material de apoio foram consultados *Ser e tempo*, *Carta sobre o humanismo e*

*Arte e poesia*, textos nos quais Heidegger também analisa a condição de estar no mundo dos animais não-humanos.

No passo seguinte, foi examinada a crítica lançada por MacIntyre à tese heideggeriana. A análise foi desenvolvida a partir da seguinte indagação, formulada por MacIntyre em *Dependent Rational Animals: Why Human Beings Need the Virtues*: “Quão pobre é o mundo do animal não-humano?” A etapa que se seguiu foi dedicada à análise crítica do pensamento de Heidegger feita por Derrida no texto *O animal que logo sou*.

No quarto capítulo, foram apresentados relatos científicos envolvendo alguns animais não-humanos em sua relação com o mundo. Os relatos apresentados foram selecionados a partir de dois aspectos apontados, tanto por MacIntyre, quanto por Derrida, como possíveis indicadores de que a tese heideggeriana possa ser inaplicável a algumas espécies de animais não-humanos: a capacidade de trapacear e a capacidade de desenvolver pensamentos abstratos.

Destaca-se, por fim, que não é propósito deste estudo alcançar conclusões a respeito dos reflexos que, no campo moral, possa vir a representar o reconhecimento de que as críticas de MacIntyre e Derrida procedem.

## **2. Heidegger e a tese “O animal é pobre de mundo”**

Em curso ministrado na Universidade de Freiburg, em 1929-30 (cujas lições foram, posteriormente, editadas e publicadas sob o título de *Os conceitos fundamentais da metafísica: Mundo, finitude e solidão*) Heidegger propôs que “a pedra é sem mundo; o animal é pobre de mundo; o homem é formador de mundo”.<sup>1</sup>

É possível que o desenvolvimento da tese “o animal é pobre de mundo” seja uma tentativa de resposta ao que havia restado pendente em *Ser e tempo* quanto ao animal ter um tempo ou ser constituído por um tempo. Na formulação de Heidegger: “como a excitação e a impressão dos sentidos em um ser vivo

sem mais devem ser ontologicamente delimitadas, como e onde geralmente o ser dos animais é constituído por um tempo, eis o que permanece um problema em si: permanece um problema original, separado, a ser tratado à parte".<sup>2</sup>

A formulação heideggeriana de que "o animal é pobre de mundo" é amparada, fundamentalmente, na afirmação de que o animal é cativo de seu entorno, em relação ao qual suas ações são mediadas por puro instinto. "A rocha sobre a qual o lagarto se deita não está dada enquanto rocha para o lagarto. O sol sob o qual o lagarto se deita não está dado em verdade para ele enquanto sol".<sup>3</sup> "A abelha está entregue ao sol e à duração do vôo em direção ao alimento, sem apreender algo deste gênero enquanto tal e utilizá-lo enquanto apreendido para reflexões".<sup>4</sup>

O mundo nasce quando se torna possível uma representação de mundo. Uma representação de mundo não pode ser alcançada pelos animais. Para Heidegger, eles não estariam totalmente privados de mundo, limitando-se, porém, a uma percepção incompleta e empobrecida de mundo. "Durante sua vida, o animal está encerrado em seu mundo ambiente como em um tubo que não se amplia nem se estreita".<sup>5</sup>

Em *Carta sobre o humanismo*, de 1946, Heidegger reafirma a tese de que "o animal é pobre de mundo". Em suas palavras:

Os animais estão mergulhados, cada qual no seio de seu ambiente próprio, mas nunca estão inseridos livremente na clareira do ser – e só esta clareira é mundo –, por isso, falta-lhes linguagem. E não porque lhes falta linguagem, estão eles suspensos sem mundo no seu ambiente.<sup>6</sup>

No mesmo texto, Heidegger afirma, ainda, inclusive, que o próprio "corpo do homem é algo de essencialmente diferente de um organismo animal".<sup>7</sup>

Os seres vivos são como são, sem que, a partir do seu ser como tal, estejam postados na verdade do ser, guardando numa tal postura o desdobramento essencial do seu ser. Provavelmente causa-nos a máxima dificuldade, entre todos os entes que são, pensar o ser vivo,

porque, por um lado, de certo modo, possui conosco o parentesco mais próximo, estando, contudo, por outro lado, ao mesmo tempo, separado por um abismo, da nossa essência ex-sistente (...) Em comparação pode até parecer-nos que a essência do divino nos é mais próxima, como o elemento estranho do ser vivo; próxima, quero dizer, numa distância essencial, que, enquanto distância, contudo é mais familiar para a nossa essência ex-sistente que o abissal parentesco corporal com o animal, quase inesgotável para o nosso pensamento.<sup>8</sup>

Um bom resumo da proposição heideggeriana consta de *Arte y poesía*: “A pedra não tem mundo, as plantas e os animais também não têm; mas sim pertencem ao impulso oculto de um ambiente em que estão submergidos. A camponesa, por sua vez, tem um mundo, porque se mantém no aberto do existente”.<sup>9</sup> A referência, aqui, de que o “animal não tem mundo” não é contraditória com a proposição das lições de 1929-30 segundo a qual o “animal é pobre de mundo”. Isso porque, segundo o esclarecido por Heidegger, “ser pobre” significa “ser privado de”,<sup>10</sup> o que não deixa, também, segundo suas palavras, de ser um tanto “obscuro”.<sup>11</sup>

### 3. MacIntyre e os “animais racionais e dependentes”

A proposição de Heidegger segundo a qual “o animal é pobre de mundo” é analisada por MacIntyre em *Dependent Rational Animals: Why Human Beings Need the Virtues*. A análise de MacIntyre inicia-se pela constatação de que Heidegger concentra sua argumentação em animais como abelhas, mariposas, lagartixas e ouriços do mar. Heidegger, segundo MacIntyre, esquece-se de examinar a condição de animais como gorilas, chimpanzés e golfinhos, estando limitado, ainda, à tradição filosófica que entende o mundo dos animais não-humanos de forma homogênea. E complementa:

[...]Porque, segundo o seu argumento, somente é possível compreender aos animais não-humanos em comparação com a condição do ser

humano, e o que compartilham todos os animais não humanos é que carecem daquilo que tem o ser humano: uma relação com os seres na qual não só se revelam os seres, como também a diferença entre os seres e o ser. Essa relação depende da capacidade do ser humano para apreender o que apreende enquanto tal. O *enquanto* de que carecem os animais não humanos é o *enquanto* sem o qual não pode haver *logos*, discurso. De forma que para Heidegger, como para os filósofos analíticos que rechaçaram a possibilidade de que os animais não humanos tenham crenças, a presença ou ausência de linguagem tem uma importância fundamental.<sup>12</sup>

Para Heidegger, então, segundo destaca MacIntyre, os animais não-humanos não carecem, propriamente, de linguagem, mas sim da “estrutura enquanto”, ou seja, “da capacidade conceitual que faz com que a linguagem seja possível”.<sup>13</sup> A carência da nominada “estrutura enquanto”, aponta MacIntyre, “resulta convincente no caso de mariposas, caranguejos, lagartixas e outros animais semelhantes”.<sup>14</sup>

O argumento heideggeriano, porém, perderia força quando analisada a condição de “cães, chimpanzés, gorilas e várias outras espécies”.<sup>15</sup> Nestes casos, segundo MacIntyre, alguns comportamentos relevantes não foram analisados por Heidegger. “Membros destas espécies não só respondem às características de seu entorno, mas também o exploram ativamente; dedicam uma atenção perceptiva aos objetos com que se deparam, os examinam de diferentes ângulos”.<sup>16</sup> E mais: “Mostram em seu comportamento intenções que supõem crenças e intenções guiadas por crenças, e são capazes de entender as intenções que outros lhes comunicam e respondem a elas, tanto se provêm de outros membros de sua espécie como quando provêm do ser humano”.<sup>17</sup>

“Uma grande parte do que o ser humano tem de inteligente não é especificamente humano”.<sup>18</sup> “Alguns animais se orientam já por um tipo de raciocínio prático, o que se manifesta no fato de que assumem que isto é uma razão para fazer aquilo, um tipo de raciocínio que deve ser caracterizado por analogia com

o entendimento humano".<sup>19</sup> É o que ocorre em golfinhos, gorilas e membros de algumas outras espécies nas quais, a exemplo do que ocorre com o ser humano, não há pura sensibilização aos estímulos recebidos dos sentidos. "Eles também habitam um mundo cujos traços sobressalentes têm uma importância ou outra para eles".<sup>20</sup>

MacIntyre define como "exagero retórico" a proposição heideggeriana de que "o animal é pobre de mundo", ao qual teria sido conduzido por manter-se na tradição de "atribuir uma única condição ao conjunto dos animais não humanos, perdendo de vista as diferenças fundamentais que existem entre eles".<sup>21</sup> Com isso, permaneceu nos limites das concepções teóricas que pretendem estabelecer uma distinção rígida entre a espécie humana e outros animais, na expectativa de "aparentemente, justificar a crença de que a racionalidade do ser humano enquanto ser pensante é, de algum modo, independente de sua animalidade",<sup>22</sup> subestimando a relevância que tem o "fato de que o corpo do ser humano é um corpo animal e que, ao menos no que se refere a esta vida, resulta certo que o ser humano não simplesmente tem um corpo, senão que é um corpo".<sup>23</sup>

A afirmação, por Heidegger, de um abismo entre o mundo do homem e o mundo dos animais não-humanos e, inclusive, entre o corpo do homem e o corpo dos animais não-humanos, constitui, na leitura de MacIntyre, uma tentativa de negação da própria corporeidade intrínseca à animalidade da condição humana.

Para MacIntyre, então, afigura-se importante "reconhecer que existem precondições animais para a racionalidade humana",<sup>24</sup> obrigando-nos "a pensar sobre a relação entre o ser humano e os membros de outras espécies inteligentes em termos de uma escala e não somente de uma linha divisória entre eles e nós",<sup>25</sup> o que vem evidenciado quando se constata, por exemplo, que alguns animais não-humanos são capazes de ocultar informações e de dar sinais a respeito de objetos falsos sobre objetos e fatos de seu entorno.

## 4. Derrida e “o animal que logo sou”

A tese heideggeriana “o animal é pobre de mundo” também recebeu apreciação crítica de Derrida. Em *O animal que logo sou*, ele aprofunda algumas hipóteses que já haviam sido ventiladas em *Do espírito*.

Na leitura de Derrida, para Heidegger a “hebetude constitui a essência da animalidade, a hebetude muda, o embrutecimento, o atordoamento”.<sup>26</sup> “O animal, que é *alogon*, se encontra privado de acesso, em sua abertura mesma, ao ser do ente enquanto tal, ao ser tal, ao enquanto tal do que é”.<sup>27</sup> Em *Ser e tempo*, “o ser dos animais é, para Heidegger, só um exemplo. Porém um exemplo confiável do que ele chama vivente sem mais, a vida em estado puro e simples”.<sup>28</sup> A questão de saber se o animal tem um tempo ou se é constituído por um tempo, porém, permanece um problema para Heidegger, “um problema a ser tratado à parte”, remetido para depois, um depois que, para Derrida, permaneceu, sem dúvida, assim para sempre: mais tarde equivale, aqui, a nunca”.<sup>29</sup> Heidegger, então, filiou-se à tradição chamada por Derrida de logocentrismo, “que é antes de mais nada uma tese sobre o animal, sobre o animal privado de *logos*, , privado do poder ter logos, posição nascida com Aristóteles”.<sup>30</sup>

Derrida aponta, como conseqüência da tese de Heidegger, uma relação de “poderes ou haveres: poder, ter o poder de dar, o poder de morrer, o poder de inumar, o poder de vestir-se, o poder de trabalhar, o poder de inventar uma técnica etc., o poder que consiste em ter, por atributo essencial, tal ou tal faculdade, portanto tal ou tal poder”.<sup>31</sup>

Neste conceito que serve para qualquer coisa no vasto campo do animal, no singular genérico, no estrito fechamento deste artigo definido (“o animal” e não “animais”) seriam encerrados como em uma floresta virgem, um parque zoológico, um território de caça ou de pesca, um viveiro ou um abatedouro, um espaço de domesticação, todos os viventes que o homem não reconheceria como seus semelhantes, seus próximos ou seus irmãos.<sup>32</sup>



Tal como MacIntyre, Derrida chama a atenção para o fato de que a tese heideggeriana desenvolve-se a partir da tradição filosófica que não contempla as diferenças entre as variadas espécies animais.<sup>33</sup> Daí a encerramento da questão através de “o animal”. E “isso apesar dos espaços infinitos que separam o lagarto do cão, o protozoário do golfinho, o tubarão do carneiro, o papagaio do chimpanzé, o camelo da águia, o esquilo do tigre ou o elefante do gato”.<sup>34</sup> Em outras palavras: “ponho em dúvida o apelativo ‘Animal’ no singular, como se existisse o Homem e o Animal, simplesmente como se o conceito homogêneo de o animal pudesse se estender de maneira universal a todas as formas de viventes não-humanos”.<sup>35</sup> Daí a necessidade não de “apagar o limite”, mas de multiplicar suas figuras, desfazer a linearidade, dobrar, dividir a linha justamente fazendo-a crescer e multiplicar-se.

O “animal pobre de mundo” de Heidegger é o “animal teorema, uma coisa vista, mas que não vê”.<sup>36</sup> Encerrado em “tubo que não se amplia nem se estreita”, torna-se admissível, inclusive, a transposição para o seu interior. É possível ver o “mundo” interior do animal porque, na realidade, não há “mundo” a ver.<sup>37</sup> Por último, há que observar a ênfase dada por Derrida à questão da animalidade do “homem”, já que, na medida que seu Desconstrucionismo, não distingue corpo e alma nem um corte radical entre animal e humano.<sup>38</sup>

Derrida afirma como fundamental no exame da “animalidade do animal” a questão da resposta. “Mesmo aqueles que concederam ao dito animal uma certa aptidão ao signo e à comunicação sempre lhe negaram o poder de responder – de fingir, de mentir e de apagar seus traços”.<sup>39</sup> Algo como o “macaco que toma, agarra, mas não sabe dar, nem cumprimentar, nem sobretudo pensar, segundo Mestre Heidegger”.<sup>40</sup>

## 5. Trapaça, abstração e o “estar pobre no mundo”

Para ter um mundo é preciso ter uma representação de mundo. Não há representação de mundo no “animal” de Heidegger. Por isso, o “animal é pobre de mundo”. A tese heideggeriana é combatida por MacIntyre e por Derrida. Dentre outros equívocos apontados na construção heideggeriana, MacIntyre e Derrida apontam a desconsideração de um aspecto fundamental: a capacidade, em algumas espécies de animais não-humanos, de falsear a realidade apreendida, o que pressupõe a capacidade de desenvolver pensamentos abstratos. Alguns animais não-humanos apresentam evidências de estados mentais complexos, sendo capazes de ocultar informação e de dar sinais falsos sobre objetos e acontecimentos de seu entorno.<sup>41</sup>

Chantek, um orangotango (*Pongo pygmaeus*) que vive no Centro de Primatas Yerkes, em Atlanta, EUA, “é capaz de mentir”.<sup>42</sup> Através da linguagem americana de sinais, “começou a enganar desde uma idade relativamente jovem. Com frequência passou a utilizar o sinal ‘sujo’ para ir ao quarto de banho e pode brincar com a pia, o secador e o sabonete”.<sup>43</sup> Em uma ocasião, Chantek “ocultou uma borracha de apagar embaixo de sua língua, fez o sinal ‘comida-comer’ e, após, para demonstrar a veracidade do signo, abriu a boca. Alguns minutos depois Chantek foi visto escondendo a borracha em local onde costuma esconder objetos que lhe interessavam”.<sup>44</sup> A falsificação é um importante indicador de capacidades lingüísticas já que requer uma falsa representação deliberada da realidade.

Koko, uma gorila das planícies (*Gorilla gorilla*), atualmente sob custódia da Fundação Gorila, na Califórnia, também através da linguagem americana de sinais, “quando se porta mal, mente para evitar as conseqüências que este ato poderia acarretar”<sup>45</sup> Também é “capaz de compreender uma série de princípios que constituem o alicerce do que denominamos pensamento abstrato”.<sup>46</sup> Em uma ocasião, ao observar a imagem de um pássaro

alimentando os filhotes, Koko assinalou para a monitora que a acompanhava: “esse eu”<sup>47</sup> Seguiu-se o seguinte diálogo:<sup>48</sup>

Monitor: De verdade, és tu? Koko: Koko pássaro bom. Monitor: Eu pensava que eras um gorila? Koko: Koko pássaro. Monitor: Podes voar? Koko: Bom. (Bom pode significar sim) Monitor: Quero ver como voas. Koko: Fazer pássaro palhaço. Monitor: Ris de mim? Monitor: O que és de verdade? Koko: Koko gorila.

Sobre Chantek é relatada, ainda, a manifestação de comportamento lúdico simbólico, com a “utilização de um objeto para representar outro em jogos de simulação”.<sup>49</sup> Chantek também apresenta episódios de animismo, “conferindo a objetos e acontecimentos atributos próprios dos seres vivos”.<sup>50</sup>

Washoe, considerada a primeira chimpanzé (*Pan troglodytes*) a comunicar-se com humanos através de uma linguagem humana (no caso, a linguagem americana de sinais), transmitiu a Loulis, um filhote de chimpanzé que adotou, a mesma linguagem que utilizava com seus monitores.<sup>51</sup>

Koko, Chantek e Washoe têm uma representação de mundo? São capazes de desenvolver pensamentos abstratos? São capazes de ultrapassar os limites de entorno imediato? Pelo relato, sim. “A mentira é um importante indicador de capacidades lingüísticas, já que requer uma falsa representação, deliberada, da realidade. Para poder mentir é preciso ver os fatos a partir da perspectiva de outra pessoa e atuar de maneira que se invalide sua percepção”.<sup>52</sup> A capacidade de utilizar e transmitir símbolos, por sua vez, “pressupõe abstração, poder referir-se a coisas e acontecimentos não presentes”.<sup>53</sup> Além disso, indica a presença de “representações mentais que podem manter-se na mente quando não estão presentes os objetos a que se referem” e, assim como no homem, capazes de conduzir para além do “entorno imediato”.<sup>54</sup>

Daí o apontado por MacIntyre:

[...] algumas das espécies que Heidegger omite não têm um único entorno circundante. Movem-se em entornos diferentes e seus modos de apreensão desses entornos, bem como sua interação com eles formam parte do que cada entorno é para eles [...] Este tipo de animal não-humano é capaz de distinguir indivíduos e de reconhecê-los, se ressentido de sua ausência, celebra seu regresso e responde a eles, enquanto alimento ou enquanto fonte de alimento, enquanto companheiro de jogo ou objeto de jogo, enquanto merecedor de obediência ou provedor de segurança.<sup>55</sup>

“No mundo animal existe uma grande quantidade de estruturas diferentes”,<sup>56</sup> diz Derrida “Entre os monos superiores e o homem sem dúvidas existem grandes diferenças, mas elas também existem entre os monos superiores e outros animais”.<sup>57</sup> Este o equívoco de Heidegger: considerar o mundo do “animal” como homogêneo, em oposição ao mundo do “homem”. “Não há uma oposição entre o homem e o não-homem; entre as diferentes estruturas de organização dos viventes há muitas fraturas, heterogeneidades, estruturas diferenciais”.<sup>58</sup>

## 6. Considerações finais

Os relatos expostos no capítulo cinco deste trabalho apontam para a plausibilidade das críticas de MacIntyre e Derrida à tese heideggeriana “o animal é pobre de mundo”. Os estudos revelam em Koko, em Chantek e em Washoe capacidades mentais diferenciadas em relação aos “animais” referidos por Heidegger no embasamento de sua proposição. Se para o lagarto de Heidegger a “rocha não está dada enquanto rocha”, diversa é a situação no que se refere a outros tantos animais não-humanos cuja análise foi por ele sublimada. A trapaça, a mentira e a abstração são indicadores de estados mentais capazes de formar um mundo. O mesmo se afirma com relação ao animismo. Quando Chantek trapaceia, simulando ter engolido uma borracha, está formando, pelo menos, dois mundos: um no qual teria engolido a borracha e outro no qual a borracha está oculta sob sua língua; Chantek

está representando dois mundos, um da verdade que percebe e outro da abstração que concebe.

A proposição de Heidegger permanece fiel à tradição filosófica que afirma a possibilidade de se estabelecer uma linha divisória precisa e inequívoca entre o “homem” e o “animal”. A animalidade, como figura única, oposta à humanidade. O “homem” inserido na “clareira do ser” e o “animal posto pobre no mundo”

Se Heidegger, como afirma MacIntyre, incorreu em “exagero retórico”, o fez na busca de discutir conceitos ligados à própria condição humana de estar no mundo. E a insistência com que procurou destacar o “homem” de sua animalidade o conduziu a uma postura de negação do corpo, merecendo a lembrança de MacIntyre de que “ao menos no que se refere a esta vida, não apenas temos um corpo, senão que somos um corpo”.

A questão do homem em relação aos animais não-humanos, do homem enquanto animalidade, é relevante. Derrida a diria “estratégica”. De elucidação difícil e mesmo enigmática, a identificação da linha ou das linhas que separam o “homem” do “animal” pode revelar, também, a preocupação com questões ou conceitos aplicáveis às relações tidas como especificamente humanas, como a moral, o direito e o poder de ter o poder.

## REFERÊNCIAS

DERRIDA, J. **O animal que logo sou**. São Paulo: Unesp, 2002.

DERRIDA, J. e ROUDINESCO, E. **Y mañana, que...** Buenos Aires: Editions Galilée, 2005.

FOUTS, R. e FOUTS, D. **El uso de lenguaje de signos por chimpancés**. In: P. SINGER e P. CAVALIERI, **El proyecto gran simio: la igualdad más allá de la humanidad**. Madrid: Trotta, 1998.

HAUSER, M. e NELSON, D. **Intentional signaling in animal communication**. In: **Trends in Ecology and Evolution**, n 6. 1991.

HEIDEGGER, M. **Arte y poesía**. México, Fondo de Cultura Económica, 1992.

HEIDEGGER, M. **Carta sobre o humanismo**. Lisboa: Guimarães Editores, 1985.

HEIDEGGER, M. **Os conceitos fundamentais da metafísica: mundo, finitude e solidão**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

HEIDEGGER, M. **Ser e tempo**. Petrópolis: Vozes, 1995.

MacINTYRE, A. **Dependent Rational Animals: Why Human Beings Need the Virtues** Illinois: Open Court, 1999.

MILES, H. **El lenguaje y el orangután: la vieja persona de la selva**. In: P. SINGER e P. CAVALIERI, **El proyecto gran simio: la igualdad más allá de la humanidad**. Madrid: Trotta, 1998.

PATTERSON, F. e GORDON, W. **En defensa de la condición de persona de los gorilas**. In: P. SINGER e P. CAVALIERI, **El proyecto gran simio: la igualdad más allá de la humanidad**. Madrid: Trotta, 1998.

## NOTAS

- <sup>1</sup> No exame das idéias de Heidegger, será empregada, isoladamente, a palavra “animal”, de acordo com o uso do filósofo, que emprega *Tier* em sintonia com a aceção comum em alemão, para referir-se exclusivamente aos animais não-humanos.
- <sup>2</sup> HEIDEGGER, M. *Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes, 1995, p. 346.
- <sup>3</sup> HEIDEGGER, M. *Os conceitos fundamentais da metafísica: mundo, finitude e solidão*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 229.
- <sup>4</sup> *Ibidem*, p. 283.
- <sup>5</sup> *Ibidem*, p. 230.
- <sup>6</sup> HEIDEGGER, M. *Carta sobre o humanismo*. Lisboa: Guimarães Editores, 1985, p. 50.
- <sup>7</sup> *Ibidem*, p. 47.

- <sup>8</sup> HEIDEGGER, M. *Carta sobre o humanismo*. Lisboa: Guimarães Editores, 1985, p. 49.
- <sup>9</sup> HEIDEGGER, M. *Arte y poesía*. México, Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 75.
- <sup>10</sup> HEIDEGGER, M. *Os conceitos fundamentais da metafísica: mundo, finitude e solidão*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 226.
- <sup>11</sup> *Ibidem*, p. 227.
- <sup>12</sup> MacINTYRE, A. *Dependent Rational Animals: Why Human Beings Need the Virtues*. Illinois: Open Court, 1999, p. 45-46.
- <sup>13</sup> MacINTYRE, A. *Dependent Rational Animals: Why Human Beings Need the Virtues*. Illinois: Open Court, 1999, p. 46.
- <sup>14</sup> *Ibidem*, p. 46.
- <sup>15</sup> *Ibidem*, p. 56.
- <sup>16</sup> *Ibidem*, p. 46.
- <sup>17</sup> *Ibidem*, p. 47.
- <sup>18</sup> *Ibidem*, p. 40.
- <sup>19</sup> *Ibidem*, p. 60.
- <sup>20</sup> *Ibidem*, p. 60.
- <sup>21</sup> *Ibidem*, p. 48. Nas palavras de Heidegger: “Estamos acostumados a falar de animais superiores e inferiores. No entanto, é um equívoco fundamental achar que amebas e infusórios são animais mais imperfeitos do que animais como elefantes e macacos.” (Heidegger, 2003, p. 225).
- <sup>22</sup> MacINTYRE, A. *op cit*, p. 5.
- <sup>23</sup> *Ibidem*, p. 6.
- <sup>24</sup> *Ibidem*, p. 57.
- <sup>25</sup> *Ibidem*, p. 57.
- <sup>26</sup> DERRIDA, J. *O animal que logo sou*. São Paulo: Unesp, 2002, p. 41
- <sup>27</sup> *Ibidem*, p. 41.
- <sup>28</sup> *Ibidem*, p. 47.

- <sup>29</sup> DERRIDA, J. op cit, p. 46.
- <sup>30</sup> Ibidem, p. 54.
- <sup>31</sup> Ibidem, p. 54.
- <sup>32</sup> Ibidem, p. 65.
- <sup>33</sup> Vide nota nº 2.
- <sup>34</sup> DERRIDA, J. op cit, p. 65.
- <sup>35</sup> Ibidem, p. 75.
- <sup>36</sup> Ibidem, p.33.
- <sup>37</sup> Nas palavras de Heidegger, para a transposição ao interior do animal é suficiente “acompanhar o animal no modo como ele ouve ou vê, como ele ataca sua presa e se esquia de seus inimigos, como ele destrói o seu ninho e coisas do gênero” (Heidegger, 2003, p. 235). Problemático, em si, “não é fato de o animal enquanto tal carregar consigo uma esfera de transponibilidade. Problemático permanece apenas o sucesso fático de nossa transposição” (Heidegger, 2003, p. 235). Porém, como “acompanhamento, como participação na mesma via de acesso e no mesmo trânsito do animal”, o conhecimento de seu “mundo não é pura e simplesmente absurda” (Heidegger, 2003, p. 235).
- <sup>38</sup> Ver *O animal eu logo sou*. A seguir, tradução, Unesp, 2002.
- <sup>39</sup> DERRIDA, J. op cit, p. 63.
- <sup>40</sup> Ibidem, p. 67.
- <sup>41</sup> HAUSER, M. e NELSON, D. *Intentional signaling in animal communication*. Apud: *Trends in Ecology and Evolution*, n 6. 1991, p. 186.
- <sup>42</sup> MILES, H. *El lenguaje y el orangután: la vieja persona de la selva*. Apud: P. SINGER e P. CAVALIERI, *El proyecto gran simio: la igualdad más allá de la humanidad*. Madrid: Trotta, 1998, p. 70.
- <sup>43</sup> Ibidem, p. 70.
- <sup>44</sup> MILES, H. op cit, p. 70.
- <sup>45</sup> PATTERSON, F. e GORDON, W. *En defensa de la condición de persona de los gorilas*. Apud: P. SINGER e P. CAVALIERI, *El proyecto gran simio: la igualdad más allá de la humanidad*. Madrid: Trotta, 1998, p. 80.



<sup>46</sup> Ibidem, p. 83.

<sup>47</sup> PATTERSON, F. e GORDON, W. op cit, 1998, p. 90.

<sup>48</sup> Ibidem, p. 90.

<sup>49</sup> MILES, H. op cit, p. 71.

<sup>50</sup> Ibidem, p. 71.

<sup>51</sup> FOUTS, R. e FOUTS, D. *El uso de lenguaje de signos por chimpancés. Apud:* P. SINGER e P. CAVALIERI, *El proyecto gran simio: la igualdad más allá de la humanidad*. Madrid: Trotta, 1998, p. 49.

<sup>52</sup> MILES, H. op cit, p. 70.

<sup>53</sup> Ibidem, p. 69.

<sup>54</sup> Ibidem, p. 70.

<sup>55</sup> MacINTYRE, A. *Dependent Rational Animals: Why Human Beings Need the Virtues*. Illinois: Open Court, 1999, p. 47.

<sup>56</sup> DERRIDA, J. e ROUDINESCO, E. *Y mañana, que...* Buenos Aires: Editions Galilée, 2005, p. 77.

<sup>57</sup> Ibidem, p. 77.

<sup>58</sup> Ibidem, p. 77.

Recebido em: 28/11/2011.

Aprovado em: 02/02/2012.



# ANIMAIS NÃO HUMANOS COMO SUJEITOS DE DIREITO: CONSIDERAÇÕES PROCESSUAIS

(“Nonhuman animals as subjects of rights: procedural considerations”)

*Ana Conceição Barbuda Ferreira\**

RESUMO: Este artigo procurou desenvolver-se no contexto das discussões acerca do Direito Animal objetivando demonstrar os animais não-humanos como Sujeitos de Direito e as implicações desta paradigmática visão no âmbito processual. Embora muitos fatores ainda contribuam para a preservação e identificação do animal não humano como aquele desprovido de direitos, tal posição vem cedendo lugar e em acirrados e contínuos debates promove-se uma necessária constatação com intensa demonstração de que os seus interesses não se subordinam aos dos animais humanos. Contempla o art. 225, *caput*, da Constituição Federal para alicerçar toda a maturidade do legislador em imprimir no sistema normativo nacional parâmetros novos que permeiam a relação entre homens e animais, quais não podem ser afastados pelo aplicador do direito. Elaborando o perfil da evolução do Direito Animal ao longo do tempo vem alicerçar fundamentos para a questão da dignidade dos animais constatando que possuindo direitos de primeira ordem podem servir-se dos meios processuais a proteção e tutela dos seus interesses.

---

\* Graduada em Direito, pela Universidade Católica do Salvador. Juíza de Direito do Estado da Bahia. Teóloga. Pós-graduada em Família e Contextos Sociais pela UCSal. Pós-Graduada do Curso de Especialização em Civil e Processo Civil da Faculdade Baiana de Direito. Mestranda em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Email: anabarbuda@gmail.com.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Animal. Animais não-humanos. Sujeito de Direito. Meios processuais.

**ABSTRACT:** This article was developed in the context of discussions about the right Animal looking demonstrate non-human animals as subjects of law and the implications of this paradigmatic current vision under procedural law. Although many factors also contribute to the preservation and non-human animal ID like that disenfranchised such position comes crashing down place and in ongoing debates acirrados and promotes a new vision with intense demonstration that their interests are not subject to human animals. Contemplates art. 225, caput, of the Federal Constitution to underpin all the maturity of the legislator in print in the new national regulatory system parameters that permeate the relationship between men and animals, which cannot be deprived by the right applicator. Elaborating the profile of Animal law developments over time comes in founding grounds for issue of the dignity of animals noting that possessing rights of first order can make use of the procedural means afforded protection and defence of their interests.

**KEYWORDS:** Animal Right. Non-human animals. Subject of law. Procedural means.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO; 2 FUNDAMENTOS TEORICOS DO DIREITO ANIMAL; 2.1 CONSIDERAÇÕES FILOSOFICAS; 2.2 DIREITO ANIMAL EM EVOLUÇÃO NO BRASIL; 3 ANIMAIS NA DEFESA DE INTERESSES; 3.1 Capacidade Processual e Postulatória; 3.2 A legitimidade para agir em juízo; 3.3 Animais postulantes; 3.4. Substituição e representação; 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

## 1. Introdução

O reconhecimento de que detém os animais não humanos interesses próprios inerentes propriamente do dom da vida por si só já se constitui uma complexa afirmação. Apontarmos, ainda que os animais não humanos devem ser considerados sujeitos de direitos insere-se em uma seara de discussões doutrinárias e jurídicas que se torna uma das mais delicadas questões para o operador do direito em época moderna.

De fato, não obstante imperar a errônea visão de submissão dos animais não humanos justificada na equivocada defesa de que esses animais existem desde toda a criação para o benefício da espécie humana, vivenciamos uma nova etapa no mundo jurídico, onde consagrada está primeiramente a imagem do necessário valor inerente destes formalizando uma moral, um comportamento tal que permita o conseqüente amparo aos seus direitos fundamentais como a vida, a liberdade.

É certo se afirmar que o Direito animal está incluído nos debates mais atuais e muito embora as normas jurídicas editadas nas últimas décadas demonstrem a necessidade especial de atenção para com as causas e reivindicações destes, isto, não representa em si mesmo, uma valorização a qualidade e posição, o que dá origem a um problema ético-cultural diante do descompasso entre valor e desvalor da vida em si mesma.

O Direito Animal não pode ser considerado um modismo ou coisa de só menos importância, mas deve impor-se e demonstrar o seu verdadeiro escopo com a convocação de toda a sociedade civil a acolher com solicitude esses animais não humanos como portadores de direitos subjetivos na defesa de seus mais sagrados interesses, e por que não dizermos dos seus direitos fundamentais assegurados na nossa Constituição Federal.

Assim, considerando necessário tecermos considerações sobre as orientações alicerçadas no art. 225 da CF, uma vez que essa normatividade se constitui em verdadeiro e sólido instrumento de mudança, ao concretizar um novo status jurídico aos animais, percebi a necessidade de ressaltar a importância desse reconhecimento e ponderar sobre os aspectos processuais que deste advém.

Em nosso artigo, buscamos refletir sobre o que representa, jurídica e processualmente, o reconhecimento de animais não humanos como sujeitos de direito. Nosso interesse é elaborar ponderações esclarecedoras em torno deste status jurídico, de como são vistos os animais não humanos, as limitações proces-

suais impostas, o porquê destas, como o Estado deve recebê-los e protegê-los.

Ainda, trataremos de demonstrar a posição do operador do Direito no trato jurídico para como os animais e a evolução traçada pelos tribunais de nosso País em vários julgados, caracterizando a gradual e perceptível mudança de entendimento para suscitarmos uma elaboração legislativa mais adequada ao novo parâmetro constitucional, bem assim, conclamamos o empenho de juristas e operadores do direito, como advogados, juízes, promotores em defesa destes, diante da guinada constitucional.

A nossa reflexão procura compreender os motivos das novas orientações constitucionais relativas aos animais não-humanos e traça um paralelo sobre *status* jurídico em nosso ordenamento jurídico, visualizando as disposições do Direito Civil e a legislação esparsa como modo de fundar o entendimento de que o sistema normativo nacional, embora aparentemente, atento a mudança de paradigma deve ter compromisso com a efetividade deste dispositivo.

A defesa e tutela dos interesses abrangem e clama a utilização dos meios processuais como vias instrumentais por excelência, não se podendo mascarar o direito de ação destes em relação à tutela dos seus interesses. E esse será nosso objetivo final: apontar para as implicações processuais que atingem esses novos sujeitos de direito, demonstrando a legitimidade na interposição de ação, seja através de seus substitutos ou de representantes processuais.

## **2. Fundamentos teóricos do Direito animal**

O Direito contemporâneo passou a lidar com novas imagens, apresentando inovadas disciplinas jurídicas que estabelecem a proteção da natureza, do meio ambiente, visando “a conservação das propriedades e das funções naturais desse meio, de for-

ma a permitir a “existência, a evolução e o desenvolvimento dos seres vivos” (MACHADO, 2009, p.57).

Longa e morosa foi a caminhada do homem para perceber-se como um ser em relação, não consigo mesmo apenas ou puramente com sua espécie, mas participe de um cosmo, em sintonia com todo o universo e suas espécies diversificadas, muito embora, ainda sejam tão freqüentes e evidentes as temáticas de destruição da natureza, do meio ambiente.

Desde os primórdios da existência, percebeu-se o homem, numa interrogativa identificação, como um animal privilegiado e superior a qualquer outro vindo a transmudar até mesmo a missão sagrada que lhe teria sido ofertada pelo Criador e contida no Primeiro livro do Pentateuco (Gn 1, 28), elaborando um significado opressor e destruidor para a ordem de dominação sobre tudo e sobre todo o cosmo, não se dando, desse modo, conta que se trata o homem, animal humano, de um ser de completude e que dominar é apenas colocar sobre a responsabilidade, é cuidar e zelar.

Referindo-se ao modo de *ser-no-mundo* e ao antropocentrismo afirma que

[...] as coisas têm sentido somente na medida em que a ele se ordenam e satisfazem seus desejos. Nega a relativa autonomia que elas possuem. Mais ainda, olvida a conexão que o próprio ser humano guarda, quer queira ou não, com a natureza e com todas as realidades, por ser parte do todo. (BOFF, 2002, p.95)

Preservar e cuidar do meio ambiente é princípio constitucional, é fundamento do Estado de Direito. Há linhas de conduta impressas no verbo preservar e cuidar, que foram captadas pouco a pouco, o que veio por ensejar uma crescente mudança criando uma nova consciência como vemos a seguir:

Deveras, em todas as partes do mundo, denota-se uma crise ambiental, provocada pelas agressões à natureza para atender às necessidades humanas e sociais. Em nome do progresso econômico e social, desenvolveram-se técnicas que, por explorar inadequadamente

a natureza, causam poluição de toda sorte e degradação do meio ambiente, colocando em risco a vida do homem e das demais espécies que povoam a Terra, dando origem à crise ambiental (DINIZ, 2002, p. 608).

A crise ambiental gerou uma mudança de paradigma, percebendo-se a necessidade premente de cuidar do cosmo, do planeta, da terra, modificando-se a percepção do espaço e configurando-se uma nova dimensão da existência do sujeito ao perceber-se ser de relação.

Relatam os estudiosos sobre o tema do direito animal que a defesa destes sempre foi alvo de conjecturas e desde os primeiros pensadores da antiguidade, sendo que no século XVII, as primeiras leis de proteção aos animais foram elaboradas, e como nos relata Chuahy (2009, p. 17), o movimento moderno de proteção vem a se iniciar em 1824, na Inglaterra, com a fundação da Sociedade pela Prevenção da Crueldade, vista como fruto das leis que coíbiam crueldades e maus-tratos, editadas em 1822.

Em junho de 1822, porém, Richard Martin, apresenta um projeto de Lei para o tratamento humanitário dos animais e, com o argumento de que a propriedade devia ser protegida mesmo contra a vontade do seu titular, conseguiu aprová-lo nas duas casas legislativas. “Mas conhecida como Lei Martin ainda hoje é considerada um marco histórico importante na proteção dos direito dos animais, por proibir todo tipo de crueldade contra os animais domésticos, especialmente em touradas e rinhas de galo”. (GORDILHO, 2008, p. 62).

Ao lado desta iniciativa que levou a criação da primeira sociedade de proteção pelo reverendo Artur Broome (GORDILHO, 2008, p. 62), outras se intensificam, tanto em qualidade como quantidade, culminando com discussões, cada vez mais apropriadas, em defesa do direito dos animais, travando-se grandes embates sobre o conteúdo e a extensão do questionamento “animais tem direitos?”.

A proteção aos animais, a percepção e os contínuos atos de reconhecimento de deterem por si mesmo valores inalienáveis



à vida, desenvolveram-se acarretando várias correntes e teorias que lutam ora pelos seus direitos, ora pela promoção do bem-estar. Destacam-se escritores, idealizadores, filósofos e ativistas nessa jornada, entre os quais, Henry Salt, que já em 1892 publica “O Direito dos animais perante o progresso social”.

Em 1892, Henry Salt publica “*Animal Rights: Considered in Relation to Social Progress*”. Em passagem já citada por nós, o autor deixa clara a necessidade de promoção dos direitos dos animais, em um movimento coordenado de libertação democrática de humanos e não-humanos. Conseguiu simpatizantes de peso para a causa, como Bernard Shaw e Ghandi. A posição de SALT é claramente uma posição a favor da concessão de direitos subjetivos aos animais. Em várias passagens de sua obra, deixa isso claro: [...] É um verdadeiro equívoco supor que os direitos dos animais sejam antagônicos aos direitos do homem (LOURENÇO, 2008, p. 395)

A formulação fundamental de que os “direitos dos animais não são antagônicos aos direitos do homem”, apontou para uma nova postura em relação ao modo de considerar os animais, acarretando uma nova ética, uma nova filosofia, uma história e até mesmo uma nova literatura e arte, proporcionando que as atenções se voltassem ainda mais para a defesa dessa causa em favor dos animais, como o fizeram Mary Midgley, Tom Regan, Richard Ryder, Peter Singer, Marjorie Spiegel, Steven Wise e Gary Francione.

Inicialmente, a preocupação com os animais se limitava a assegurar-lhe um tratamento “humanitário” evitando, assim, sofrimentos “desnecessários”. Somente a partir dos anos setenta essa filosofia vai mudar drasticamente, com alguns ativistas passando a reivindicar uma posição mais avançada em relação aos animais, sob o argumento de que simplesmente oferecer melhores condições de vida não oferecia nenhuma garantia de proteção aos interesses dos animais. (GORDILHO, 2008, p. 65).

A primeira grande corrente do movimento em prol dos animais está esteada e fundamentada nos pensamentos e di-

retrizes traçados por Peter Singer e suas idéias que ensejaram o movimento de libertação animal. Singer, filósofo e historiador, deu ênfase aos estudos da moral, lançando em 1975, o livro “Libertação Animal”, e procurou defender o necessário tratamento ético para com os animais, procurando esclarecer ao seu leitor “por que o princípio ético no qual se baseia a igualdade humana exige que se estenda igual consideração também aos animais” (SINGER, 2008, p.1).

O objetivo deste livro é levar o leitor a realizar essa mudança mental em suas atitudes e práticas em relação a um grupo bem amplo de seres: os membros de outras espécies. Acredito que nossas atitudes atuais para com esses seres baseiam-se em uma longa história de preconceito e discriminação arbitrária. Argumento que pode não haver outra razão – exceto o desejo egoísta de preservar os privilégios do grupo explorador – para que alguém se recuse a estender o princípio básico da igualdade de consideração a membros de outras espécies. Peço ao leitor que reconheça que suas atitudes em relação aos membros de outras espécies são uma forma de preconceito não menos objetável que o preconceito racial ou sexual. (SINGER, 2008, XXI).

As considerações de Singer partem do pressuposto de que há um princípio moral fundamental de igual consideração de interesses, devendo-se repelir qualquer ação que implique na desconfiguração do *status* moral inerente e próprio da condição animal, sendo, portanto, os animais preservados no seu bem-estar, postos a salvo em razão do direito de não suportarem a dor e terem prazer, vez que esses são qualificadores de interesses a serem assegurados e preservados.

Muitos doutrinadores e ativistas desta área discutem as posturas de Singer com seu utilitarismo, já que ele não refutaria, por completo, a possibilidade de utilização pelos homens dos animais, desde que preservados da dor. Contudo não se pode negar tratar-se de uma teoria de grande importância inclusive por trazer a análise uma nova visão sobre a ética e o discorrer sobre ela nas mais diversas relações, apresentando-a como uma

concepção universalista, assentada no princípio da igualdade de consideração (respeito) de interesses.

Se um ser sofre, não pode haver justificação moral para a recusa de tomar esse sofrimento em consideração. Independentemente da natureza do ser, o princípio da igualdade exige que o sofrimento seja levado em linha de conta em termos igualitários relativamente a um sofrimento semelhante de qualquer outro ser, tanto quanto é possível fazer comparações aproximadas. Se um determinado ser não é capaz de sofrer nem de sentir satisfação nem felicidade, não há nada a tomar em consideração. É por isso que o limite da senciência (para usar o termo como uma abreviatura conveniente, ainda que não estritamente precisa, da capacidade de sofrer ou de sentir prazer ou felicidade) é a única fronteira defensável da preocupação pelo interesse alheio. Marcar esta fronteira com alguma característica como a inteligência ou a racionalidade seria marcá-la de modo arbitrário. (SINGER, 2002, p. 67).

A dor e o prazer são, portanto, nessa corrente de pensamento, qualificadores para a identificação e preservação de interesses maiores. Na linha de defesa pelos direitos dos animais, em considerações mais arrojadas, com critérios e reivindicações precisas encontramos muitos defensores, em especial Tom Regan que em seu livro “Jaulas Vazias”, declara seu maior intento logo no nome dado a sua obra filosófica que se constitui em “encarar o desafio dos direitos dos animais”. Mas no que consistiria mesmo a defesa destes direitos animais para Regan? No que a tese de Singer diferencia-se da de Regan e quais as conseqüências mais expressivas do acolhimento da “tese reganiana”?

Regan conhece bem o terreno pedregoso em que se embrenha filosoficamente e sabe das ideologias e das imagens culturais onde se procura a manutenção da postura especista ao se promover a contínua demonstração de que os interesses dos animais não humanos se subordinam aos dos humanos, quais são vivenciados cotidianamente através das “metamorfoses”, transformando-se animais em comida, em roupas, em artistas, em competidores, em instrumentos, num contínuo abandono e

sublimação de interesses. Regan pede a formação de uma nova consciência na qual possamos perceber que os animais são sujeitos-de-uma-vida e, como tal, seus interesses advêm do valor inerente à vida, consubstanciando-se em fontes inesgotáveis de direitos que devem ser protegidos, assegurados independentemente de qualquer circunstância.

Regan é capaz de nos inserir numa nova conjectura, nos impelindo a perceber a necessidade de em uma visão diferenciada sobre os parâmetros da ética e da justiça, acabando por conceder a consideração moral a todos os sujeitos-de-uma-vida, sem a necessária especulação da dor ou do prazer como referenciais de dignidade e proteção.

O reconhecimento de que os animais não humanos detêm interesses próprios, inerentes ao dom da vida por si só, já nos revela a necessidade de adoção de novas posturas, com o abandono a todo tipo de exploração e uso dos animais, para serem vistos, enxergados como “seres únicos, com vidas próprias e precisando de proteção”, realizando nos animais humanos uma mudança completa de percepção (REGAN, 2006, p. 28).

Há de fato uma errônea visão de submissão dos animais não humanos, justificada na equivocada defesa de que esses animais existem desde toda a criação para o benefício da espécie humana; vivenciamos uma nova etapa no mundo jurídico como um novo e amplo sentido da justiça, como podemos ver:

Regan afirma que o “princípio de justiça” implica em que, quaisquer que sejam nossas concepções particulares do que venha efetivamente consistir justiça, ela não será feita se tratarmos diferentemente os animais sem que haja uma razão moral relevante para que assim seja. No entanto para Regan o “princípio de justiça” tem uma natureza muito mais formal que material, pois não especifica o que é devido, nem a quem é devido, havendo uma necessidade de uma interpretação normativa acerca de seu conteúdo. Não é surpresa, pois, que as interpretações variem enormemente entre si. REGAN defende, a esse respeito, a teoria da justiça como igualdade individual (“equality of individuals”) em detrimento das concepções utilitaristas e perfeccionistas. (LOURENÇO, 2008, p. 422).

Percebe-se, desse modo, um verdadeiro e sólido instrumento de mudança ao concretizar um novo status jurídico para os animais, que não são meios e não existem para satisfazer as necessidades e prazeres humanos. Esses têm direitos básicos que são eminentemente de caráter moral, como a vida e sua integridade, a liberdade, a possibilidade de ir e vir, usufruindo do ambiente propício inclusive apto à preservação de sua espécie, e de não serem privados da alimentação, etc.

Cabe, portanto, a cada humano tecer rigorosa consideração sobre o dever de fazer ou não fazer, que importa numa tomada de decisão onde haja correlata inferência dos interesses, em razão da “autonomia preferencial” partilhada pelos animais, além da capacidade de bem-estar experimental, a tudo aquilo que reputamos não dever ser feito contra seres humanos deve corresponder idêntica abstenção em relação aos animais. (LOURENÇO, 2008, p. 426).

Ao reivindicar direitos para os animais que são originados de sua natureza, Regan reelabora o sistema moral onde passam a compartilhar das mesmas considerações e conjecturas que os animais humanos, e isso constitui-se num marco do movimento abolicionista que clama pela libertação animal.

Ao lado destes filósofos, outros ainda discutem sobre a causa animal, como Mary Midgley, filósofa, que nos livros *Beast and Man: The Roots of Human Nature* e *Animals and They Matter*, volta seus discursos sobre ética, cultura e evolução, trazendo a discussão da necessidade de se ver como os homens tratam os animais, apresentando que “os animais merecem respeito por sua capacidade emocional e social”, sendo “que a semelhança entre nós e outros animais é mais importante e relevante para a nossa ética e autoconhecimento do que as diferenças que são muitas vezes exageradas” (CHUAHY 2009, p. 17).

O professor Emérito de Direito e filósofo Gary Francione, é um dos expoentes nomes na defesa dos direitos dos animais, procurando sempre nas discussões políticas trazer à tona a defesa de seus interesses, afirmando que os animais não humanos

não podem ser considerados propriedades, e que o fator determinante para identificação dos animais como sujeitos de direito está na senciência, fator validante do *status* moral perseguido, vez que “entende que a luta restricionista pode retardar ainda mais o abolicionismo, pois que as práticas consideradas ‘humanistas’ contribuam para o fim da exploração animal é o mesmo que esperara ‘chava sem trovão’”. (GORDILHO, 2008, p. 80).

## 2.1. Considerações filosóficas

Quanto aos homens penso assim: Deus os põe à prova para mostrar que são animais. Pois a sorte do homem e do animal é idêntica: como morre um, assim morre o outro, e ambos têm o mesmo alento; o homem não leva vantagem sobre o animal (Ecle 3, 18-19)

Delineia-se um novo tempo para o Direito Animal onde se solidificam postulados protetivos e denunciadores de toda falta de solidariedade e cuidado para com as demais espécies animais não humanas, em razão das mudanças nas sociedades, em todos os sentidos e âmbitos nos quais a vida se desenvolve, já que eleitos foram novos paradigmas e como tal despertou-se para uma nova consciência para com a causa animal.

Como marcas se deixaram registrar na história, quando o homem veio por reivindicar para si uma independência total e sentindo-se absoluto em si mesmo, acreditando não poder ser submetido a nada, a qualquer outro interesse, a qualquer outra realidade, que não dependesse dele, originado uma convivência por vezes insustentável, sem razão e cooperação.

É forçoso citar as assertivas JEAN DAUJAT:

As convicções filosóficas e religiosas de que está imbuído o mundo moderno, no fundo consistem num humanismo absoluto onde o homem não admite nenhum outro absoluto que não seja ele próprio e num liberalismo absoluto em que se quer senhor soberano da vida e dos atos, com fé num progresso indefinido pelo qual alcançará sempre

mais perfeição e felicidade, somente pelos recursos da liberdade ilimitada sem nunca ter de obedecer a seja o que for além de si mesmo. Para lá desta liberdade de pensamento encontra-se uma filosofia que impregnou profundamente toda a psicologia de homem moderno – o idealismo. (JEAN DAUJAT, 1967, p. 19).

O mundo atual, ou se o desejarem, a pós-modernidade, é justamente a fusão do múltiplo, do heterogêneo, do fragmentado, do efêmero, onde se envolve atividade racional, científica, tecnológica e administrativa, sendo que a racionalização e a subjetivação, aspectos que lhe são inerentes, fazem ocasionar uma grande crise no modo de agir, no modo de se encarar o dever, uma crise sem limites na ética, ou seja, do modo de nos conduzirmos e de encarmos a vida, ou mais propriamente do sentido para vida planetária.

O antropocentrismo considera o ser humano rei/rainha do universo. Considera que os demais seres só têm sentido quando ordenados ao ser humano; eles estão aí disponíveis ao seu bel-prazer. Esta compreensão quebra com a lei mais universal: a solidariedade cósmica. Todos os seres são interdependentes e vivem dentro de uma teia intrincadíssima de relações. Todos são importantes. (BOFF, 2000, p.29)

A bem da verdade, a modernidade banuiu todo o pensamento metafísico, atribuindo-lhe o discurso do seu necessário desaparecimento, da completa ausência de motivos, sendo nada mais que mera empolgação racionalista, idealista e com isso diluídos foram os significados e as explicações sobre a essência e as razões maiores do ser, da vida, da liberdade, sendo a imanência privilegiada e os valores esquecidos.

Será que ousamos declarar que a vida não é demasiadamente breve, mas ao mesmo tempo preciosa, sendo também por excelência emergente a discussão sobre o valor de uma vida em si mesma considerada e por isso mereceria que lhe fosse consagrado um tempo suficiente para sobre ela se refletir, para se debater as questões que levanta, devendo o todo, o cosmo, interagir e

se auto-gerir em simbiose, em solidariedade elásticas para preservação de todas as espécies e modos de vida em sintonia e cooperação?

Sem dúvida é preciso refletir, buscar para nossa consciência e realidade as causas que deram origem a essa reviravolta do pensamento, como muito bem nos convoca, já que a “história humana é a obra dos homens, são eles que fazem; as desgraças não lhes vêm duma fatalidade histórica, mas dos seus erros e faltas, cujas conseqüências sofrem”, para concluir em suas considerações que “o mundo de amanhã será aquele que nós, homens de hoje, fizemos e de tanto seremos responsáveis”. (DAUJAT 1967, p. 09,10).

Essas advertências convocam ao compromisso de assumir com responsabilidade a construção de um ambiente de integração e comunhão, numa ampla valorização e preservação de todas as espécies, onde todos os seres vivos participem com suas potencialidades e vocações para a construção de uma nova Terra, espaço cósmico integralizado onde a crueldade e o desamor sejam banidos. Mas, a verdade é que o homem nem sempre pensou assim e desde os tempos mais remotos elaborou uma temática de destruição, de exploração de todas as esferas a sua volta centrando-se como o senhor absoluto do universo, como se pode apontar:

De fato, o ato de confrontar o estranhamento do encontro e da convivência com o diverso, com o “outro”, nos permite ver e entender a nós mesmos. Podemos chegar a uma melhor compreensão de nossa própria natureza por meio do reflexo do que é, superficialmente, diferente de nós. Os pressupostos nos quais se sustentam as atitudes de nossos antepassados para com os animais não humanos, são majoritariamente fundados em preceitos de ordem religiosa, moral ou metafísica. Em certo sentido, permaneceram vivos e servem de instrumento para a concretização de um processo de autentica camuflagem ideológica em que as práticas que nos são convenientes para efetivar nosso domínio sobre o restante dos animais são fácil e habitualmente implementadas. (LOURENÇO, 2008, p. 37).



Sabe-se que da passagem do pensamento mítico para o filosófico, na antiga Grécia do Século VI a C, o interesse pela cientificidade começa por nortear e mover o homem que não mais se satisfaz com os discursos imaginários e folclóricos, sem justificativas e sem objeção crítica. O sobrenatural passa a ser inaceitável e radicalmente impeli-se uma nova forma do homem se impor invocará cada vez o uso da razão e a centralidade do ser intelecto.

Os primeiros filósofos, os pré-socráticos, procurando demonstrar que as explicações das coisas mais profundas do “mundo” encontravam-se na própria natureza, introduziram profundas reflexões sobre a causa primeira de todas as coisas; queriam o princípio primordial, e na *arché* e na *physes* procuraram as explicações necessárias (causalidade) dos fenômenos. Nesse primeiro estágio o homem era como produto do universo, como por exemplo o foi para Tales de Mileto, que compreendia que a água era a *Arché*; Anaxímenes, compreendeu que o ar era o elemento primordial; e Heráclito de Efeso, o fogo.

Outro filósofo deste período inicial é Pitágoras, que acreditava na imortalidade e transmigração da alma (metempsicose)<sup>1</sup>, e como todo o seu pensamento repousava num rigor matemático, depositava nos números o princípio primeiro explicativo da realidade. Defenderam os *pitagóricos* uma conduta moral irrepreensível e a harmonia das partes e de todo o cosmo que se traduziria no equilíbrio. Diz-se que o respeito desses filósofos aos animais se dava em virtude de sua crença, rejeitando o uso destes, fosse na alimentação ou mesmo em sacrifícios religiosos. Contudo nos relata Battista Mondim, ao citar Pasquinelli, que “Pitágoras sacrificou grande número de bois para celebrar a descoberta de que no triângulo retângulo o quadrado da hipotenusa é igual a soma do quadrado dos catetos” (MONDIM, 2008, p. 240).

Em posição diferenciada, o sofista Protágoras de Abdera lançou novas bases do pensamento devendo ser considerada duas grandes características suas: o relativismo e o humanismo. Ao

dizer que o homem é a medida de todas as coisas, um dos mais influentes dos sofistas, afirma que o homem não está sujeito ao universo ou às suas leis inevitáveis, devendo ser considerado livre, com capacidade de determinar seu destino, moldando o mundo de acordo com seus interesses, de modo a alcançar e vivenciar o que almejava como prazer. Os sofistas desvinculam o homem da lei natural, procurando torná-lo senhor dos seus destinos.

Com isso, os pensadores vão se distanciando da natureza para conhecer infinitamente o homem, e tais questionamentos vão inferir grandes distorções, pois “é inegável o significado antropocêntrico da doutrina de Protágoras: não existe verdade absoluta; o homem interpreta os dados dos sentidos a seu modo e de acordo com seus interesses”. (MONDIN, 2008, p. 43).

Sócrates, considerado o Pai da Filosofia, no Séc. IV Ac, afirma no alto de suas indagações, “*Eu só sei que nada sei*”, advertindo para a necessidade de se ver reconhecida a ignorância, princípio da sabedoria, como modo de se procurar compreender o conhecimento e buscar-se a verdade única sobre a natureza das coisas. Esclarecendo que muito se distingue o verdadeiro conhecimento (episteme) das opiniões (doxa); deve-se utilizar da maiêutica<sup>2</sup> como método adequado a investigação dialética.

Talvez possamos asseverar que, com Sócrates e sua acentuada convocação dos seus adeptos ao “conheça-te a si mesmo”, houve um corte definitivo com as preocupações do universo, demonstrando-se, a partir daí, que a maior realização estaria no conhecimento, onde todo o interesse deveria residir no homem e nos seus problemas e como isso o homem passa a ser o centro de tudo, “aquilo” que valeria se a pena ser pensado, como vemos:

A posição socrática é fortemente marcada pelo antropocentrismo, na medida em que as leis morais se originam unicamente do homem, desempenhando a razão o papel condutor da verdade e da unidade. Segundo consta de trecho da obra Menorabilia de Xenofonte (c.431 – 350 a.C), soldado e historiador grego, Sócrates acreditava que tal afirmação constitui a primeira manifestação formal do

“antropocentrismo teleológico”, que, conforme se verá mais adiante em Aristóteles, constitui a idéia de que tudo na natureza tem um único propósito, o de servir ao homem. (LOURENÇO, 2008, p. 61).

“A Filosofia começa no assombro”, com essa frase nos inserira Platão a um novo pensamento e forma de conhecimento, destacando a existência de um mundo das idéias (mundo inteligível) e um mundo sensível, com seu crescente dualismo que vem a detectar o nosso escândalo diante da magnitude da vida, que nos deixa perplexos. Poder-se-ia simplesmente aceitar a existência de tudo sem questionar, sem se perguntar como e porque tudo existe? Platão quer fazer acender a um mundo ideal, de idéias imutáveis, puras e eternas, e ao fazê-lo destaca a posição relevante do homem, que não se equipara aos animais, embora a criação ocorresse da mesma maneira, pois ele seria o único ser com capacidade de compreender o processo, o meio de como existem as coisas na natureza.

“Todos os homens, por natureza, desejam conhecer” afirmava Aristóteles e mais, que se deseja tanto conhecer para se “buscar as causas últimas de todas as coisas”, sendo que com essas considerações filosóficas terminava-se por solidificar definitivamente a idéia de que o homem somente revela seu eu na sociedade, e por isso é um animal eminentemente social pertencendo em uma classe superior, nos ensinando sobre esse enfoque Heron Santana que:

Aristóteles, no entanto, no século IV aC., vai ser o responsável por criar o sistema ético que vai prevalecer até os nossos dias, a “grande cadeia dos seres”, ou *scala naturae*, a partir de uma teologia universal da natureza que, contrapondo-se às idéias atomistas de que a vida é fruto do funcionamento do próprio organismo e de suas próprias atividades físicas e químicas, concede o universo como um ente imutável e organizado, que forma um sistema hierarquizado, onde cada ser ocupa um lugar apropriado, necessário e permanente. (GORDILHO, 2008, p. 20)

Vemos, deste modo, que a ideologia especista<sup>3</sup> incorporou-se desde os mais longínquos tempos na cultura dos povos, concebendo a imagem de que, por pensar o homem era um privilegiado, a alma humana era mais elevada, pois ela tinha o poder da razão que percebe os conceitos.

Dando um salto, adentrando à modernidade, depara-se com o racionalismo introduzido por Descartes, introduzindo ainda mais ideias que valorizavam a razão, ensejando em grandes mudanças, já que a partir daí nada poderia resistir à dúvida. Esse filósofo terminou por estabelecer um método inspirado no rigor matemático, deduzindo que nada do pensamento pode resistir à dúvida, onde até mesmo o próprio ato de duvidar é uma mera engrenagem (máquina) do pensamento do homem.

A dúvida de Descartes, como elemento de investigação, tanto filosófica quanto científica, veio a criar no mundo das ciências uma revolução, libertando o mundo dos conhecimentos da escolástica e também da religião, e nesse contexto foi criado o cartesianismo, privilegiando-se em tudo a razão, passando essa a ser a base de todo conhecimento, por isso sua celebre frase *“Penso, cogito, logo existo”*.

Não nos resta dúvida que a razão a partir da modernidade passou a ocupar o centro de todo saber, subjulgando e até mesmo destruindo outros modos de se absorver o conhecimento, de se conhecer a verdade, e *“essa crença alienou o homem da natureza e dos demais seres humanos, levando a uma absurda desordem econômica, a uma injusta divisão de bens e a uma onda crescente de violência”*. (CARDOSO, 2000, p. 44).

A modernidade não parou nesse estágio, tanto que David Hume resolveu conhecer de outra forma, e diz que as *“idéias sobre o real se originam de nossa experiência sensível”*, onde *“a percepção é considerada como critério de validade dessas idéias, que quanto mais próximas da percepção que as originou, mais nítidas e fortes são, ao passo que quanto mais abstratas e remotas, menos nítidas se tornam, empalidecendo e perdendo sua força”*. (MARCONDES, 1997, p. 182)

Dessa forma, a maneira pela qual se conhece e se age, depende da natureza, dos costumes ou melhor, dos hábitos. Para Hume, o conhecimento provém de impressões sensíveis e da reflexão sobre as ideias; por isso jamais se pode conhecer de modo definitivo, sendo a probabilidade um critério de relações. Inegável será a verificação contida nessa “filosofia” de que o que existe é probabilidade e nesse modo de conceber não haveria diferença entre os homens e os animais, vez que ambos aprenderiam da experiência e assimilariam causas e efeitos originados de fatos, que são semelhantes entre si, contudo, o próprio Hume vai considerar e enfatizar as qualidades superiores dos homens em relação aos demais animais, mas suas considerações podem nos conduzir a paradigmas com feições mais diferenciadas.

Hume dedica essa seção a uma comparação entre as conclusões causais realizadas por homens e por alguns animais. A conclusão de Hume, ali, aponta para uma diferença de grau, e não de natureza, entre a capacidade humana e a animal para aprender com a experiência. [...] É, com efeito, interessante que o título desta seção seja “Da razão dos animais”, sendo que Hume apressa-se em afirmar que o conhecimento causal não depende, nem nos homens e nem nos animais que o manifestam, da razão, e sim do instinto natural.<sup>4</sup>

As constantes indagações sobre o conhecimento e a sua finalidade, ou para que conhecer, é revista nos idos de 1781, por Kant, com a expressiva constatação de que conhecimento é inesgotável e infinito, e como tal não poderá ser completamente revelado, desvelado, ou seja, descoberto. Tanto que procura demonstrar como se deve proceder para se dar à metafísica o *status* de ciência, ao advertir ter sido despertado do sono dogmático pela leitura de Hume, quer e vai explicar porque os metafísicos não haviam apresentado nada de inusitado e conclui que a teoria destes, era apenas um sonho.

Ao defender uma *ética*, sustento do imperativo categórico, nos apresenta leis morais inerentes à própria razão quais acabaram por afirmar de modo relevante o valor supremo do indiví-

duo, formando-se um sistema moral com exclusão dos animais, já que não compreendia a possibilidade de constituição de relação jurídica a ser travada entre o homem e os animais, esses seres irracionais, que não tem direitos ou deveres e como tal não obrigariam, inexistindo para com esses qualquer relação de reciprocidade fruto do dever.

Immanuel Kant, tomado pelo império da razão, coloca o animal humano, o homem, em um patamar de extrema importância no universo, vez que pode conhecê-lo e controlá-lo, recusando-se a tecer considerações morais que incluíssem os animais, quais restaram sem um estatuto de consideração, detendo os homens para com os mesmos deveres indiretos.

Como apenas os seres dotados de razão e vontade podem ser livres o suficiente a ponto de não se curvar aos interesses alheios, e dado que somente o homem é capaz de buscar por si próprio um sentido para a vida, somente ele está habilitado a adquirir o status moral de pessoa, ao passo que os animais, destituídos desse atributo não passariam de coisas (*res corporalis*). Nesse sentido, só existem relações jurídicas entre homens; nunca entre um homem e um ser que só tenha direitos (Deus); um ser que só tenha deveres (servos e escravos); ou um ser que não tenha direitos nem deveres (animais). (GORDILHO, 2008, p. 20)

Outra corrente filosófica instaurou-se com os defensores do Utilitarismo no Século XVIII, como Jeremy Bentham e John Stuart Mill. Para Mill, o homem é complexo e vários fatores contribuíam para a realização de seus atos, sendo que o bem estar social era necessário para o do indivíduo, devendo-se buscar benefícios que não fossem tão somente para uma única pessoa, mas para todo grupo, indagando-se sempre sobre os benefícios para o maior número de pessoas.

Da mesma forma, Bentham, que examina o bem e o mal, preocupando-se com o maior número de pessoas abrangidas pelo bem, vem por apresentar os animais como foco de suas considerações morais, já que identificados como seres sensíveis e assim “estavam formalmente, pela primeira vez, sendo objeto

de consideração moral, representando tal fato uma linha divisória em relação ao aristotelismo e à filosofia moral de Kant". (LOURENÇO, 2008, p. 255)

Filósofos da atualidade, carregando a bandeira da libertação animal, revisaram a tese utilitarista, como foi o caso de Piter Singer, que revolucionou e a partir desta expressa o princípio da "igual consideração de interesses", lançando um novo modo de conceber a relação para com os animais não humanos, avocando para a esfera moral outras circunstâncias que evidenciariam não ser o homem tão distante dos animais, como enfatizou há mais de 100 anos Darwin.<sup>5</sup>

Ao longo dos tempos, pode-se observar como a própria filosofia compreendeu o homem, e como teceu considerações sobre a existência do animal não humano, submetendo-os sempre aos interesses humanos. Desde a mais longínqua época, imperou entre nós a imagem de que os esses seres "irracionais" foram criados para o benefício da espécie humana, prevalecendo uma ideologia dos fins, um discurso teleológico.

Ressalve-se que a partir do século XIX, um humanismo absoluto se estabelece a cada instante, onde o homem ocupa o lugar de Deus, querendo se tornar a autoridade absoluta, a medida de todas as coisas. Nesse ambiente impera uma única preocupação e o seu bem estar é tudo, a satisfação e o prazer são suas medidas. Instala-se um hedonismo sem igual, e ao seu lado, já desfigurado os valores, o relativismo é a palavra final, vez que na nossa contemporaneidade nada é muito certo, nada é tão evidente. A última palavra vem do consumo; o que é adquirido no mercado de consumo é a causa final dos sonhos e anseios mais profundos. Nesse ambiente se instauram as metamorfoses denunciadas por Tom Regan.

Os discursos filosóficos produzidos e aqui superficialmente analisados nos dão conta dessa mudança grandiosa da concepção sobre os animais no cenário sócio-cultural-político. A partir desse resgate filosófico, vemos que à medida que o homem modificou sobremaneira os modos de se enxergar, da mesma forma

foram modificados os modos valorativos de enxergar outros a sua volta, as demais espécies, o cosmo, num processo integrativo e não dissociativo.

Grandes desafios são lançados para a vivência plena dos direitos dos animais não humanos. Há uma gritante crise nos modelos morais, éticos, que necessitam responder aos anseios mais sagrados da humanidade planetária onde todo o efêmero passou a ser a regra; onde a cultura do consumismo tornou tudo em objeto do prazer, instaurando-se uma cultura da banalidade que impera, destruindo a natureza, o cosmo, o planeta e mesmo o universo que conhecemos.

Essas são duras realidades do mundo atual, mas não se pode se aprisionar a esses retratos desbotados. Sem dúvida o grande questionamento é justamente sobre a possibilidade de eleição de valores éticos que venham por nortear as relações entre os animais humanos e os não humanos. Constitui-se um novo amanhecer, onde se instauram as forças da compreensão e da tolerância. A solidariedade e a cooperação se farão leis supremas do universo, marco de uma comunidade planetária, com a participação de todos em razão da complementariedade que se estruturaram em perfeita simbiose.

Um novo tempo se faz com a construção de um novo paradigma onde se inserem os animais não humanos na linha da consideração moral. Eles existem, tem valor em si mesmos, um valor inerente que ninguém pode ignorar.

### 2.3 Direito Animal em evolução no Brasil

O arcabouço jurídico protetivo dos animais não humanos no Brasil nasceu com o objetivo de banir a crueldade. Enxerga-se, desse modo, os animais, primeiramente em virtude da crueldade a que eram submetidos repudiando-se os maus tratos. A legislação brasileira, desde o tempo do Império, preocupou-se em



estabelecer os direitos de propriedade sobre os animais, como se vê na Consolidação das Leis de Teixeira de Freitas, em 1857.<sup>6</sup>

Daniel Braga Lourenço em recente artigo na internet adverte: “FERNANDO LAERTE LEVAI atenta para o fato de que “curiosamente, na mesma época em que se editaram em território brasileiro as leis de abolição da escravidão - do *Ventre Livre* (1871), dos *Sexagenários* (1885) e, enfim, *Lei Áurea* (1888) - o município de São Paulo inseria em seu Código de Posturas, de 6 de outubro de 1886, uma norma legal que parece ter sido pioneira em tratar de um assunto relacionado à proteção dos animais, conforme se verifica em seu art. 220: “É proibido a todo e qualquer cocheiro, condutor de carroça, pipa d’água, etc., maltratar os animais com castigos bárbaros e imoderados. Esta disposição é igualmente aplicada aos ferradores. Os infratores sofrerão a multa de 10\$, de cada vez que se der a infração”<sup>7</sup>.

No Código Civil de 1917, promulgado no novo Estado Republicano (1891), carregado da ideologia burguesa eminentemente agrária, defendia o direito de propriedade e em variados artigos apresenta os animais como bens semoventes, coisas. Há uma extensa consideração sobre os animais, articulando-se temas como a caça, a pesca, os direitos de vizinhança, o ressarcimento por danos, até mesmo apresentando-os como objeto de penhor agrícola (art. 781), permitindo-se ainda, a caça e pesca, inexistindo prescrições contra maus tratos ou crueldades contra os mesmos.

Com o advento do Decreto 16.590/24, contempla-se pela primeira vez no Brasil uma lei de cunho nacional de proteção aos animais proibindo as diversões públicas que causassem sofrimento (DIAS, 2000, p. 155). Esse decreto foi de considerável avanço, modificando-se um pouco a esfera das relações travadas com os animais vez que coibidas doravante as praticas cruéis.

Com o declínio da Primeira Republica e a chegada de um novo governo, se instaura no País uma nova época de mudanças sociais e econômicas, por onde a terceira Constituição brasileira e segunda da República, que foi promulgada em 16 de julho de

1934, vem a traçar normas sobre a competência da União para legislar sobre riquezas do subsolo, mineração, águas, energia hidroelétrica, florestas, caça e pesca e a sua exploração, admitindo ainda a competência dos Estados de forma supletiva ou complementar sobre esses temas, não dispondo sobre crueldade contra os animais.

Contudo, ressalta-se que seis dias antes da promulgação da nova carta constitucional brasileira, em data específica de 10 de julho de 1934, foi promulgado por Getúlio Vargas o decreto 24.645, que se constituía em uma das mais célebres leis de proteção aos animais, estabelecendo no seu art. 1 que todos os animais existentes no País são tutelados do Estado, para em seguida no art. 3 definir os maus-tratos contra os animais.

Em seguida aparece o Decreto 24.645, de 1934, instituído na época da ditadura civil da era do Presidente Getúlio Vargas, o qual permanece parcialmente em vigor, pois ainda não foi totalmente revogado. Seu mérito consistiu em reforçar a proteção jurídica dos Animais por meio de vários dispositivos próprios, permitindo, como será demonstrado no próximo capítulo, a interpretação de um novo status quo dos Animais como sujeitos de direito, em razão da possibilidade de o Ministério Público assisti-los em juízo na qualidade de substituto legal. Esse Decreto apresentou um rol de condutas omissivas e ainda contém algumas definições não expressas na Lei dos Crimes Ambientais de 1998. (RODRIGUES, 2010, p. 66).

Com o Código de Pesca (Decreto-lei nº 794/38) passa-se a ter um substancial estatuto regulador da pesca. O Decreto-Lei 3688/41, a famosa lei de Contravenções Penais, em seu art. 64, proibiu a crueldade contra os animais, prescrevendo no caput que tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo, será apenado com prisão simples, de dez dias a um mês, ou multa, de cem a quinhentos mil réis. Constituindo ainda no seu parágrafo 1º que nessa mesma pena incorre aquele que realiza, em lugar público ou exposto ao público, experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, mesmo sendo para fins didáticos ou científicos. Ademais, no seu parágrafo 2º, apresenta uma qua-

lificadora do aumento de pena, caso na exibição ou espetáculo público for o animal submetido a trabalho excessivo ou tratado com crueldade. Em seguida, prescrições específicas sobre a fauna serão feitas pelo Código de Caça ou Decreto-lei nº 5.894/43.

Com o final da segunda guerra mundial em 1945, o mundo em efervescência levou o Brasil a assumir uma nova posição no cenário sócio-político, por onde o Estado desvela-se como meio para os bens, fins que persegue vem por prescrever em seu art. 5, XV, I, do texto constitucional de 46, que compete à União legislar sobre riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia elétrica, florestas, caça e pesca. Em seguida, no art. 6, vem por asseverar que a competência federal para legislar sobre essas matérias não exclui a legislação estadual supletiva ou complementar e, nesse espírito, e mesmo nutridos pelo kantianismo, os legisladores rejeitam considerações jurídicas de maior relevância para com os animais, que não serão vistos além de serventia as necessidades humanas.

Um período silencioso se instaura sem alteração deste perfil de percepção aos animais, tendo a Lei 4.591/64 estatuído serem defesas proibições de permanência dos animais nos condomínios. As prescrições da Constituição de 1967, em seu artigo 8º, ainda mais uma vez, repete a orientação da competência da União de legislar sobre jazidas, minas e outros recursos minerais, a metalurgia, as florestas, e por fim a caça e pesca.

Ressalte-se, no entanto, que nesse período se imprimiu uma nova compreensão que ensejará em nossa legislação uma mudança relativamente ao “*status* jurídico dos animais silvestres, pois a Lei de Proteção à Fauna (Lei n. 5197/67), revogando o antigo código de Caça e, por influência da doutrina italiana, modifica o *status* jurídico dos animais silvestres, que passam, a partir de então, a ser propriedade do Estado” (GORDILHO, 2008, p. 135).

O Decreto-lei 221/67, revoga o antigo estatuto da pesca de 34, em 1965, instituído o Código Florestal (Lei nº 4.771), e por fim a Lei de Proteção à Fauna ( lei 5.197/67), que particularmente em

seu artigo 1 prescreveu: “Os animais de quaisquer espécies, em qualquer fase do seu desenvolvimento e que vivem naturalmente fora do cativeiro, constituindo a fauna silvestre, bem como seus ninhos, abrigos e criadouros naturais são propriedades do Estado, sendo proibida a sua utilização, perseguição, destruição, caça ou apanha”.

Com esse novo estatuto protetor da fauna, muitas práticas molestadoras ao bem estar animal foram repudiadas, como a caça profissional, a proibição do comércio de espécies, orientando sobre a caça amadorista e a precedente exigência para caçar, regulamentando a caça com fins científicos, estabelecendo os crimes contra os animais, e ao final, ordena medidas a tomada de medidas educativas (art. 35) por meio do qual não se permitiria a adoção de livros escolares de leitura que contivessem textos danosos ou contrários a proteção da fauna.

Fala-se, desse modo, significativamente, do estabelecimento de um processo pedagógico de aprendizado e de resignificação de valores, o que pode ser entendido positivamente para a tomada de consciência, na qual se empenhará futuramente os defensores dos animais que procuraram desconstruir a imagem de submissão dos animais aos interesses dos homens, erigindo uma nova sistemática baseada no valor intrínseco da vida.

O marco ambientalista de primordial importância se revela com a Constituição Federal de 1988, que instaurou um momento divisório ao contemplar no art. 225, *caput*, que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Nesse discurso se alicerça toda uma inovadora mentalidade do legislador e a sua maturidade ao imprimir no sistema normativo nacional parâmetros novos que permeariam a relação jurídica entre homens e animais com um escopo e objetivo diferencial efetivado na proteção da fauna e da flora, com expressão vedação de práticas que por ventura coloquem em risco sua função ecológica ou provoquem a extinção de espécies ou mes-

mo submetam os animais à crueldade. Concebendo uma nova imagem, o legislador elegeu parâmetros elevados que não podem ser afastados, esquecidos e desprezados pelo aplicador do Direito.

Essa normatividade protetiva, que repudia os maus tratos, não está inserida em qualquer dispositivo legal; o fez o legislador justamente no Título VIII que versa sobre a Ordem Social e caberá ao Estado, à coletividade a proteção dos animais contra a crueldade, como fruto das garantias de bem-estar e a justiça sociais, pelo que se destaca as seguintes considerações:

No direito brasileiro, o ponto de partida dessa teoria está no inciso VII do art. 225, da Constituição Federal, que proíbe, “na forma da lei”, as praticas cujo efeito material seja a submissão dos animais a crueldade. De fato, a nossa Constituição, pela primeira vez em sua história, elevou a proibição da crueldade contra os animais, ao status de preceito constitucional, e face ao princípio da efetividade, não é possível admitir qualquer tipo de exploração institucionalizada dos animais sem violar essa norma constitucional. A Constituição de 1988, mais do que um status moral ou a posse de direitos morais (que no máximo ensejariam obrigações morais), concedeu aos animais direitos fundamentais básicos, impondo a todos os cidadãos e aos poderes públicos a obrigação de respeitá-los. (GORDILHO, 2008, p. 161).

A Professora Edna Carvalho, em recente artigo<sup>8</sup>, esclarece que “a legislação brasileira classifica 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”.

Com essa reflexão aponta para a dificuldade de tecer na legislação brasileira um assentamento sólido sobre a natureza jurídica dos animais não humanos, mantendo um gerenciamento de idéias e na prática das ações protetivas e reclames do direito falsas interpretações de que são bens particulares ou da coletividade.

De fato, o Código Civil de 2002 tutelara os animais como bens, patrimônio acometendo o sistema de uma incongruência

se comparado a Constituição Federal, pois os animais domesticados para o *status* civilista é o de propriedade privada. Refere-se o art. 82 do Código Civil aos bens móveis, esclarecendo que “são móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social”.

Como se pode ver, desde a legislação do Império até as mais recentes, de um modo geral, as legislações brasileiras não enxergaram no mundo animal um lugar de estabelecimento da dignidade, em que se constata que a tutela estatal se reportou grandemente com o exercício de atividades a eles relacionadas, muitas vezes em razão puramente dos aspectos econômicos e financeiros que ensejavam e oportunizavam no mercado de consumo.

Faz-se necessário o reconhecimento de que os animais são dotados de sensibilidade, cabendo a cada um respeitar a vida, oferecendo a eles meios de efetivação da norma constitucional expressa no art. 22, parágrafo 1, VII, vedando práticas ofensivas e degradantes da integridade física, corpórea destes, banindo a crueldade e todo modo de exploração.

A defesa dos animais requer um novo modo de visualizá-los na legislação nacional, registrando-os como sujeitos de direito, mas seguramente a conquista ao respeito a vida, a sua dor, a sua liberdade não se constituíram pura e simplesmente com a edição de novas leis, muito embora sejam necessárias. Nada nesse plano se alcançara sem a conscientização, exigindo-se uma luta ardorosa pela consagração e reconhecimento destes com um novo *status* jurídico. São os animais não humanos novos sujeitos de direito, reconhecimento que especificamente redundará na conservação de todas as espécies em prol de um mundo mais íntegro e sustentável, onde a cooperação será um marco ideal, sustento de uma nova forma de vida e da construção de um mundo de comunhão e paz.

### 3. Animais na defesa de interesses

O Professor Tagore Trajano de Almeida Silva, em recente artigo pergunta: os animais podem estar em Juízo? Eis mais uma preocupação para os defensores dos Direitos dos Animais. Como podem os animais não humanos estarem em juízo na defesa dos seus interesses e dos interesses de suas espécies? Quando podem valer-se dos meios processuais para a sua defesa e resguardo de suas reivindicações?

Como visto anteriormente o dispositivo constitucional do art. 225, VII da abre ao aplicador do Direito na legislação brasileira uma nova época e proclama às instancias jurisdicionais a atenção para com todo e qualquer ato de crueldade contra os animais. Precisa-se, pois, conhecer sobre o tema, que sugere uma vasta variação de interpretações e posicionamentos.

#### 3.1. Capacidade processual e postulatória

Inaugura-se este tópico com a definição do que significa processo. Processo é, em síntese, um instrumento servil, para o Estado exercer o *munus publico*, ou seja, trata-se de uma peça condutora do exercício da função jurisdicional, com o intuito de solucionar ou, ao menos possibilitar, ferramentas hábeis a resolver os diversos conflitos de interesses postos sob sua análise.

Mas, ao se referir a processo, se suscita sempre sobre a capacidade processual e a postulatória. A princípio, deve-se ter em mente que a capacidade processual e a capacidade postulatória não são sinônimas, nem tampouco se confundem, uma vez que se trata de institutos jurídicos distintos. A capacidade processual é nada mais que ter condição e/ou aptidão de integrar uma relação processual, ou seja, ser capaz civilmente para compor uma lide.

Tem-se que a capacidade processual se revela como uma verdadeira condição instrumental para validar a pretensão de estar

em juízo. Tal capacidade não se comporta somente pelo simples fato de integrar uma relação processual, como dito em linhas acima; na verdade, importa que se diga que a capacidade processual é aquela que atribui ao indivíduo o direito de estar em juízo por si próprio, ou seja, sem a representação ou assistência de outrem, mas na qualidade de parte. Esta capacidade não é uma capacidade material, mas sim a capacidade de exercer o seu direito material em juízo. Em outras palavras, diz respeito, tão-somente, a possibilidade de o indivíduo figurar por si mesmo e até mesmo para defesa de outrem numa demanda, mas sem que para isso necessite do “amparo ou tutela” de terceiros.

Ademais, a capacidade de ser parte todos tem, porém o que se quer debater é a capacidade processual, aquela que possibilita a pessoa física ou jurídica de estar em juízo, atuando por si próprio, defendendo os seus próprios interesses.

Segundo preceitua o hodierno diploma civilista, todo indivíduo adquire capacidade para estar em juízo, no exato momento em que completa 18 anos de idade<sup>9</sup>, e essa capacidade ditada pelo Código é a capacidade processual.

Entrementes, sabe-se que essa capacidade é absoluta, plena; porém não há de se olvidar as capacidades relativas, que são aquelas que inabilitam determinadas pessoas à prática de certos atos da vida civil, ou ao menos na forma de exercê-los, como por exemplo os menores de dezoito anos e maiores de dezesseis, ou ainda os pródigos.

Consoante leciona Humberto Theodoro Júnior, quando aduz sobre o tema: “consiste na aptidão de participar da relação processual, em nome próprio ou alheio”. (THEODORO, 1996, p. 78). Por ser pressuposto de validade processual, a ausência de tal capacidade poderá conduzir à extinção do processo sem resolução de mérito, fazendo coisa julgada formal. Assim, vê-se que a capacidade processual é inerente às condições de validade processual, e basicamente diz respeito à capacidade civil plena, aquela mesma do nosso atual Código Civil.



Palmilhando por outro diferente caminho, mas não tão distante deste já enunciado, urge asseverar acerca da capacidade postulatória, aquela que, em regra, é reservada aos profissionais regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil. Nesta espécie de capacidade, vislumbra-se postulação em juízo, por assim dizer, o “*jus postulandi*”. Não se trata da mera capacidade de estar em juízo, mas sim de postular em juízo como se parte fosse.

Segundo aduz Misael Montenegro Filho: “capacidade postulatória apresenta-se como pressuposto de constituição válida do processo exclusivamente em relação ao autor, podendo quando ausente<sup>10</sup> [...] gerar a extinção da demanda sem resolução de mérito.” (Montenegro, 2007, p. 266/267).

A capacidade de postular em juízo como se parte fosse, é destinada aos advogados devidamente habilitados para tanto, aos representantes da Defensoria Pública e do Ministério Público. Entretanto, nem sempre é necessário ter capacidade postulatória para exercer o *jus postulandi*. Será que se pode afirmar isso?

Sabe-se que existem alguns casos em que o indivíduo “desprovido” de capacidade postulatória pode postular em juízo, como é o caso da Justiça Laboral, dos Juizados Especiais (quando a causa não superar o teto de 20 salários mínimos), bem como na hipótese do manejo de *habeas corpus*, que pode ser impetrado por qualquer um do povo, conforme dispositivo constitucional estampado na Constituição Federal do Brasil.

A capacidade postulatória habilita aquele que a detém a promover ações judiciais, produzindo as peças processuais e praticando atos inerentes ao exercício do *jus postulandi*, é também uma espécie de capacidade técnica, pois, em regra, a parte não possui conhecimentos específicos acerca de seus direitos, nem mesmo das normas materiais e processuais para conduzir um processo judicial, e conseqüentemente efetivar aqueles direitos.

A Constituição Federal de 1988 preceitua em seu art. 133, que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profis-

são, nos limites da lei". E em seguida, no art. 134, faz a advertência de que "a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV".

Desprende-se dos artigos acima transcritos, que a capacidade postulatória é, por via de regra, dos advogados. Ademais, a capacidade postulatória poderá e/ou deverá ser estendida aos representantes do Ministério Público, por exemplo. Esta capacidade postulatória conferida ao Ministério Público trata-se de expressa outorgada conferida pela Carta Maior, para que os representantes desta instituição possam, no bojo de suas atribuições, pleitear direitos sociais e individuais indisponíveis em juízo, como vemos nas letras do caput do art. 127, da CF 88.

Em suma, deve-se notar que tanto a capacidade processual, quanto a capacidade postulatória, são espécies do gênero "capacidade"; é bom saber que ambas têm desígnios e conceitos distintos, porquanto a primeira trata da qualidade para estar em juízo por si mesmo, e a segunda diz sobre a representação técnica da parte, bem como a própria postulação em juízo a fim de resguardar e representar os direitos da(s) parte(s).

Ademais, vale registrar que, para agir em juízo, é necessário ter legitimidade, sendo esta, como se sabe, uma das condições de validade da ação e diz respeito à titularidade do direito subjetivo material invocado, ou pelo menos ao interesse na relação processual decorrente do direito a ser litigado.

Tal legitimidade encontra restrições, pois que por vezes, a lei admitirá a legitimação extraordinária, que, em regra, induzira que somente poderá agir em juízo aquele que for titular do direito material pleiteado, pois caso contrário, a ação será invalidada por não concorrerem uma das condições para sua validade; isso se a lei não previr para o caso concreto tal excepcionalidade.

No tocante à capacidade de defesa dos animais em juízo, pode-se asseverar que podem valer-se dos expedientes de defesa, onde se alude ser "garantido o direito constitucional de provo-

car o judiciário, inclusive aos animais não-humanos, porém é necessário um vínculo entre os sujeitos da demanda e a situação jurídica afirmada, a fim de que autorize a parte legítima a agir em juízo e reivindicar seu direito”. (SILVA, 2008, p. 270)

É evidente ser garantido o direito de defesa judicial dos interesses dos animais não humanos e isso já desde remoto tempo, como estava garantido no Decreto 24.645/34, apoiados, ademais, nas garantias constitucionais, mas para tanto se velem dos institutos processuais da substituição ou da representação, e como tal podem figurar no pólo ativo ou passivo da relação processual posta em juízo, conforme nos reportaremos a seguir.

### 3.2. Animais postulantes

Os animais não- humanos convivem entre os humanos desde a Antiguidade, e mesmo assim até os atuais tempos, são objeto da sagaz procura humana por satisfação de seus interesses, em detrimento da vida animal. Severa contradição de tratamento para com os animais é vista na ambivalência de atitudes praticadas em países de extrema pobreza e países tidos como detentores de padrões médios de qualidade de vida, como é o caso dos Estados Unidos da América, onde as vacas são tidas como “hambúrgueres ambulantes”, em contrapartida na Índia, local em quem o gado bovino é imaculado. (LOURENÇO, 2007, p.22).

De igual forma se dá no Ocidente com relação aos cães, que nesta região são extremamente queridos, chegando-se a tê-los como membros da família, enquanto que nos países asiáticos servem de alimento. Pode-se notar que as disparidades relatadas só demonstram a ávida necessidade da criação de novos paradigmas no tocante aos direitos subjetivos dos animais, levando-se em consideração a desigualdade de tratamento que é dada aos iguais, afastando-se com rigidez de um dos pilares da justiça mundial, a qual postula tratar os desiguais na medida de suas desigualdades. Entretanto não é o que se vê quanto aos direitos

dos não-humanos, já que muitos dos iguais são tratados com desigualdade, furtando os direitos a eles inerentes.

Não existem teses unânimes para o tratamento jurídico que é dispensado aos animais, significando estes puros e simples objetos e/ou coisas, verdadeiros materiais de consumo e deleite do capitalismo humano. Ampliar a gama de direitos fundamentais para os não-humanos, reveste-se de um caráter de urgência; necessário se faz uma imediata mudança de paradigmas. Sobre o tema, impera transcrever as palavras de Daniel Braga Lourenço, quando aduz:

Esta ampliação deve ser seguida de uma também imprescindível extensão de direitos fundamentais para não-humanos, na qualidade de sujeitos de direito, não havendo argumentos sólidos para que continuemos a relegá-los à categoria meramente instrumental de coisa ou objeto. (LOURENÇO, p. 20, 2008).

Vale nesse ponto argumentar que, por mais que estes seres não possam exprimir vontades de forma objetiva, como acontece com os seres humanos, os animais não-humanos devem ser considerados como sujeitos de direitos e como tal devem figurar num dos pólos de uma relação processual defendendo os seus mais sagrados direitos.

Os animais, definitivamente, não podem ser considerados como *res nullius*, nem tampouco como produtos de consumo de uma sociedade capitalista e sanguinária. Tais seres possuem sim, direitos a serem preservados, e mesmo que admitida seja a sua condição utilitária no contexto do consumo vital, o que se constitui um absurdo, mesmo assim, tal uso jamais deve ser feito de forma ilimitada e indiscriminada, pois que há de serem observados critérios e limites mínimos, coibindo-se e abolindo-se toda forma de crueldade e abuso.

Desse modo, os princípios que regem o sistema jurídico hão de ser respeitados também na órbita animal, tais quais: ponderação de valores ou interesses, “dignidade da pessoa humana”, razoabilidade, igualdade, ou seja, vetores dentro de um ordena-

mento jurídico eficaz. Vale se considerar as advertências observadas e relatadas por Bertrand Russel, citadas por Daniel Braga Lourenço:

Não há qualquer razão para considerar os interesses humanos como superiores ou mais importantes que os dos animais. Podemos destruí-los mais facilmente do que eles a nós; essa seria a única base sólida para a postulação de nossa suposta superioridade. Valorizamos a arte e a literatura, justamente porque são áreas em que podemos nos aprimorar. Todavia, baleias podem valorizar os jatos d'água que produzem, enquanto que mulas podem sustentar que zurrar é algo mais admirável que a música de Bach. Não podemos demonstrar que estão enganados, a não ser pelo uso arbitrário do poder. (LOURENÇO, 2007, p. 391).

De fato, os interesses subjetivos dos animais, obviamente são tão importantes quanto os dos humanos, simplesmente pelo fato de que ambos os seres respiram e são sencientes, capazes de sentirem dor, felicidade, responder a estímulos. Os direitos dos homens devem sim ser respeitados, mas é imperioso que o mesmo juízo e compaixão quanto aos interesses dos seres humanos sejam atribuídos aos não-humanos, na medida de suas necessidades.

Deve-se lembrar do forte argumento base para veemente defesa dos animais como sujeitos de direitos que se encontra respaldado na “dorência”, que é a capacidade de sentir dor, ou conforme predileção do psicólogo, cientista e filósofo britânico Richard Ryder, na “*painient*” “(*dorente*)”, pois na concepção de Ryder, a palavra dor designa não só os sofrimentos físicos, como também outros estados que acompanham o termo.

Ainda de acordo com a doutrina de Ryder, dor é sempre dor, não importando qual seja o sujeito que a experimenta, e não causar dor ou sofrimento a outrem é imperioso, trata-se de um dever, ressaltando que os não-humanos têm o direito de não passarem por sofrimentos indiscriminados, desnecessários, e isso define por si só o sentido de defesa de interesses.

A grande questão, quando se fala em animais como sujeitos de direitos, é de descaracterizá-los da condição de coisa/bem/propriedade, e integrá-los à categoria de pessoa ou sujeitos. Esse é o enorme tormento da geração hodierna. Como destravar este dogma, e elevar uma categoria despersonalizada e despersonalizada a tal condição?

A resposta para a indagação acima proposta não possui uma fórmula tão simples, porém o motivo pelo qual se procura tal rebate, este sim, possui. Pois, como já traçado, sentir dor e não ter o direito à defesa justa e igualitária é o vetor de todas as indagações a respeito da questão de direitos subjetivos dos animais. E além dos critérios de “dorência”, é também relevante a adoção dos critérios concernentes à proximidade genética de algumas espécies, como por exemplo, os primatas.

É inegável o acostamento de seres como os chimpanzés ao status de homem, em que pese suas características similares, como: compleição física, capacidade de raciocínio, dentre outros atributos, e pelo menos a “liberdade corporal” já lhe devia ser assegurada como um direito fundamental<sup>11</sup>.

Porém, tal critério não dever ser admitido como base para a fundamentação desses direitos, se alegada isoladamente, ou seja, há que se apontar outros argumentos para a defesa rica dos contextos nesta obra expostos. Vê-se que diferentes teorias são apresentadas para solucionar o mote em cotejo, entretanto, tais teorias encontram sérios obstáculos propostos pelos que refutam a idéia de ter os não-humanos direitos subjetivos a serem tutelados. Grande parte dos civilistas advoga a tese contrária aos direitos dos não-humanos, os considerando somente como coisas, e conseqüentemente, propriedade dos seres superiores: OS HUMANOS.

O termo “pessoa” advém do latim *persona*, ou seja, máscara que possibilitava o ator no teatro grego representar um papel. O atual Código Civil retirou a expressão “homem”, substituindo-a pelo termo “pessoa”, revelando clara intenção de distinguir tais expressões no universo jurídico, entretanto as duas realida-

des podem conviver sem que estas se anulem, pois considerando o que adverte Kelsen, que a definição de pessoa tem haver com a realidade jurídica e não com a condição fática e biológica, pois em diversos momentos da história já foi visto que o conceito de pessoa foi construído de acordo com posições políticas e/ou culturais, já que até os humanos já foram, outrora, excluídos das acepções que compõe este termo, a exemplo das mulheres, escravos e grupos étnicos.

A utilização da teoria dos entes despersonalizados é apta a inserir os não-humanos na categoria jurídica de sujeitos de direitos, a partir de uma distinção entre “pessoa”, do ponto de vista jurídico, e “sujeito de direito”. Para Fábio Ulhoa Coelho, o conceito de sujeito de direito gira em torno das obrigações e direitos apostas pelas normas jurídicas aludindo que “nem todo sujeito de direito é pessoa e nem todas as pessoas, para o direito são seres humanos.” (COELHO, 2003, p.138). Conforme as lições do citado autor, a categoria “sujeitos de direitos” seria um gênero, tendo os sujeitos não personificados como espécie, e como tais seriam também titulares de direitos e deveres, incluindo neste rol os seres não-humanos.

Portanto, mesmo aqueles entes que não são considerados como pessoas podem figurar como sujeitos de direito, e consequentemente possuir capacidade processual, como é o caso de alguns entes despersonalizados, e, sendo desse modo, os animais se caracterizam plenamente como sujeitos de direitos, mesmo sem que para isso seja necessário classificá-los como pessoas, tão-somente como entes despersonificados, entretanto titulares de direitos, como nos ensina Daniel Braga Lourenço, citando o Ministro Vicente Cernicchiaro, que afirma: “Autor e réu, porque dotados de personalidade jurídica, exercem direitos e obrigações. Alguns seres, apesar de carentes dessa personalidade, são admitidos em juízo, como o espólio, a herança jacente e a massa falida [...] (LOURENÇO, 2008, p.519).

Sem que haja uma razão moral relevante, não se pode tratar indivíduos de forma diferente, pois caso contrário a justiça ja-

mais será praticada, devendo, portanto, prevalecer a igualdade individual, rechaçando as concepções utilitárias e perfeccionistas, como Regan assinala:

A rejeição ao utilitarismo se dá em razão de transformar os indivíduos em meros receptáculos, ou seja, o que é intrinsecamente valorado é alguma qualidade, tal qual o prazer ou, de acordo com SINGER, a preferência e não o indivíduo [...] descuidam do valor do intrínseco, pois em função da “utilidade”, os interesses individuais podem ser sacrificados em nome da maximização da felicidade, do bem-estar, ou da preferência do maior número. O perfeccionismo, por sua vez, sustenta que o que é devido aos indivíduos depende do quanto estes se aproximam de um padrão de excelência previamente estabelecido, o que pode gerar o tratamento interpessoal altamente desigualitário e diferenciado. (REGAN, 1989, p.68).

Assim, vê-se que os animais não-humanos não podem ser tratados meramente como objeto de prazer e utilitarismo humano, uma vez que tais animais possuem valores inerentes.

Retornando ao pensamento da defesa dos interesses em juízo se torna claro que mecanismos processuais devem garantir amplamente o acesso a justiça e proteção dos seus interesses.

### 3.3. Substituição e representação

É importante destacar inicialmente as figuras processuais da substituição e da representação processuais. Na substituição processual ou legitimação extraordinária, o substituto age em nome próprio, porém defende interesses alheios, e para que ocorra a substituição processual é forçoso que esta prática seja autorizada por lei. O Art. 6º do Código de Processo Civil dispõe que “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.”

Um dos mais recorrentes substitutos processuais é o Ministério Público, pois com a legitimidade extraordinária que faz jus, pratica todos os atos do processo, porém o direito material controvertido pertence àquele que está sendo substituído, não ao subs-



tituto. A possibilidade de atuação do Órgão Ministerial como substituto processual não possui um rol exaustivo, pois sempre que se notar a existência de um direito difuso ou coletivo a ser tutelado, um dos representantes do *Parquet* poderá e deverá atuar na defesa de tais direitos.

A representação processual é o avesso da substituição, pois na primeira, apesar do representante também ingressar na lide com o intuito de defender direito alheio, nesta modalidade o pleito será feito em nome de outrem, ou seja, do titular do direito, como por exemplo, acontece nos casos em que os genitores representam seus filhos, com o desiderato de proteger os direitos daqueles, e em nome daqueles.

Importa salientar que na representação processual, a parte continua sendo o representado, pois o representante não é parte, tão-somente, um instrumento meramente processual para exercer os direitos da parte, por esta não ter capacidade processual para estar em juízo de forma autônoma na defesa de seus interesses.

Retornando ao aspecto que interessa, destaca-se o Decreto 24645/34 que assegura que os animais serão assistidos em juízo pelos Representantes do Ministério Público, seus substitutos legais e pelos membros das sociedades protetoras de animais, como diz sobre o tema Trajano:

Se tratando de um animal individualizado, em que fique fácil a identificação do substituído, pode-se dizer que, com base no Decreto nº 24.645/34, o sistema brasileiro busca adotar uma postura que leve o animal a juízo em nome próprio no âmbito civil, através de um representante legal, o guardião. Contudo, em casos de crimes ambientais com base na lei 9.605/98, o Ministério Público deverá ser indicado como legitimado extraordinário para ações em juízo, a fim de cumprir seu papel como titular da ação penal pública. O Ministério Público atuará como substituto processual, em que irá defender em nome próprio interesse indisponível a vida do animal. (SILVA, 2008, p. 274/275).

Nesse primeiro momento processual, os representantes do Ministério Público aparecem como aqueles que agem em nome e defesa dos interesses dos animais. São dessa forma, legitimados à defesa de qualquer fato que implique em ofensa aos direitos dos animais: os representantes do Ministério Público e as entidades protetoras dos animais, podendo se valer de todos os meios judiciais, como ação civil pública, os procedimentos investigatórios, inquéritos, ou outro meio hábil para a efetivação desses direitos.

Vê-se, portanto, as figuras da substituição a serem exercidas pelo *Parquet*, pelas sociedades e associações de proteção animal em geral, e pelo cuidador do animal. Da mesma forma, a representação é bem possível e compete aos guardiões: as sociedades protetoras.

#### **4. Considerações finais**

A consideração dos animais não-humanos como sujeitos de direito é um novo modo de se enxergar o arcabouço jurídico, e essa assertiva se constitui em indicar na tomada de novas diretrizes com consequências por demais diferenciadas no mundo jurídico atual em contraste com o outrora erigido. Desta paradigmática visão, influências desembocam no âmbito processual, onde o número de causas em que se busca a proteção dos interesses animais crescem em rito acelerado, procurando banir a crueldade, maus tratos, opressão, desamor para com toda espécie animal. De fato, muitos fatores influenciaram para a identificação do animal não humano como aquele desprovido de direitos, mas tal posição vem cedendo lugar em acirrados e contínuas discussões nos mais variados campos do conhecimento, de forma a se procurar demonstrar com veemência que os interesses dos animais não humanos não se subordinam aos dos animais humanos.

Ao examinar-se o art. 225, *caput*, da Constituição Federal, observa-se a ênfase do legislador em inserir no sistema normativo nacional novos parâmetros, trazendo fundamentos outros a alicerçar as relações entre homens e animais, quais não podem ser afastados pelo aplicador do direito.

O Direito Animal alicerçou-se alcançando a visibilidade da questão sobre a dignidade dos animais que possuem direitos e como tal, devem se utilizar e se servir dos meios processuais a proteção e tutela dos seus interesses.

Exige-se a formação de novas posturas, de forma a ser consagrado e reconhecido um novo *status* jurídico para os animais não humanos e isso já está implantado que as garantias processuais do contraditório, devido processo legal e acesso se robustecem a cada instante. Não se negará a defesa dos interesses dos animais não humanos que contam com legitimidade jurídica para figurar em juízo, seja no pólo ativo ou passivo da relação processual, podendo utilizar das vias mais adequadas a preservação dos seus direitos e exigirem o cumprimento de obrigações, o que o farão através dos institutos jurídicos da substituição processual ou da representação processual, conforme se caracterize a espécie.

São os animais não humanos novos sujeitos de direito, reconhecimento este que especificamente redundará na preservação de todas as espécies em prol de um mundo mais íntegro e sustentável, onde a cooperação será um marco ideal, sustento de uma nova forma de vida e da construção de um mundo de comunhão e paz.

## REFERÊNCIAS

ALVIN, Angélica Arruda. Princípios Constitucionais do Processo. **Revista de Processo**. São Paulo. A 19. N. 74, 1994.

BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **A nova interpretação constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BENTHAM, Jeremy. **Uma Introdução aos princípios da moral e da Legislação, 1789.** Coleção Os Pensadores. São Paulo, Abril Cultural, 1979.

BOFF, Leonardo. **Ética da vida.** 2ª. Ed. Brasília: Letraviva, 2000.

\_\_\_\_\_. **Saber cuidar: ética do humano – compaixão pela terra.** 8ª. ed. Petropolis: Vozes, 2002.

CASTRO, João Marcos Adede y. **Direito dos animais na legislação brasileira.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

DANTAS, David Diniz. **Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos.** São Paulo: Madras, 2005.

DIAS, Edna Cardozo. **A tutela jurídica dos animais.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

DIDIER, JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação.** Saraiva: São Paulo, 2006.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil.** Edições Podium: Salvador, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** São Paulo: Saraiva, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direito a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GORDILHO, Heron José de Santana. **Abolicionismo animal.** Salvador: Evolução, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito Ambiental Pós-Moderno.** Curitiba: Juruá, 2009.

GRENZ, Stanley J. **Pós-modernismo: um guia para entender a filosofia do nosso tempo.** Trad. Antivan Guimarães Mendes. São Paulo: Vida Nova, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Garantia constitucional do direito de ação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

\_\_\_\_\_. **Crítica da Razão Prática**. Tradução de Rodolfo Schaefer. São Paulo : Martin Claret, 2005.

LOURENÇO, Daniel Braga. **Direito dos Animais: fundamentação e novas perspectivas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais**. 3. ed. Lisboa: Coimbra, 2004.

MONDIN, Battista. **Curso de filosofia**. Os filósofos do Ocidente, São Paulo: Paulus, 10. ed., 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da república Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental sistematizado**. São Paulo, Forense Universitária Ltda, 1992.

NACONECY, Carlos M. **Ética & Animais: um guia de argumentação filosófica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

PRADO, Davi. **Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do Direito**. Rio de Janeiro: Lúmem Júris, 2003.

RODRIGUES, Danielle Tetu. **O direito e os animais**. Uma abordagem ética, filosófica e normativa. 2.ed. Curitiba, Juruá, 2008.

REGAN, Ton. **Jaulas Vazias: encarando o desafio dos direitos animais**. Porto Alegre: Lugano, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo. Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo, Malheiros Editores, Ltda, 1994.

SINGER, Peter. **Libertação Animal**. Porto Alegre: Lugano, 2004.

\_\_\_\_\_. **Ética Prática**. São Paulo: Martins Fontes, 1994

SILVA, Tagore Trajano de Almeida. **Capacidade de ser parte dos animais não humanos**: Repensando os institutos da substituição e representação processual. Revista Brasileira de Direito Animal. Salvador: Evolução, 2008. n. 5.

SOARES, Ricardo Maurício. **A crise da modernidade jurídica**. Salvador: EDUFBA, 2000.

\_\_\_\_\_. **Devido processo Legal: uma visão pós-moderna**. Salvador: JUSPODIVM, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito, justiça e princípios constitucionais**. Salvador: JUSPODIVM, 2008.

THEODORO Jr, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro. Forense. 1996.

**Vade Mecum Compacto**, Saraiva, São Paulo, 2009.

## NOTAS

- <sup>1</sup> O Dicionário Aurélio define Metempsicose como uma doutrina segundo a qual uma mesma alma pode animar sucessivamente corpos diversos, homens, animais ou vegetais; transmigração. Essa palavra que em grego *metempsychosis* e no latim *metempsychose*, vem encontrar na filosofia seu mais importante significado. Pitágoras não criou essa doutrina e sim a acolheu certamente dos egípcios e esses por sua vez da cultura dos indianos.
- <sup>2</sup> Segundo Danilo Marcondes adverte: “Sócrates caracterizou seu método como maiêutica, que significa literalmente a arte de fazer o parto, uma analogia com o ofício de sua mãe que era parteira. Ele também se considerava um parteiro, mas de idéias”. (MARCONDES, 2005, p.48).

<sup>3</sup> Esse termo foi usado pela primeira vez pelo psicólogo Richard Ryder em 1970, assim advertindo: “O especismo palavra veio a mim enquanto eu estava deitado em uma banheira em Oxford há 35 anos. It was like racism or sexism - a prejudice based upon morally irrelevant physical differences. Era como racismo ou sexismo - um preconceito baseado moralmente irrelevantes diferenças físicas. Since Darwin we have known we are human animals related to all the other animals through evolution; how, then, can we justify our almost total oppression of all the other species? Desde Darwin já sabemos que somos animais humanos relacionados com todos os outros animais através da evolução, como, então, podemos justificar a nossa opressão quase total de todas as outras espécies? All animal species can suffer pain and distress. Todas as espécies animais podem sofrer de dor e angústia. Animals scream and writhe like us; their nervous systems are similar and contain the same biochemicals that we know are associated with the experience of pain in ourselves. Os animais gritam e se contorcem como nós, os seus sistemas nervosos são similares e contêm as mesmas substâncias bioquímicas que sabemos que são associados com a experiência da dor em nós mesmos” (Ryder, Richard. “All beings that feel pain deserve human rights”, *The Guardian*, 6 de agosto de 2005. Página visitada em 03 de outubro de 2010). O professor Dr. Heron Santana define especismo como um conjunto de idéias, pensamentos, doutrinas e visões de mundo, que têm como ponto de partida a crença de que os animais não-humanos, sendo destituídos de atributos espirituais, não possuem nenhuma dignidade moral. (GORDILHO, 2008, p. 20)

<sup>4</sup> [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1678-31662007000300002&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1678-31662007000300002&script=sci_arttext)

<sup>5</sup> Charles Darwin (1809 – 1882, inglês) afirma que os organismos evoluem sem o menor propósito ou finalidade, através de um mecanismo seletivo, onde as pressões externas escolhem os indivíduos mais aptos e destroem os mais fracos. Com isso a espécie mantém características que serão vitais para a sua sobrevivência em determinado ambiente, passando essas de geração à geração. Não obstante, diz que os animais atuais não foram criados da maneira que hoje se apresentam, mas são frutos de processos evolutivos ainda não estagnados. À isto chama-se seleção natural, mecanismo evolutivo o qual todas as espécies evoluem (do homem às bactérias), contrariando o Lamarckismo que defendia que as diferenças anatômicas se devem aos interesses individuais.

<sup>6</sup> A Constituição Política do Império foi outorgada em 25 de março de 1824, por Dom Pedro Primeiro. O artigo 179, n.18, da Constituição Imperial faz a exigência de criação dos códigos cíveis e penais, prescrevendo: “Organizar-se-á quanto antes um código civil e criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e eqüidade”. Assim, Consolidação das Leis Cíveis, nasce do espírito de organizar as leis do novo Estado Imperial, tendo sido contratado o Jurista Augusto Teixeira de Freitas que cuidou da elaboração compilar que restou em um extensa legislação, vindo no Livro LIVRO I - DOS DIREITOS REAES -, no TITULO I – DO DOMINIO – a advertir sobre a propriedade dos animais silvestre em razão da captura ou ocupação. As assertivas de Teixeira de Freitas quando se manifesta sobre o tema da Ocupação, faz as seguintes notas de modo a esclarecer que “A ocupação é um dos meios originarios de adquirir doininio, do mesmo modo que a accessão, titulo pelo qual os filhos de escravas pertencem aos senhores dellas, ainda que o pai seja livre - par-lus seqzcitur ventrern-.Os filhos de escravas (Cod. da Luiziana Arts. 491 e 492) entrão na ordem dos fructos naturaes, como as crias dos animais”. Como vemos a legislação em torno dos animais é analisada em vista do Direito de propriedade. Vejamos: Art. 885. Adquire-se o dominio dos animaes silvestres pela sua captura, ou ocupação. Art. 886. A caga, e a pesca, são geralmente permittidas, guardados os regulamentos policiaes . Art. 887. Não é porém licito, sem licenca do respectivo proprietario, caçar em terrenos alheios murados, ou vallados. Art. 888. Em terrenos abertos a caça não é prohibida, salvo o prejuizo das planiagbs, e ficando o caçador responsável pelos damnos que causar.

<http://www.archive.org/details/ConsolidaoDasLeisCivis>, visitada em 15 de outubro de 2010.

<sup>7</sup> [http://www.pensataanimal.net/index.php?option=com\\_content&view=article&id=164:escravidao-exploracao-animal&catid=63:danielblourenco&Itemid=1](http://www.pensataanimal.net/index.php?option=com_content&view=article&id=164:escravidao-exploracao-animal&catid=63:danielblourenco&Itemid=1), visitado em 16 de outubro de 2010.

<sup>8</sup> <http://jus.uol.com.br/revista/texto/7667/os-animais-como-sujeitos-de-direito>, visitado em 16 de novembro de 2010, ás 10.30 hs.

<sup>9</sup> Vade Mecum Compacto, 1º Ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 2009. P.143

<sup>10</sup> Já que a sua ausência em relação ao réu apenas gera o decreto da revelia processual, sem contaminar a própria existência da relação jurídico-processual, que segue íntegra no aguardo de que seja prolatada sentença



judicial, autorizando-se que se dê de forma antecipada, dispensando-se a fase de instrução probatória.

- <sup>11</sup> Trecho da petição do *Habeas Corpus*. In *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador: Instituto Abolicionista Animal, 2006, v.1, nº1, p. 275.

Recebido em: 28/11/2011.

Aprovado em: 02/02/2012.



# ÔNUS DA PROVA NOS CRIMES DE VIVISSECÇÃO

(“Burden of proof in Vivisection crimes”)

*Priscila Magalhães Pessoa\**

**RESUMO:** este trabalho tem o escopo de apontar o sujeito processual a qual pertence o ônus da prova na demonstração da existência dos “recursos alternativos”, termo presente no crime do art.32, §1º da lei nº9605/98, tomando como parâmetro a corrente doutrinária majoritária sobre o assunto. A fim de cumprir, de forma eficiente, tal propósito, a autora, inicialmente, discorre sobre a vivissecção, as suas formas de combate e os recursos alternativos existentes a tal prática, para, em seguida, analisar os elementos do referido dispositivo legal e as regras de ônus da prova do mesmo.

**PALAVRAS-CHAVE:** vivissecção, recursos alternativos – Lei nº9605/98, ônus da prova

**ABSTRACT:** This article intends to point the processual person who owns the duty of proving (burden of proof) of the expression “alternative sources”, which is shown in the crime of art. 32, §1º of the nº 9605/98 Act, attending the majority doctrine of this legal thought. By the way, the writer’s intention is: analyse at first the vivisection of animals, many ways of fighting it and its alternative sources; and at last, analyse all the elements of this legal dispositive (legal provision), including its duty of proving rules.

**KEYWORDS:** vivisection, alternative sources – nº9605/98 Act, duty of proving

---

\* Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Visissecção - 2.1. Conceito - 2.2. Alguns procedimentos visissecionistas - 2.3. Algumas conseqüências maléficas da visissecção - 2.4. Combate à visissecção - 2.5. Recursos alternativos a visissecção - 3. Ônus da prova no art.32, §1<sup>a</sup> da lei nº9605/98 - 3.1. Importância da Lei nº9605/98 enquanto diploma penal ambiental - 3.2. Elementos do crime descrito no art.32, §1<sup>o</sup> da lei nº9. 605/98 - 3.3. O instituto da prova no processo penal - 3.4. Ônus da prova no processo penal - 3.5. Ônus da prova na demonstração dos recursos alternativos no crime do art.32, §1<sup>o</sup> da lei nº9605/98 - 4. Conclusão - 5. Referências

## 1. Introdução

O artigo 32, §1<sup>o</sup> da Lei nº 9.605/98 tipifica a visissecção quando há recursos alternativos disponíveis, ocorre que o termo “recursos alternativos” é fonte de dúvidas e divergências para muitos operadores do direito, não apenas quanto ao seu real significado, como quanto a sua demonstração dentro do processo penal. A fim de reduzir tais incertezas, o presente trabalho busca trazer à baila o significado do referido termo que melhor se coaduna com as premissas do direito animal, os princípios constitucionais e as regras do Direito Penal ambiental.

Sendo assim, no primeiro momento, será traçada a conceituação da visissecção, bem como suas implicações e as formas alternativas a sua utilização, para em seguida, serem analisadas as regras de ônus da prova a partir das correntes majoritária e minoritária existentes na doutrina nacional, sendo que, ao final, será adotada a linha doutrinária mais adequada aos postulados defendidos neste artigo.

Deve-se ressaltar, ainda, que este trabalho considera a utilização do termo “animal”, quando empregada, pura e simplesmente, para designar os animais não humanos, incorreta, uma vez que já está consolidado, no campo científico, o entendimento que os humanos, também, se enquadram nesta categoria. Entretanto, por razões didáticas, nas linhas que se seguem, tal

termo será bastante empregado para denotar, apenas, os animais que não sejam humanos.

## 2. Vivissecção

### 2.1. Conceito

A prática da vivissecção é antiga. Os anatomistas Alemaeon de Cróston (500 a.C), Diocles de Caristo(séc.V a.C), Herophilus da Calcedônia(330-250 a.C) e Erasistratus de Quios(305-240 a.C) realizavam dissecações em animais para observar estruturas e formular hipóteses sobre seu funcionamento, sendo que Galeno(129-210 d.C), em Roma, foi o primeiro indivíduo, que se tem registro, a realizar a vivissecção com fins experimentais<sup>1</sup>.

Embora haja registros que a vivissecção em animais era utilizada na Antiguidade, ela só veio a desenvolver uma metodologia prática institucionalizada a partir das idéias de Claude Bernard. Este no século XIX realiza vários estudos sobre os efeitos da destruição da medula espinhal, perfuração do peito e secções de nervos e artérias em animais.<sup>2</sup>

O termo vivissecção significa “cortar um animal vivo”, sendo, porém, utilizado, de forma genérica para denominar qualquer meio de experimentação animal que implique intervenção com vistas a observar um fenômeno, alteração fisiológica ou estudo anatômico<sup>3</sup>. Neste sentido, a vivissecção representa “dissecação viva”, sendo que tal termo é empregado para definir experiências, realizadas em criaturas vivas, humanas ou não, que provoquem queimaduras, congelamentos, cirurgias não terapêuticas, indução de doenças ou danos intencionais em indivíduos sadios, mas também experiências psicológicas, teste com drogas, etc.<sup>4</sup>

Os vivisseccionistas compreendem que nossa obrigação para com os animais é apenas um dever para com a sociedade humana, já que causar sofrimento ou danos desnecessários aos animais é uma ofensa à vida civilizada e ao bem-estar da

humanidade.<sup>5</sup> Sendo que um número considerável de cientistas alega que os experimentos em animais são indispensáveis e que a maioria das descobertas do campo da medicina não seria possível sem este tipo de procedimento.<sup>6</sup>

A vivisseccção se legitima, portanto, dentro do campo científico, devido ao fato da ciência moderna estar erigida sobre falsas premissas, tais quais: a intervenção é superior à observação; o paliativo é preferível à prevenção; a evolução das espécies se dá por uma escala unitária progressiva e linear; um fenômeno só deve ser reconhecido como válido se ele puder ser repetido em laboratório<sup>7</sup>. A vivisseccção vigora, ainda, devido a fatores econômicos, visto que as experiências vivisseccionistas requerem a construção e manutenção de um aparato que vai desde instalação e manutenção de sistemas laboratoriais à venda de ração, gaiolas e animais para servirem de cobaias.

Desta forma, a falta de informação de considerável parte da população acerca de como se dá o procedimento dentro das salas dos laboratórios, bem como a falsa idéia de que estas experiências são o único meio eficaz de se obter resultados favoráveis no campo científico são motivos para manutenção de tal prática. Além disso, tem-se como causa desta situação o preconceito e a indiferença com que boa parte dos humanos encara os outros animais, tidos, muitas vezes, como meros objetos.

## 2.2. Alguns procedimentos vivisseccionistas

Existem inúmeros procedimentos vivisseccionistas que são utilizados em diversas áreas. Na educação, através, principalmente, de experimentos realizados nas faculdades da área de saúde, em empresas de cosméticos, para testarem a qualidade dos produtos, no campo armamentista, a fim de se testar as armas, pesquisa de programa espacial, no campo da cirurgia experimental, dentre outros. Greif<sup>8</sup> descreve quais são os experimentos mais freqüentes no âmbito das universidades nos cursos da área de saúde:

1. **Miografia.** Consiste na retirada de um músculo esquelético, geralmente, da perna da rã, onde se procura estudar a resposta fisiológica a estímulos elétricos, sendo que o músculo é extraído da rã, ainda, viva, apenas, anestesiada com éter.

2. **Sistema cardiorrespiratório.** Um cão é anestesiado, tem seu tórax aberto e observa-se os movimentos pulmonares e cardíacos, sendo que, em seguida, há aplicação de drogas, como adrenalina e acetilcolina, para estudo da resposta dos movimentos cardíacos. O experimento termina com a injeção de uma dose elevada de anestésico para causar parada cardíaca.

3. **Estudos psicológicos.** São realizados em diversos animais e consiste em: privação de água ou alimento, experimentos com cuidado materno, onde a prole é separada dos genitores, indução de estresse, utilizando-se choques elétricos, por exemplo. Alguns animais são mantidos durante toda a vida em condições de experimentos, outros são mortos pelas condições extremas de estresse ou quando não podem mais ser utilizados.

No âmbito das empresas de cosméticos, pode-se citar, como exemplo da utilização da vivisseção, o teste de irritação dos olhos, teste *draize*<sup>9</sup>, utilizado para medir o efeito nocivo dos ingredientes químicos encontrados em produtos de limpeza e em cosméticos. Os coelhos são os animais mais utilizados neste tipo de procedimento, pois são baratos e fáceis de manusear, sendo que o fato de possuírem olhos grandes traz a facilidade de se observar os resultados. Para prevenir que arranquem seus olhos, eles são imobilizados, sendo seus olhos são mantidos abertos por clips de metal, sendo que durante a realização do experimento esses animais sentem dor extrema, uma vez que não são anestesiados enquanto respinga, constantemente, o produto químico disparado por um objeto. Depois disto, alguém observa os resultados, sendo que, após o experimento, eles são mortos para se verificar os efeitos internos dessas substâncias experimentadas.

No campo armamentista, os animais são submetidos à irradiação de armas químicas, apresentando sintomas como vômito, salivação intensa e letargia, usado em testes balísticos, sendo utilizados como o alvo, provas de explosão, os animais são expostos ao efeito de bombas, são, ainda, submetidos aos testes com gases tóxicos. É importante que se ressalte que tais testes são realizados com o propósito precípua de testar a eficiência das armas e não aprimorar o tratamento das vítimas de guerras<sup>10</sup>.

Na pesquisa de programa espacial, geralmente são usados macacos e cães. Estes são lançados ao espaço por meio de balões, foguetes e cápsulas espaciais, mísseis e pára-quedas. Sendo que, ao final, são avaliados os parâmetros fisiológicos das cobaias, agulhas, máscara, etc. Testes comportamentais e de gravidade também são realizados.

No campo das cirurgias experimentais e práticas médico-cirúrgicas, cães, gatos, macacos e porcos são usados como modelos experimentais para o desenvolvimento de novas técnicas-cirúrgicas ou aperfeiçoamento das já existentes. Cirurgias torácicas, abdominais, neurológicas são constantemente realizadas. Não é raro, nestes procedimentos, encontrar animais mutilados, com seus membros quebrados, costurados, decapitados, sem nenhum uso de anestesia.<sup>11</sup>

### 2.3. As conseqüências malélicas da vivisseccão

A prática da vivisseccão não é apenas um ato de crueldade com os animais, mas, também, um risco à saúde humana enquanto método da ciência, uma vez que parte do pressuposto que uma dada reação verificada em um rato, por exemplo, pode ser expandida ao ser humano. Além disto, no campo acadêmico, a conseqüência é a formação de profissionais do ramo da saúde, não apenas insensíveis diante da dor dos animais não-humanos, como do próprio ser humano.



A metodologia, baseada em testes em animais, aplicada na ciência para se aferir se determinada droga é eficaz contra determinada doença, já causou danos graves aos humanos. Um exemplo marcante disto é talidomida. Em 1950, os testes com a substância em roedores não acusaram problemas, uma vez que estes metabolizam a droga de uma forma diversa da dos seres humanos, sendo que, ao ser aplicada nestes últimos, acarretou a má formação fetal de milhares de crianças ao redor do mundo<sup>12</sup>.

Além disto, tem-se que em 1937, baseada em descobertas feitas em macacos, os pesquisadores tentaram prevenir a ocorrência de pólio através da pulverização nasal de crianças com produtos químicos. Tal tentativa, entretanto, não logrou êxito, culminando na perda de olfato por parte de algumas crianças imunizadas. Alber Sabin admitiu, na House Commitee on Veterans Affairs, que o fato de ter realizado pesquisas em macacos Rhesus atrasou em mais de 10 anos a descoberta da vacina para a pólio.

Uma explicação para tais desastres são as diferenças anatômicas e fisiológicas existente entre os humanos e os outros animais, porém muitos cientistas continuam por ignorar tal fato. Esta realidade pode ser encontrada nas palavras do Dr. Gianni Tamino, pesquisador da Universidade de Pádua e membro do Parlamento Italiano:

Tem sido demonstrado que os resultados da experimentação animal são inaplicáveis aos seres humanos. Existe uma lei natural relacionada ao metabolismo, de forma que uma reação que foi estabelecida para uma espécie é válida somente para aquela espécie em particular, e não para outra. Às vezes duas espécies bem próximas, como o rato e camundongo, podem reagir de maneira totalmente diferente<sup>13</sup>.

Malgrado diversos cientistas afirmem que o resultado com experimento em animais já salvou milhares de vidas humanas, eles ignoram os desastres que culminaram com a morte de várias pessoas, que tiveram que pagar com suas próprias vidas

por conta desta prática fraudulenta que toma como parâmetros, coelhos e macacos para afirmar o que é perigoso e o que é benéfico para os humanos<sup>14</sup>.

## 2.4. Combate à vivisseccção

Durante os anos de 1870, formaram-se associações com intuito de abolir a vivisseccção, tais como British Union for the Abolition of Vivisection (União Britânica para Abolição da Vivisseccção e a National Anti-Vivisection Society (Sociedade Nacional Antivivisseccção). Já em 1906, um evento famoso ficou conhecido como o Brown dog affair<sup>15</sup> (o caso do cachorro marrom), que aconteceu quando dois alunos de medicina tornaram públicas as descrições dos procedimentos cruéis de experimentação feitas em cães e adotadas em instituições médicas.

Tal incidente levou a confecção de uma estátua de um cachorro marrom no Battersea Park, em Londres, pelo International Anti-Vivisection Council (Conselho Antivivisseccção International): um simbólico memorial para animais torturados em laboratórios. Um ano depois, em torno de cem alunos de medicina tentaram remover a estátua, mas moradores da região a defenderam com sucesso. Embora, a estátua tenha desaparecido em 1910, no mesmo ano milhares de pessoas compareceram a um protesto contra a vivisseccção em Trafalgar Square, sendo que tal fato ocasionou grande publicidade e questionamentos, inclusive na imprensa acerca da vivisseccção.

Podemos afirmar que, basicamente, há duas correntes acerca da vivisseccção: os abolicionistas e os alternadores. Os abolicionistas refutam qualquer tipo de tentativa de extrapolação de dados obtidos de animais para seres humanos. Já os alternadores objetivam usar o menor número possível de animais nas experiências científicas e métodos indolores de experimentação, se posicionando a favor de um comitê de ética para fiscalizar a experiências nos laboratórios. Na verdade, os adeptos dessa cor-

rente não se posicionam contra a substituição total dos animais nos testes laboratoriais.

Uma forma individual de se posicionar contra a vivissecção é através da objeção de consciência, direito assegurado no texto constitucional em seu art.5<sup>a</sup>, VIII. Sendo assim, o estudante pode se recusar a participar das aulas que são ministradas com auxílio de procedimentos vivissecionistas, requisitando da instituição de ensino a utilização dos recursos alternativos no lugar do uso de animais. Um exercício interessante deste direito ocorreu nos Estados Unidos, em 1987, quando a aluna Jenifer Graham objetou-se a dissecar um animal e foi ameaçada pela escola, sendo que Jenifer recorreu a um tribunal na Califórnia, que a partir disto abriu precedentes para construção da lei atual, que dispõe que é um direito do aluno não utilizar animais de forma destrutiva e prejudicial. Desde o incidente com Jenifer, milhares de estudantes, ao redor do mundo, optaram por cursar disciplinas nas áreas biológicas sem a utilização de animais como cobaias<sup>16</sup>.

A situação que prevalece no Brasil, no entanto, é de total desrespeito dos estabelecimentos de ensino em relação ao direito de objeção de consciência dos alunos. Estes, na maioria das vezes, são constrangidos a participar de aulas que lesionam seus valores morais sob a ameaça de reprovação ou expulsão do curso.

Um exemplo disto está no caso do estudante Rober Freitas Bachinski<sup>17</sup>, do curso de biologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, que tentou ser dispensado das aulas que adotam a vivissecção, sendo que sua atitude foi rechaçada pela Universidade sob a forma de reprovação nas disciplinas. Bachinski, objetivando ver seus direitos garantidos, entrou com uma ação em face da Universidade, fundamentada-a na violação do seu direito de objeção de consciência, sendo que obteve, através da sentença emanada do juiz Cândido Alfredo Silva Leal Júnior, da Vara Federal Ambiental, Agrária e Residual de Porto Alegre, a garantia de não ser obrigado, nem coagido, a assistir as aulas de Bioquímica II e Fisiologia Animal.

No Brasil, os principais entraves para a efetiva substituição de animais nas universidades são oriundos da falta de informação por parte dos estudantes e professores, a carência de discussões sobre alternativas existentes, bem como sobre aspectos pertinentes as conseqüências maléficas do uso de animais na educação.

## 2.5. Recursos alternativos à vivisseção

O termo “recursos alternativos aos testes em animais” pode ser definido, basicamente, de duas maneiras conforme se adote uma postura abolicionista ou não abolicionista. Sendo assim, tomando-se por base a ideologia dos 3R’s (*replacement, reduction e Refinement*/Substituição, redução e refinamento), é possível definir como recursos alternativos todos aqueles métodos que objetivem a diminuir a quantidade de animais utilizados para se executar uma dada experiência, bem como reduzir o sofrimento do animal através do melhor treinamento de pessoal e refinamento da técnica e, por fim, sempre que possível, a completa substituição do uso dos animais por outros métodos<sup>18</sup>.

Porém, aos abolicionistas parece que o melhor conceito para se definir *métodos alternativos* é aquele que se propõe a uma efetiva e total substituição dos animais nas experiências. Isto porque não seria correto se valer de uma expressão que dá a impressão de proteção aos animais para, no fundo, se aprimorar a utilização desses seres nas experiências.

O termo “recursos alternativos” é questionado pelo Dr. Croce<sup>19</sup>, uma vez que a sua utilização reforça a idéia de que a vivisseção seja o método padrão e correto para se aferir uma conclusão científica, quando na verdade, tem-se inúmeros exemplos de avanços na saúde humana ou animal, onde se aplicou métodos que não se utilizavam de animais.

As vantagens da utilização de meios alternativos são inúmeras, dentre elas podemos citar: a aquisição dos modelos não animais, apesar de ser mais cara, é compensada, a médio e longo

prazo, uma vez que tais modelos possuem vida útil indeterminada, e quando são descartados, as peças de reposição podem ser adquiridas separadamente, sem a necessidade de aquisição do sistema completo; A liberdade do aluno, quando eles interagem com *softwares* e modelos artificiais, é maior, uma vez que eles podem repetir ou aprofundar um dado estágio do experimento, podendo, inclusive estudar em sua própria casa. Além disso, tem-se que a utilização desses meios não fere princípios éticos e morais de nenhum estudante, além de passar uma mensagem ao estudante de respeito e sensibilidade para com as outras formas de vida.

Ao contrário, da conclusão de Paulo de Bessa Antunes, em sua obra *Direito Ambiental*<sup>20</sup>, quando de sua análise ao termo “recursos alternativos”, empregado no §1º do art.32 da lei de crimes ambientais, os métodos alternativos não implicam, necessariamente, que tenha que se testar determinado remédio ou droga diretamente em seres humanos. A afirmação do autor reflete a falta de conhecimento de muitos acerca dos métodos alternativos existentes.

Com efeito, a eficácia dos recursos alternativos pode ser comprovada por diversos estudos sobre o assunto, sendo que tais procedimentos já estão sendo aplicados em diversas universidades do mundo, mostrando, portanto, que a utilização de animais na educação é uma prática obsoleta que só se sustenta por razões outras que não a da aferição do melhor conhecimento científico.

Existem vários recursos alternativos que podem ser utilizados na educação cuja aplicação e escolha do modelo variam conforme a necessidade específica do aluno, podendo ser utilizado desde o nível fundamental ao universitário. Encontram-se disponíveis *softwares*, livros, modelos plásticos de anatomia humana e animal, vídeos, videodiscos, *slides* e fotografias, simuladores, dentre outros. A seguir serão descritos alguns exemplos de recursos alternativos<sup>21</sup>, conforme a área do conhecimento educacional:

No campo da Zoologia geral no lugar de se utilizar a dissecação de invertebrados, sapos, ratos e aves, poderia ser usado:

- softwares, tais como *Visifrog*, um programa de computador que utiliza recursos gráficos de alta resolução, incluindo teoria e testes sobre estruturas anatômicas e suas funções biológicas em sapos; *Classifying Animals Without Backbones (49sergio)*, programa que explora a anatomia externa de vertebrados e direciona o aluno ao aprendizado de classificação dos animais conforme seu ciclo de vida, suas estruturas, habitats e hábitos.

- Livros, tais como *Science Coloring Books*, *The Zoology Coloring Book*, publicado por *Harper Collins Publishing*, são apropriados para estudantes colegiais e universitários, *The Endangered Species Handbook* contém uma série de informações sobre espécies ameaçadas de extinção, da vida silvestre, *A Nacional Association for Humane and Environmental Education* dispõe um conjunto de informações sobre alternativas específicas para alguns dos mais comuns experimentos biológicos e de dissecação.

- Têm-se como modelos: *Zoology Models Activity Set*, que consiste em sete modelos de mexilhão, lagosta, minhoca, feto de porco, sapo, gafanhoto e perca, apresentados em livros em alto-relevo e transparência coloridos, *Zoology Set*, que trata de sete modelos de célula animal, ameba, hidra, minhoca, lagosta, gafanhoto e sapo, apropriado para a utilização de estudantes de nível médio e superior.

Já no campo do estudo do sistema muscular<sup>22</sup> tem-se disponível os seguintes recursos alternativos:

- Vídeos: *Major Skeletal Muscles and Their Actions*, apropriado para estudantes de ensino médio e superior, é um filme que mostra a musculatura responsável pelo movimento e estabilidade do corpo humano e *Muscle Chemistry of Contraction*, aborda a estrutura muscular, a teoria do deslizamento dos filamentos, o controle das atividades no músculo pela actina, miosina e ATP.

Na construção do conhecimento acerca do sistema cardiovascular, têm-se os seguintes meios:

- Softwares: *The Heart Simulator*, indicado para alunos do ensino fundamental e médio, neste programa existe várias demonstrações que representam a coordenação das câmaras do coração, fluxo sanguíneo e arterial e venoso, e interação entre coração e pulmão.

- Modelos: *Heart*, modelo com o dobro do tamanho do coração humano natural; *Heart Model*, modelo de coração humano divisível em duas partes, com as estruturas fundamentais de um coração de verdade representadas.

Quanto ao estudo do sistema reprodutor, urinário e excretor<sup>23</sup>:

- Vídeos: *Excretory System in Animals*, filme que traz uma comparação entre os mais variados sistemas excretores de diferentes animais; *Renal Dynamics- Physiology Laboratory Demonstration Series*, mostram as conseqüências da diminuição excessiva da pressão sanguínea, constrição da arteríola glomerular e diurese osmótica sobre p fluxo urinário de um cão.

- Softwares: *The Kidney: Structure and Fuction*, programa que apresenta ao aluno dados e animações gráficas que exploram a relação entre a estrutura renal e sua função; *The osmotic Diagnostician*, programa que trata da osmolaridade do sódio.

Quanto aos métodos alternativos aplicados ao campo da pesquisa temos: o *Extex*<sup>24</sup>, que é produzido pela *National Testing Corp*, em Palm Springs, Califórnia, sendo um procedimento *in vitro*, que mede a irritação ocular através do sistema de alteração protéica, sendo que tal meio é usado pela empresa de cosméticos *Avon*, como alternativa ao teste *Draize*. Outra alternativa ao teste *Draize*, é a utilização de córneas artificiais. A córnea artificial foi produzida pelos Canadenses através de células humanas e desenvolvidas com técnicas de engenharia genética.

Outro exemplo é o *EpiPack*<sup>25</sup>, produzido pela *Clonetics*, em San Diego, Califórnia, que utiliza tecido humano clonado para testar substâncias potencialmente tóxicas. *Ames Test*, teste usado para se avaliar a carcinogenicidade, através de cultura de

Salmonella typhimurium e enzimas, sendo que possibilita detectar 156 carcinógenos animais.

Ainda como recurso alternativo, tem-se o uso de levedo de cerveja comum para medir o grau de toxicidade de medicamentos e outras substâncias químicas, ao invés de ratos, camundongos e cobaias, sendo que tal método funciona da seguinte maneira: a medida que se indica a dose letal de uma substância (DL 50) – concentração que provavelmente mataria metade dos animais testada- é a mesma concentração que impede metade das células do levedo de se reproduzirem.

Outra opção disponível é aquisição de soro antiofídico, antídoto para veneno de cobras, obtido através de um processo caro e complexo, no qual envolve o sofrimento de cavalos cuja criação visa, apenas, esse fim, através dos efeitos de algumas plantas. Isto porque os cientistas da Universidade Federal do Rio de Janeiro, já comprovaram os efeitos neutralizantes de seis plantas encontradas com facilidade em território brasileiro<sup>26</sup>.

### **3. Ônus da prova no art.32, §1º da lei nº 9.605/98**

#### **3.1. Importância da Lei nº9605/98 enquanto diploma penal ambiental**

São vários os problemas de ordem ambiental que assolam o planeta: desmatamento das florestas tropicais, morte de diversas espécies da fauna nativa de diversas regiões, aquecimento global, dentre outros. Neste contexto, houve a edição da várias leis tratando do tema, não só de forma a tentar reparar os danos causados ao meio ambiente como também punir os infratores. Sendo que acompanhando esta linha, o legislador brasileiro editou em 1998 a lei nº9605, chamada de Código Penal Ambiental<sup>27</sup>.

Tal regramento jurídico, além de ter condensado e sistematizado os pontos principais das leis extravagantes que já existiam



sobre a questão ambiental, revogando, apenas, disposições, em contrário, existentes naquelas, representa um grande avanço, na medida em que se configura num importantíssimo instrumento na defesa dos bens difusos<sup>28</sup>, trazendo em seu bojo hipóteses criminosas, com a descrição das respectivas penas, que vão desde penas restritivas de direito e prestação de serviços à comunidade à aplicação de multa.

Sendo assim, a edição da lei de crimes ambientais representou um marco, dentro da linha evolutiva da proteção ambiental, no cenário brasileiro, uma vez que, à tutela administrativa e civil, que já existia, veio somar-se a tutela penal, denotando a aquisição de uma proteção de caráter mais rígido e intimidador em relação a bens e interesses relevantes da sociedade.

Isto porque pelo seu caráter repressivo e, ao mesmo tempo, preventivo, o Direito Penal pode ser um meio mais eficaz no combate aos atos de agressão à natureza, bem como aos bens oriundos dela, podendo intervir quando for insuficiente ou falharem os instrumentos administrativos de controle, ou forem inaplicáveis as normas de Direito Civil. Sendo assim, pode-se afirmar que as três áreas, penal, cível e administrativa, convivem de forma harmoniosa, sendo que o caso concreto determinará quando será aplicável cada uma delas.

Por outro lado, quando se fala em crime ambiental, algumas dúvidas surgem tanto em torno de sua definição como em relação aos seus elementos constitutivos, sendo que tais fatores não podem ser concebidos apenas dentro de uma visão fechada do direito penal clássico, uma vez que a lei nº9605/98 tutela bens jurídicos cuja natureza é difusa e interdisciplinar, sendo o caráter preventivo de suma relevância para a eficiência de sua tutela<sup>29</sup>.

Além do mais, a intervenção do Direito Penal, no campo ecológico, não pode mais ser objeto de divergências, uma vez que o próprio Texto Constitucional de 1988 inseriu no rol de direitos sociais do cidadão, no seu art.225, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, procurando, em várias oportunidades, tornar possível a garantia da efetividade desses direitos, in-

clusive dispondo sobre a adoção de sanções penais, ao lado das sanções administrativas e civis, conforme pode ser verificado na leitura do §3º do art.225: “As condutas 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”.

Sendo assim, o Direito Penal Ambiental encontra abrigo no seio constitucional, devendo sua interpretação se realizar num processo no qual haja cotejo entre os fundamentos do Direito Penal Clássico com os princípios constitucionais. Deste modo, na presente exposição serão utilizados, para se definir os elementos do crime descrito no art.32, §1º da lei nº9605/98, os postulados do Direito Penal Clássico, tomando-se como parâmetro o Direito dos Animais, a Constituição Federal de 1988 e os princípios do Direito Ambiental.

### 3.2. Elementos do crime descrito no art.32, §1º da lei nº9. 605/98

Insta, porém, antes de qualquer análise específica do art.32, §1º da lei nº9605/98, definir o que é crime ambiental, sendo que tal conceituação vai variar conforme a corrente adotada, dentro da doutrina nacional, acerca da teoria do crime.

Parte da doutrina, a exemplo de Damásio, Dotti, Mirabete e Delmanto, concebe o crime como um fato típico e antijurídico, compreendendo a culpabilidade como um pressuposto de aplicação de pena. Divergindo, entretanto, desta corrente, a maioria dos doutrinadores nacionais, como Cezar Roberto Bitencourt e Rogério Greco, adotam a divisão tripartida do conceito analítico de crime, incluindo a culpabilidade como um dos elementos característicos. Há, ainda, a concepção tetrapartida que traz como elementos do crime a tipicidade, ilicitude, culpabilidade e punibilidade, tendo como principais expoentes Basileu Garcia e Claus Roxin.

Será adotado, aqui, o conceito defendido pela maioria da doutrina nacional, a fim de poder definir, dentro da perspectiva tripartida do conceito analítico de crime, a conduta descrita no art.32, §1º da lei de crimes ambientais. Nesta perspectiva, faz-se necessário, inicialmente, transcrever o disposto no art.32 da lei de crimes ambientais:

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 mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos

Conforme, pode-se perceber da leitura do trecho transcrito, acima, a prática da conduta descrita §1º conduz a mesma pena cominada para a ação disposta no caput do art.32, podendo-se afirmar, conforme a teoria tripartida, que realizar experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, mesmo que seja para objetivos didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos, constitui-se em um fato típico, antijurídico e culpável.

Típico porque tal conduta está descrita em um tipo penal e, como se sabe, tipicidade é uma relação de adequação entre a conduta humana e o tipo penal, sendo que ela que vai determinar o campo da liberdade de ação: tudo que não for descrito como crime por um tipo não pode ter como consequência uma sanção penal<sup>30</sup>. Antijurídico por conta de existir uma relação de contrariedade entre o fato típico e o ordenamento jurídico. E, por fim, culpável, na medida em que dispõe o art.2º da Lei de Crimes Ambientais que quem de qualquer forma concorre para prática de qualquer conduta descrita nesta lei incide nas penas ali cominadas, na medida de sua culpabilidade.

Neste sentido, tem-se que a conduta típica descrita no art.32, §1º da lei de crimes ambientais consiste em realizar experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos

ou científicos, quando existirem recursos alternativos. Sendo que, para melhor compreensão da tipicidade desta modalidade criminosa, algumas observações devem, aqui, ser feitas.

Primeiramente, cabe destacar que o tipo penal possui os seguintes elementos: objetivos, que são aqueles que se referem ao aspecto material do fato no que concerne a sua execução, sendo que se tem como exemplos: objeto do crime, lugar, tempo, etc, subjetivos, que são aqueles que se referem ao intuito do agente quando pratica o fato, exemplo de uma construção que se verifica isto se encontra na seguinte expressão do §1º, do art.32, da lei nº9605/98: “(...) ainda que para fins didáticos ou científicos.”, e há, ainda, os normativos, que são aqueles que exigem uma valoração jurídica, social, cultural, política, religiosa, etc, sendo que o termo “recursos alternativos” existente no art.32, §1º da lei de crimes ambientais ilustra este tipo de elemento.

Neste sentido, é necessário se utilizar de substratos do campo científico para se chegar à denominação do que seriam recursos alternativos. Há aqueles que defendem que recursos alternativos são os experimentos nos quais se utilizam anestesia nos animais, evitando, assim a dor, porém, não se acolhe, aqui, este ponto de vista, uma vez que só o fato de estar submetendo um ser a um procedimento cirúrgico, que na maioria das vezes é prolongado, já estaria lhe trazendo sofrimento, desgaste psicológico e risco a sua saúde, não merecendo este meio a alcunha de alternativo. Sendo assim, conforme já foi visto, o melhor conceito para recursos alternativos é aquele que traz um procedimento que substitua completamente a utilização dos animais em um dado experimento.

Sendo assim, por se constituir os *recursos alternativos* em um elemento do tipo, a conduta de realizar experiência cruel ou dolorosa em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, só poderá ser considerada típica se houver método alternativo disponível. Desta forma, a compreensão de tal expressão é de suma relevância para possibilitar a verificação da ocorrência do fato típico no caso concreto.

No que tange ao bem jurídico tutelado neste crime, embora a maioria da doutrina entenda ser este, o meio ambiente, em especial, a fauna silvestre, doméstica ou domesticada, nativa ou exótica<sup>31</sup>, não se espousa aqui tal entendimento. Isto porque este artigo defende que os indivíduos pertencentes à fauna estão incluídos no sujeito passivo do delito, conforme se demonstrará mais adiante, e não como bem jurídico, uma vez que este se configura como a própria integridade física do animal lesionado.

Quanto ao sujeito ativo do delito do art.32 da lei de crimes ambientais, Luiz Paulo Sirvinskas enuncia que é qualquer pessoa física, não fazendo ele qualquer referência a pessoa jurídica<sup>32</sup>. Tal omissão, entretanto, deve ser questionada, uma vez que conforme leitura do art.2º e 3º da referida lei ambiental, pode-se inferir que pode ser tanto pessoa física quanto pessoa jurídica.

Art.3º: As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Louvável a inclusão da pessoa jurídica pelo legislador no rol dos possíveis responsáveis pelas práticas tipificadas nesta lei. Isto, porque, no §1º do seu art.32 esta descrita como punível a atitude de realizar experiência dolorosa ou cruel em animal vivo quando há recursos alternativos, sendo que como se sabe, na prática, muitas empresas se utilizam de experimentos em animais para testarem a qualidade de seus produtos sendo que, na maioria dos casos, são poucas as que se preocupam em procurar averiguar se existe ou não meios alternativos disponíveis a estas experiências. Sendo assim, incluir a pessoa jurídica como sujeito ativo desta modalidade delitiva é uma posição concatenada não só com a realidade como também com o próprio espírito da lei de crimes ambientais, tornando, mais eficaz, o combate a este crime.

Quanto ao sujeito passivo, o art.225 da Constituição Federal inclui o animal no conceito de fauna, estabelecendo que esta seja de uso comum do povo, dando margem a interpretação por parte da doutrina nacional de que o sujeito passivo do crime descrito no art.32, §1º da lei de crimes ambientais seria, única e exclusivamente, a coletividade. Tal posicionamento é defendido por Luiz Regis Prado que enuncia que “O sujeito passivo é a coletividade e não o animal, pois este é objeto material da conduta”.<sup>33</sup>

Luís Paulo Sirvinskas, entretanto, considera que é a União Federal, nos termos do art.1º da lei nº5.197/67, o sujeito passivo desta modalidade delitiva<sup>34</sup>. Porém, uma ressalva, aqui, deve ser feita no que tange ao sujeito passivo, não no sentido de olvidar a lesão sofrida pela coletividade quando da perpetração da conduta descrita no referido dispositivo legal, mas sim no sentido de enriquecer o rol de sujeitos lesionados pela atividade criminosa, em destaque.

Isto porque, malgrado o texto constitucional de 1988 tenha inserido os animais no conceito de fauna, ela tutelou, de forma específica, em seu art.225, §1º, VII a defesa desses seres contra todo e qualquer tipo de crueldade. Sendo que, isto denota, claramente, que o legislador constituinte não estava preocupado, apenas, em garantir a preservação do conjunto das espécies enquanto patrimônio natural dos brasileiros, mas também em assegurar que a vida dos elementos desse conjunto pudesse ser considerada e tutelada, individualmente, uma vez que cada ser vivo é insubstituível, sendo um gesto de pura arrogância qualquer tentativa de querer medir a importância de suas vidas.

Deste modo, ainda que se considere que o homem possa retirar do habitat natural um dado animal sem que ocasione prejuízo para a biodiversidade local, ainda assim haverá obrigação daquele para com o segundo, uma vez que não é dado a ele o direito de impelir qualquer tipo de sofrimento a este. Sendo que foi nesse espírito que foi elaborado o art.32 da lei de crimes am-

bientais a fim de tornar punível qualquer atitude que venha a impelir dor e sofrimento a um animal.

O intuito do legislador nacional de tutelar os animais contra dor e sofrimento foi tão grande que no §1º do referido dispositivo legal, ele trouxe proteção a estes, mesmo quando haja interesses científicos e didáticos em questão, sendo escusável realizar experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, apenas, quando inexistir recursos alternativos disponíveis, demonstrando, através disto, de forma inequívoca, que o sujeito passivo do crime é o próprio animal que foi utilizado para a experiência.

Neste sentido, negar que um animal possa ser sujeito passivo de um crime é concordar com a posição preconceituosa, herança romana, que ainda persiste no atual Código Civil Nacional e merece ser reformada, urgentemente, que concebe o animal como um bem a disposição dos humanos. Com efeito, o homem, ao longo dos séculos, sempre, procurou forjar teses a fim de se mostrar como o senhor da natureza e dos outros seres vivos, sendo que com o avanço do conhecimento científico ficou demonstrado a fragilidade de tais correntes de pensamento. Entretanto, falta ao direito, de um modo geral, ainda, acompanhar tal avanço a fim de que se possa permitir que os mesmos ideais de justiça que, outrora, foram aplicados para defesa e libertação de grupos oprimidos, possam ser estendidos na defesa dos interesses dos animais.

Além disso, o fato de não terem capacidade de se auto-representarem não deve ser utilizado como pretexto para não se considerar o animal enquanto sujeito passivo do delito do art.32, §1º da lei de crimes ambientais, pois da mesma forma que um indivíduo incapaz de responder por si, pode ser vítima de um crime, porque não poderia também ser o animal? Além do mais seria uma incoerência negar a um animal que tem a capacidade sensitiva normal e consegue perceber com clareza certas situações que alguns humanos com o sistema nervoso danificado não conseguem, a possibilidade de ser sujeito ativo de um crime, enquanto que o sistema legal nacional veda, terminantemente,

que um humano ainda que viva em estado vegetativo possa ser morto, não acolhendo a prática da eutanásia.

Nesta linha, os interesses lesionados, a priori, neste crime são dos animais, porém, indiretamente, também, se tutela os interesses da coletividade. Isto porque, a preservação do bem-estar e da vida dos integrantes da fauna nacional é de interesse de todos os brasileiros, no sentido em que a Carta Constitucional estabelece que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ora, não se pode negar que o conceito de meio ambiente ecologicamente equilibrado passa pela interação harmônica dessa coletividade com a fauna e flora.

Sendo assim, a conduta de realizar experiência em um animal vivo quando haja métodos alternativos não afronta, apenas, a vida e o bem-estar desse ser, mas também, a depender do modo como aconteça e proporções que venha a tomar, pode pôr em risco a fauna como um todo, criando risco para biodiversidade local. Neste sentido, numa eventual ação judicial para apuração do delito descrito no parágrafo 1º do art.32 da Lei de Crimes Ambientais, terá a coletividade, também, em última análise, interesse na elucidação do fato.

Desta forma, será o Ministério Público legitimado para propor ação visando defender, a princípio, o direito a uma vida saudável dos animais constituintes da fauna e, por conseqüência, estará tutelando, também, os interesses coletivos a um meio ambiente equilibrado, uma vez que o bem-estar animal é um elemento que a coletividade tem explicitado na Constituição Federal o direito de reclamar em juízo. Desta maneira, da mesma forma que alguns indivíduos são incapazes de se auto-representarem, no âmbito judicial, necessitando de um terceiro que seja capaz ou até mesmo do Ministério Público para que faça isto, deve o animal também ser representado pelo referido órgão.

Quanto à pena tem-se que a máxima cominada é de um ano de detenção, tratando-se, portanto, de delito de menor potencial ofensivo, mesmo que venha a ocorrer a causa de aumento de



pena prevista no §2º. É crime material, pois o tipo descreve o resultado e exige a sua produção para que ocorra a consumação. É admissível a tentativa, uma vez que é possível o fracionamento do *iter criminis*.<sup>35</sup> A ação penal é pública incondicionada, nos termos do art.26 da Lei nº9.605/98.

### 3.3. O Instituto da prova no processo penal

O instituto da prova é de suma relevância para o sistema jurídico penal, sendo utilizado pelos sujeitos do processo para comprovar os fatos alegados por eles<sup>36</sup>, servindo, desta forma, como instrumento pelo qual o juiz formará a sua convicção.

Deve-se frisar que a definição de prova, dentro da perspectiva jurídica brasileira, é ampla, tendo inúmeras definições. Desta forma, ensina Eduardo Cambi:

Juridicamente, o vocábulo 'prova' é plurissignificante, já que pode ser referido a mais de um sentido, aludindo-se ao fato representado, à atividade probatória, ao meio ou fonte de prova, ao procedimento pelo qual os sujeitos processuais obtêm o meio de prova ou, ainda, ao resultado do procedimento, isto é, à representação que dele deriva (mais especificamente, à convicção do juiz)<sup>37</sup>

Dentro deste contexto, Guilherme de Souza Nucci, conceitua prova da seguinte forma:

[...] o termo prova origina-se do latim – probatio -, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumentação ou confirmação. Dela deriva o verbo provar – probare -, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar.<sup>38</sup>

Quanto a sua finalidade, pode-se afirmar que a prova tem por escopo possibilitar que o julgador conheça os fatos sobre os quais fará incidir o direito, permitindo, desta forma, a satisfação do seu convencimento. Quanto à delimitação do objeto da pro-

va, tem-se que são as partes que definirão, basicamente, os fatos que deverão constituí-lo, sendo que cabe ao magistrado, se necessário, complementar o rol de provas a produzir, utilizando-se do seu poder instrutório.<sup>39</sup>

O Código de Processo Penal Nacional adotou o sistema de livre convencimento fundamentado, conforme se infere da leitura do art.155 do mesmo:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Sendo assim, o magistrado é livre na sua tarefa de apreciar as provas que são produzidas no processo. Por outro lado, não pode o juiz seguir as suas impressões pessoais, mas, sim, tirar suas conclusões de tais provas, ponderando sobre a qualidade e força probante destas.<sup>40</sup>

### 3.4. Ônus da prova no processo penal

Antes de se conceituar ônus da prova, deve-se ter em mente que a palavra ônus vem do latim *onus*, *oneris*, que significa carga, peso, fardo, encargo, aquilo que sobrecarrega. No âmbito civil, costuma-se dá duplo significado ao conceito de ônus da prova, subdividindo os processualistas cíveis em ônus subjetivo e objetivo.

Sendo assim, no seu sentido subjetivo, o ônus da prova é uma regra de conduta dirigida às partes, que enuncia quais os fatos que a cada um deve provar. Por outro lado, pode ocorrer que as provas produzidas sejam insuficientes para revelar o ocorrido, sendo que o magistrado não pode utilizar isto para não julgar. Desta forma, no segundo momento, em seu enfoque objetivo, o ônus da prova significa uma regra dirigida ao juiz, que aponta como ele deverá julgar caso não encontre a prova dos fatos.<sup>41</sup>

Quanto ao âmbito penal, o conceito de ônus da prova se distancia, um pouco, da definição insculpida no processo cível, uma vez que vigora no processo penal o princípio da verdade real. Desta forma, o magistrado dispõe de faculdades instrutórias para suprir a inércia ou conjurar a astúcia das partes.<sup>42</sup>

Nesta linha, na esfera processual penal, ônus da prova é definido como o encargo que as partes têm de provar as alegações que fizeram em suas postulações.<sup>43</sup> Sendo que, quase sempre, é ressaltado que a demonstração probatória é uma faculdade, uma vez que a parte omissa responde pelas conseqüências de sua inatividade.<sup>44</sup> Neste ponto, interessante é a construção engendrada por Paulo Rangel que concebe ônus da prova da seguinte forma:

Trata-se de uma obrigação para consigo mesmo que, se não for cumprida, ninguém, a não ser o encarregado, sairá prejudicado. Diferente do dever, que é sempre para com outrem e faz nascer o direito subjetivo. O ônus não, pois não corresponde a nenhum direito subjetivo e, se o encarregado de realizar o ato não o faz, apenas ele sofrerá com sua inércia ou ineficiência.<sup>45</sup>

Deste modo, para que o sujeito processual onerado obtenha o resultado favorável, deverá praticar o ato previsto no ordenamento jurídico, sendo que a não realização da conduta implica a exclusão de tal benefício, sem, entretanto, constituir um ato ilícito.<sup>46</sup> Neste sentido, a título de ilustração, se o réu tem em sua posse um documento que demonstra de forma clara sua inocência, porém não o apresenta em juízo, ele é quem sofrerá por sua inércia. Pois, o ônus, o encargo de sofrer, possivelmente, uma condenação será seu.

Desta forma, o ônus da prova é o encargo da parte de provar aquilo que alega. Sendo que, espelhando tal entendimento o art.156 do Código de Processo Penal dispõe, claramente, que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer. Isto decorre do princípio *actori incumbit probatio* ou *onus probandi incumbit ei qui asserit*, que estabelece que deve incumbir-se da prova

o autor da tese levantada.<sup>47</sup> Neste sentido, Fernando da Costa Tourinho enuncia:

Se o Promotor denuncia B por haver praticado lesão corporal em L, cumpre ao órgão de acusação carrear para os autos os elementos de prova necessários para convencer o julgador de que B produziu lesão corporal em L. Se a defesa alegar qualquer causa que vise a exculpar a conduta de B, inverte-se o ônus probandi: cumprirá a defesa a prova da tese levantada.

As palavras do processualista demonstram a visão que prevalece na maioria da doutrina nacional, no âmbito do processo penal, que é aquela que considera que, em regra, o ônus da prova é da acusação, que apresenta a imputação, em juízo, através da denúncia ou da queixa-crime. Porém, o acusado pode chamar para si o encargo de produzir a prova. Situação, esta, que ocorre quando ele alega, em seu benefício, algum fato que possibilitará a exclusão da ilicitude, da culpabilidade ou de punibilidade. Ainda, comungando desta linha de pensamento Tornaghi diz:

Portanto, o sentido do art.156 deve ser este: ressalvada as presunções que invertem o ônus da prova, as alegações relativas ao fato objeto pretensão punitiva têm de ser provadas pelo acusador e as referentes a fatos impeditivos ou extintivos devem ser provados pelo réu. Na verdade o ônus da prova compete àquele a quem o fato aproveita. Essa, aliás, é a orientação do Código de Processo Civil<sup>48</sup>.

Conforme se infere da leitura do trecho acima, o doutrinador, para corroborar a sua posição, além de fazer referência ao art.156 do Código Processual Penal, cita a orientação adotada no Código Processual Civil, que segundo ele é a que deve ser aplicada no âmbito das relações de Direito Processual Penal. Neste mesmo sentido, discorre Julio Fabbrini Mirabete:

No processo penal condenatório, oferecida a denúncia ou queixa, cabe ao acusador a prova do fato e da autoria, bem como das circunstâncias que causam aumento de pena( qualificadoras, agravantes, etc), ao acusado cabe a prova das causas excludentes da antijuridicidade, da

culpabilidade e da punibilidade, bem como das circunstâncias que impliquem diminuição de pena( atenuantes, causas privilegiadoras etc) ou concessão de benefícios penais.<sup>49</sup>

Entretanto, tal linha de inteligência, não é esposada por toda a doutrina nacional. Isto porque existem doutrinadores que defendem que o denunciado não tem obrigação de provar absolutamente nada. Sendo que, para eles, inclui-se, nisto, a inexistência de dolo, causas extintivas de punibilidade, causas excludentes da antijuridicidade e eventuais excludentes da culpabilidade.

Este grupo de doutrinadores, porém é minoritário, uma vez que a doutrina majoritária, inclusive com nomes de peso, defende que a acusação é quem deve provar a pretensão punitiva e a defesa os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos desta pretensão. Porém, não deixa de ser interessante e enriquecedor para este trabalho, expor os fundamentos que a corrente minoritária utiliza para embasar o seu posicionamento. Geralmente, seus adeptos alegam o princípio da presunção da inocência, estampado no art.5º, LVII, da Constituição Federal. Um exemplo deste enfoque pode ser visto nas palavras de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró:

Quando o art.5º, LVII assegura que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, cabe indagar se a ilicitude da conduta é ou não necessária para condenação. Evidentemente que a resposta é positiva e, em conseqüência a ilicitude da conduta também é objeto da presunção de inocência: se houver dúvida sobre uma causa de excludente de ilicitude, o acusado deve ser absolvido<sup>50</sup>.

Ainda, seguindo essa linha de entendimento, temos Paulo Rangel que afirma:

Há que se interpretar a regra do ônus da prova à luz da Constituição, pois se é cediço que a regra é a liberdade(art.5º, XV, da CRFB) e que, para que se possa perdê-la, dever-se-á observar o devido processo legal e dentro deste encontra-se o sistema acusatório, onde o juiz é

afastado da persecução penal, dando-se ao Ministério Público, para a defesa da ordem jurídica, a totalidade do ônus da prova do fato descrito na denúncia.<sup>51</sup>

A posição adotada, aqui, nesta obra, porém não pode abraçar a posição daqueles que defendem que a defesa nada cabe provar. Primeiro porque não se deve interpretar o princípio da presunção de inocência de modo distorcido a fim de se conceder ao réu um manto de intocabilidade absoluta, sob pena de tornar a fase instrutória complexa e demorada. Além disso, tanto o autor da pretensão punitiva quanto o acusado devem colaborar na produção de provas na medida em que seja dos seus respectivos interesses e na medida em que esteja, cada um deles, em melhor posição para produzir uma determinada prova.

Isto porque a busca dentro do processo penal não é pela inocência do acusado, mas sim pela verdade real dos fatos, caso contrário, como ficaria resguardado o bem jurídico lesionado que ensejou a ação penal? Colocar todo o ônus da prova a cargo da acusação iria por demais dificultar, em certas situações, a produção de provas, tornando, em muitos casos, a sua feita impossível, aumentando, deste modo, de forma grave, os casos de impunidade no país. Por conta de tudo isso não se pode, aqui, abraçar a corrente minoritária.

Este trabalho, portanto, adota a linha majoritária no processo de combate aos crimes ambientais, dado a natureza especial destes, que tutelam interesses coletivos. Isto porque não se pode permitir que o processo que visa resguardar um bem de interesse coletivo fique o ônus da prova todo a cargo do Ministério Público.

Sendo assim, a adoção da tese minoritária, na órbita da responsabilidade ambiental, só vem a obstar que infratores que causam danos imensuráveis ao meio ambiente e, por consequência, à população presente e futura, possam ficar impunes.

### 3.5. Ônus da prova na demonstração dos recursos alternativos no crime do art.32, §1º da lei nº9605/98

Por conta do caráter especial dos interesses tutelados no crime do art.32, §1º da lei de crimes ambientais, não se pode aceitar, conforme foi visto, a tese que comunga da idéia que cabe a acusação todo o ônus da prova. Isto porque ao se onerar o Ministério Público com todo o ônus da produção das provas corre-se o risco de se fazer letra morta tal dispositivo legal, uma vez que o réu, como estratégia de defesa, não iria se preocupar em demonstrar a inexistência de recursos alternativos, recaindo todo o trabalho nas mãos do parquet tornando difícil a produção das provas bem como contribuindo para a impunidade.

Impõe-se, portanto, nesses casos, uma releitura da forma de se proceder à instrução processual, tomando-se como parâmetro os valores e regras constitucionais e, ainda, os princípios que regulam o direito ambiental. Não se pode ignorar que a responsabilidade, no âmbito do direito penal ambiental, se reveste de interesse público. Desta forma, a tutela penal ambiental, dado o sua natureza de defesa de interesses difusos, deve ser interpretada e aplicada, conforme a sua importância, não se comparando, nem à distância, com a forma como é aplicada a tutela de direitos individuais.<sup>52</sup>

Deve-se evitar, portanto, neste contexto, uma interpretação pobre e desvencilhada das diretrizes que norteiam o direito ambiental. Caso contrário, a direção tomada será de um determinismo no qual, sempre, se atribuirá, à acusação, todo o ônus da prova, tornando o trabalho do Ministério Público em certas situações, impossível. Neste sentido, veja-se a análise do art.32, §1º da lei nº9605/98 pela da corrente majoritária no que tange ao ônus da prova: o sujeito pratica a conduta criminosa no momento em que realiza experiência cruel ou dolorosa em animal vivo quando há recursos alternativos disponíveis, e como o termo “recursos alternativos” é elemento normativo do tipo, caberá,

deste modo, ao Ministério Público, que é o titular da ação, demonstrar a sua existência.

Ainda dentro desta linha de raciocínio, o Ministério Público deverá, dentro do processo penal, apontar e demonstrar qual é o recurso alternativo disponível para aquela experiência que está sendo discriminada por ele como conduta criminosa. Sendo assim, uma vez demonstrado qual é o recurso alternativo disponível, restará ao acusado, como tese de defesa, sustentar a atipicidade da conduta alegando que o meio apontado pelo órgão de acusação não é disponível no território nacional ou é ineficaz, devendo, ele fazer prova desse fato, uma vez que é tese que o beneficiará.

Isto porque, existem recursos alternativos, que, infelizmente, ainda, não estão disponíveis em território nacional, não podendo o acusado responder pelo delito descrito no art.32, §1º da lei de 9605/98 nesta hipótese. Além disto, se um dado recurso alternativo apontado pelo Ministério Público não é eficaz para uma dada experiência e o réu alega isto a seu favor, terá, ele, que demonstrar o motivo pelo qual aquele recurso não é tão eficaz para obtenção do resultado quanto à utilização do animal.

Portanto, pela corrente majoritária, cabe ao Ministério Público demonstrar a existência dos recursos alternativos, uma vez que cabe a ele demonstrar a ocorrência do fato delituoso, cabendo ao acusado, entretanto, caso alegue que tais recursos não estavam disponíveis em território nacional ou que eles eram ineficazes para obtenção do resultado esperado na experiência, em questão, produzir prova a respeito de tais argumentos, visto que são teses de defesa.

#### **4. Conclusão**

Desta forma, diante de tudo o que foi exposto no decorrer desta obra, conclui-se o seguinte:

a) A vivissecção é uma prática obsoleta, não devendo mais ser mantida dado o estágio atual do conhecimento científico.



Conforme foi verificado, a vivissecção não deve mais vingar, uma vez que é uma forma de tortura para com os animais, bem como contribui para a insensibilidade daqueles, que a praticam, perante a dor e sofrimento dos animais, e por conseqüência, em alguns casos, para com os próprios humanos. Além disso, a história médica tem inúmeros registros que comprovam que tal método trouxe malefícios sérios à saúde humana.

b) Foram, ainda, apontados, neste trabalho os principais métodos alternativos existentes e suas respectivas utilidades, mostrando que a aceção correta de tais recursos é aquela que contempla a idéia de serem meios que serão utilizados em substituição ao uso de animais vivos em uma dada experiência.

Isto porque, conforme foi verificado, não é correto denominar de alternativo um método que vem se juntar ou aperfeiçoar a técnica que se utiliza de animais. Sendo assim, recursos alternativos são aqueles meios empregados em uma dada experiência a fim de se excluir o uso de animais nesta.

c) Relevância do direito penal ambiental enquanto tutela mais eficaz dos chamados bens difusos.

Conforme foi visto, alguns doutrinadores tentam interpretar o Direito Penal Ambiental, sob a perspectiva fechada do Direito Penal Clássico, esquecendo, eles, que a tutela penal do meio ambiente deve ser vista de forma mais ampla. Isto porque, o Direito Penal Clássico foi concebido, a princípio, para salvaguardar direitos de caráter individual, sendo uma problemática para muitos o caráter difuso dos bens tutelados pelo direito penal ambiental, porém tal situação só pode ser resolvida não negando esta natureza inerente ao direito penal ambiental, mas, sim, procurando interpretá-lo através do direito penal clássico em cotejo com as concepções atuais de direitos difusos.

d) O termo *recursos alternativos*, empregado no art.32,§1º da Lei de Crimes Ambientais é um elemento normativo do tipo, uma vez que para se chegar a sua conceituação é necessário se utilizar do conhecimento de outros campos que não o direito, sendo que sua definição já foi, claramente, demonstrada.

Sendo assim, a inexistência de recursos alternativos disponíveis conduz a atipicidade da conduta, não havendo em que se falar em crime.

e) As regras de ônus da prova são muito importantes no estudo do delito do art.32, §1º da Lei de Crimes Ambientais, uma vez que é necessário apontar a quem cabe o ônus da prova no que tange a existência dos recursos alternativos.

Neste sentido, o presente trabalho analisou as correntes sobre o ônus da prova no processo penal, sendo que a posição, aqui, adotada foi aquela que descartou a corrente minoritária, de imediato, uma vez que coloca todo o ônus probatório a cargo da acusação, dificultando, deveras, a produção probatória. Quanto à defesa engendrada pela corrente majoritária ela se encaixa, perfeitamente, no campo do direito penal ambiental, dado o caráter dos bens tutelados por este.

Portanto, cabe ao Ministério Público provar que em uma dada experiência existia recurso alternativo disponível, sendo que caberá ao acusado provar que tal método não era disponível em território nacional ou até mesmo que tal método era ineficaz.

Deste modo, restou evidenciada, de forma clara, a importância de se apontar quais são os postulados que embasam a visão em relação aos animais para, a partir disto, se dá valor ao estudo dos elementos do art.32 da lei de crimes ambientais, apontando quais são as regras do ônus da prova neste, a fim de se possibilitar dá uma maior efetividade a este dispositivo legal.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 4. Ed. Saraiva, 2009.

BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: RT, 2001.

COPOLA, Gina. **A lei de crimes ambientais, comentada artigo por artigo**. Disponível em:

<[http://www.acopesp.org.br/artigos/a\\_lei\\_dos\\_dos\\_crimes\\_ambientais1.htm](http://www.acopesp.org.br/artigos/a_lei_dos_dos_crimes_ambientais1.htm)>. Acesso em: 16 de novembro de 2009. Acesso em: 20 de novembro de 2009.

DIDIER, Fredie. Braga, Paula Sarno. Oliveira, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Podivm, 2008.

\_\_\_\_\_. **Estudante ganha liminar para não sacrificar cobaias**. Disponível em: <http://www.abrigodosbichos.com.br/Forum/Topico363.htm>. Acesso em: 25 de novembro de 2009.

GHIGNOME, Luciano Taques. **Manual Ambiental Penal. Comentários à Lei nº 9.605/98**. Ministério Público do Estado da Bahia Núcleo Mata Atlântica, 2007.

GORDILHO, Heron José de Santana. **Direito Ambiental Pós Moderno**. Curitiba: Juruá, 2009.

GORDILHO, Heron José de Santana. **Vivisseção, crueldade contra os animais e a nova ordem jurídica brasileira**.

GREIF, Sérgio. **Alternativas ao uso de animais vivos na educação pela ciência responsável**. 1. ed. São Paulo: Instituto Nina Rosa Projetos Por Amor à Vida, 2003.

GREIF, Sérgio; TRÉZ, Thales. **A Verdadeira Face da Experimentação Animal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Sociedade Educacional “Fala Bicho”, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PRADO, Luiz Regis Prado. **Direito Penal do Ambiente**. São Paulo: RT, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

ROSA, Jean Marcelo da Rosa. **O ônus da prova e a recente reforma do Código de Processo Penal Brasileiro.**

Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=1775](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1775)> . Acesso em: 15 de novembro de 2009.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela Penal do Meio Ambiente.** São Paulo: Saraiva. 1998.

TÁVORA, Nestor. ANTONNI, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal.** São Paulo: Jus Podivm, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teste em animais.** Disponível em: <http://www.pea.org.br/crueldade/testes/>. Acesso em: 08 de dezembro de 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal 3.** 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

## NOTAS

- <sup>1</sup> GREIF, Sérgio. TRÉZ, Thales. *A Verdadeira Face da Experimentação Animal.* 2. Ed. Rio de Janeiro: Sociedade Educacional "Fala Bicho", 2000. p.20.
- <sup>2</sup> GORDILHO, Heron José de Santana. *Viviseção, crueldade contra os animais e a nova ordem jurídica brasileira.* p.4.
- <sup>3</sup> GREIF, Sérgio. TRÉZ, Thales, op cit, p.19.
- <sup>4</sup> GORDILHO, Heron José de Santana. *Viviseção, crueldade contra os animais e a nova ordem jurídica brasileira.* p.6.
- <sup>5</sup> Ibidem p.8.
- <sup>6</sup> Ibidem, p.7.
- <sup>7</sup> GREIF, Sérgio e TREZ, Thales. op cit, p.19.
- <sup>8</sup> GREIF, Sérgio. *Alternativas ao Uso de Animais Vivos na Educação.* 1. ed. São Paulo: Instituto Nina Rosa Projetos por amor à vida, 2003. p.20
- <sup>9</sup> Teste em animais. Disponível em: <http://www.pea.org.br/crueldade/testes/>.
- <sup>10</sup> Teste em animais. Disponível em: <http://www.pea.org.br/crueldade/testes/>.

- <sup>11</sup> Teste em animais. Disponível em: <http://www.pea.org.br/crueldade/testes/>.
- <sup>12</sup> Experimentos com animais. Disponível em: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Testes\\_com\\_animais](http://pt.wikipedia.org/wiki/Testes_com_animais).
- <sup>13</sup> GREIF, Sérgio. TRÉZ, Thales. *A verdadeira face da experimentação animal*. 2000. p.80.
- <sup>14</sup> Ibidem. p.85
- <sup>15</sup> História da proteção animal. p.8. Disponível em: [esextranet.animalwelfareonline.org/.../resources\\_Culture\\_false\\_A-History-of-Animal-Protection-Portuguese\\_tcm35-8417.pdf](http://esextranet.animalwelfareonline.org/.../resources_Culture_false_A-History-of-Animal-Protection-Portuguese_tcm35-8417.pdf).
- <sup>16</sup> GREIF, Sérgio. *Alternativas ao uso de animais vivos na educação*. São Paulo: Instituto Nina Rosa Projetos por amor à vida, 2003. p.28.
- <sup>17</sup> Estudante ganha liminar para não sacrificar cobaias. Disponível em: <http://www.abrigodosbichos.com.br/Forum/Topico363.htm>.
- <sup>18</sup> GREIF, Sérgio. *Alternativas ao uso dos animais vivos na educação*. São Paulo: Instituto Nina Rosa Projetos por amor à vida, 2003.p.31
- <sup>19</sup> Ibidem, p.32.
- <sup>20</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 2006. p.805.
- <sup>21</sup> GREIF, Sérgio. *Alternativas ao uso dos animais vivos na educação*. São Paulo: Instituto Nina Rosa Projetos por amor à vida, 2003.p. 48-58.
- <sup>22</sup> GREIF, Sérgio. *Alternativas ao uso dos animais vivos na educação*. São Paulo: Instituto Nina Rosa Projetos por amor à vida, 2003.p.70-72.
- <sup>23</sup> Ibidem, p.96-97.
- <sup>24</sup> GREIF, Sérgio. TRÉZ, Thales. *A verdadeira face da experimentação animal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Sociedade Educacional “Fala Bicho”, 2000. p.116.
- <sup>25</sup> Ibidem, p.117.
- <sup>26</sup> Ibidem, p.118.
- <sup>27</sup> Lei de crimes ambientais comentada artigo por artigo. Disponível em: [http://www.acopesp.org.br/artigos/a\\_lei\\_dos\\_crimes\\_ambientais1.htm](http://www.acopesp.org.br/artigos/a_lei_dos_crimes_ambientais1.htm).
- <sup>28</sup> GORDILHO, Heron José de Santana. *Direito Ambiental Pós Moderno*. Curitiba: Juruá, 2009. p.62.

- <sup>29</sup> Ibidem, p.62.
- <sup>30</sup> BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao Direito Penal*. Rio de Janeiro. Forense. 2002. p.95/96.
- <sup>31</sup> SIRVINSKAS, Luiz Paulo. *Tutela Penal do Meio Ambiente*. São Paulo: Saraiva, 1998. p.52. No mesmo sentido: PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do Ambiente*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2005.
- <sup>32</sup> SIRVINSKAS, Luiz Paulo. *Tutela Penal do Meio Ambiente*. São Paulo: Saraiva, 1998. p.53.
- <sup>33</sup> PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do Ambiente*. São Paulo: RT, 2005.p.248.
- <sup>34</sup> SIRVINSKAS, Luiz Paulo. *Tutela Penal do Meio Ambiente*. São Paulo: Saraiva, 1998. p.54.
- <sup>35</sup> GHIGNOME, Luciano Taques. *Manual Ambiental Penal. Comentários a Lei nº9605/98*. Ministério Público do Estado da Bahia Núcleo Mata Atlântica, 2007. p.134.
- <sup>36</sup> BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.303.
- <sup>37</sup> CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001. p.41.
- <sup>38</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008.p.63.
- <sup>39</sup> CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001. p.41.
- <sup>40</sup> DIDIER, Fred. Braga, Paulo Sarno. Oliveira, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 2008, p.42.
- <sup>41</sup> DIDIER, Fred. Braga, Paulo Sarno. Oliveira, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Podivm, 2008.p.72
- <sup>42</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal* 3. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p.247.
- <sup>43</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.p.434.

- <sup>44</sup> TÁVORA, Nestor. ANTONNI, Rosmar. *Curso de Direito Processual Penal*. Podivm, 2008. p.344.
- <sup>45</sup> RANGEL, Paulo, op cit, p434.
- <sup>46</sup> TÁVORA, Nestor. ANTONNI, Rosmat, op cit, p.344.
- <sup>47</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal 3*. Saraiva, 2009. p.247.
- <sup>48</sup> TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. vol.1. São Paulo: Saraiva, 8 ed, 1991. p.308
- <sup>49</sup> MIRABETE apud ROSA, Jean Marcelo de. *Ônus da prova e a recente reforma do Código de Processo Penal Brasileiro*. Disponível em: [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=1775](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1775).
- <sup>50</sup> BADARÓ apud ROSA, Jean Marcelo de. *Ônus da prova e a recente reforma do Código de Processo Penal Brasileiro*. Disponível em: [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=1775](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1775).
- <sup>51</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2007. p.436.
- <sup>52</sup> VIANNA, José Ricardo Alvarez. *Inversão do ônus da prova em material ambiental*. 2007.p.1.Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10250>

Recebido em: 28/11/2011.

Aprovado em: 02/02/2012.





# ACESSO À JUSTIÇA POR NOVOS SUJEITOS DE DIREITO: ANIMAIS E OUTRAS ENTIDADES AMBIENTAIS

("The access to justice for new subjects of rights: animals and other environmental entities")

*Ariele Chagas\**

RESUMO: Em uma ampliação subjetiva do acesso à justiça, entidades ambientais destituídas de personalidade jurídica vêm sendo, hodiernamente, tratadas como sujeitos de Direito. Institutos positivados em ordenamentos jurídicos de diversos países reconhecem a essas entidades a capacidade de serem parte em um processo. Não é consenso, contudo. O presente trabalho propõe traçar, em linhas gerais, a noção de acesso à justiça e a participação de entidades ambientais neste processo. Trata especificamente do caso dos animais, do patrimônio genético e do planeta Terra. Concluiu que a proteção destes repercute diretamente na proteção do próprio ser humano e que, a outorga de capacidade processual para estes entes, longe de problematizar o judiciário, propiciaria um mundo mais justo e solidário, em respeito ao compromisso intergeracional previsto constitucionalmente.

PALAVRAS CHAVE: Sujeito de direito, personalidade jurídica, pachamama, compromisso intergeracional, tecnologia.

ABSTRACT: On a subjective magnification access to the Justice environmental entities, deprived of legal personality, have been, still,

---

\* Mestre em Desenvolvimento Regional e Meio Ambiente pela Universidade Estadual de Santa Cruz, mestranda em Direito pela Universidade Federal da Bahia, pesquisadora bolsista pelo CNPq, arielechagas@yahoo.com.br.

treated as subjects of law. Positivized institutes in legal systems of various countries recognise to these entities the ability to be part in a process. It is not consensus yet. The present work proposes to trace the notion of access to Justice and the involvement of environmental authorities in this process. This is specifically the case of animals, natural genetic heritage and the planet. Concluded that the protection of these reflected directly in the protection of the human being and that the granting of procedural capacity for these entities, away from problematizing the judiciary, would provide a fairer world and solidarity, on respect for the constitutionally provided for intergeracional commitment.

KEYWORDS: Animals, patchamama, genetic heritage, technolog

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Acesso à Justiça por Novos Sujeitos de Direito: 2.1 Personalidade jurídica e sujeito de direito, 2.2 A necessidade de justiça para todos; 2.3. Da natureza jurídica dos animais e outras entidades: 2.3.1. Dos animais; 2.3.2. Da biodiversidade, 2.3.3. Da pachamama ; - 3. Animais como sujeitos de direito – 4. Outras entidades ambientais como sujeitos de direito: patrimônio genético e pachamama: 4.1. Do patrimônio genético; 4.2 Perspectivas de compreensão da pachamama como sujeito de Direito – 5. Considerações Finais – Referências.

## 1. Introdução

É fato que o Direito foi criado pelo e para o homem social, contudo, a evolução das relações, sobretudo interespecies, obrigou a uma mudança de perspectiva. A legislação passou a focar animais, espaços e até mesmo a integridade genética, de maneira cada vez mais intensa. Desde a idade média animais são legitimados passiva e ativamente para figurar como parte em processos. Contudo, só na história recente, com as revoluções científico-tecnológicas, tem surgido a preocupação real com aqueles, com a biodiversidade e com a pachamama<sup>1</sup>, dentre outras entidades ambientais.

A história nos mostra que a dignidade humana, hoje preceito basilar das relações, nem sempre protegeu toda a nossa espécie. Houve um tempo em que estrangeiros, escravos, índios, defi-

cientes eram coisas. Já não é mais assim, posto que evoluímos e continuamos em constante evolução. Haverá um tempo em que animais, o patrimônio genético e a Pachamama serão consensualmente considerados como partes, sujeitos legítimos de direito e não mais terão negado o acesso à Justiça.

É neste contexto que surge a discussão sobre estes “novos” sujeitos de direito. Seja qual for a perspectiva da definição de Direito adotada - interesse protegido pela lei, garantia conferida pelo Estado, faculdade de se exigir determinada conduta de outrem – é forçoso admitir que animais, biodiversidade e pachamama, são, como se procurou demonstrar neste trabalho, sujeitos de direito<sup>2</sup>.

E neste escopo, dividiu-se o trabalho em quatro seções além desta introdução. Tratou-se inicialmente o acesso à justiça por novos sujeitos de direito. Nesta seção foram analisados os institutos da pessoa, personalidade jurídica e sujeito de direito; a necessidade e justiça para todos; e, a natureza jurídica dos animais, biodiversidade e pachamama.

Em seguida trabalhou-se sobre os animais, e outras entidades ambientais, quais sejam biodiversidade e pachamama como sujeitos de direito em duas seções individuais. Nas considerações finais ponderou-se, principalmente, sobre o exposto e a importância do tema tratado.

## **2. Acesso à justiça por novos sujeitos de Direito**

### **2.1 Pessoa, personalidade jurídica e sujeito de direito**

Diferente do que entende Maria Helena Diniz<sup>3</sup>, dentre outros<sup>4</sup>, o conceito de sujeito de direito diverge do conceito de pessoa, ao prescindir do instituto da personalidade jurídica. Sujeito de direito é gênero, do qual pessoa, como ente dotado de personalidade jurídica é espécie. Observa-se que em nosso ordenamento muitos são os casos nos quais não se faz necessária

esta personalidade para se figurar como parte, v.g. fundações, condomínios, massas falidas, heranças jacentes<sup>5</sup>.

É exigível, apenas, que se constitua a entidade como um centro de relações jurídicas que, na prática, recebem e exercem ou não direitos. Há quem diga que em casos como estes é conferida uma personalidade exclusivamente para fins processuais<sup>6</sup>.

Compreende-se, portanto, que o sujeito de direito pode ser uma pessoa, e por isso dotada de personalidade jurídica, ou apenas uma entidade sem esta personalidade<sup>7</sup>. Animais e outras entidades ambientais tanto podem ser tratados como pessoas<sup>8</sup>, como entidades desprovidas de personalidade jurídica<sup>9</sup>, ou simplesmente não categoriza-los<sup>10</sup>. Em todos os casos podem não há obstáculos para considerá-los sujeitos de direito.

Dadas as limitações de um artigo, basta esta noção de sujeito de direito e personalidade jurídica para a compreensão do tema, sem maiores aprofundamentos.

## 2.2 A necessidade de justiça para todos

A noção de justiça está fortemente ligada ao adequado e ao legítimo. Aquilo que se adequa ou que, pela vontade de a quem compete, se legitima. É justo, portanto, o equitativo ou consensual. Ou seja, justa é a situação que beneficia e/ou onera a todos de maneira igual, equânime. É justa ainda a situação quando alguém, por seu próprio arbítrio, consente ter um menor benefício, ou um maior ônus, privilegiando outrem. No caso dos animais e outros “sujeitos” incapazes de se defenderem juridicamente, só se concebe a justiça em sede da igualdade, dada a impossibilidade de consentirem.

Isto posto, ou há justiça equânime quanto a estes sujeitos, ou simplesmente não há justiça, ficando os mesmos como meros dominados.<sup>11</sup>De acordo com a tradicional visão científica do universo, os objetos e a vida percorrem trajetórias bem definidas e têm histórias exatas. Assim, o que ocorre é naturalmente o

efeito de uma causa específica, e tudo o mais segue a lógica da “causa-efeito”.

No Direito, em uma correlação do princípio da causalidade com o princípio da imputabilidade, Hans Kelsen propôs, com grande repercussão, conferir à ciência jurídica um método e objeto próprios, de modo a definir trajetórias exatas dos fatos, em privilégio da norma.<sup>12</sup> Tudo portanto, pode ou poderia, ter o seu destino descrito por um punhado de premissas, chamadas leis (naturais ou jurídicas), de modo a explicar satisfatoriamente os eventos e atribuir-lhes a tarja de fatos, descritos e acabados contra o quais não haveriam argumentos válidos. Tudo isso faz algum sentido até se introduzir uma variável imprevisível: o livre-arbítrio humano.

Com o surgimento da espécie *homo sapiens*, especialmente a partir do surgimento da agricultura e, mais recentemente, da revolução industrial, o fluxo de energia e matéria é substancialmente influenciado pela ação humana, que não se explica apenas na compreensão da luta pela sobrevivência e reprodução da espécie. Satisfeitas as necessidades primárias, são outras as forças que impulsionam o ser humano para a ação e, portanto, para interferir no fluxo de energia e matéria.

Esta é a razão pela qual o direito surge concomitantemente à sociedade. É necessário proteger os outros indivíduos desta impulsão humana. Etnólogos já registraram ordem jurídica e social em comunidades humanas extremamente rudimentares. Observa-se, portanto, que o direito é um fenômeno universal inerente a todos os povos, em todos os tempos e lugares<sup>13</sup>.

Diferentemente dos animais e plantas, a humanidade (*homo sapiens*) tem historicidade. Isto equivale também dizer que as formas como os humanos se relacionavam com outros componentes ambientais na pré-história difere da época em que deixou de ser nômade; diferencia esta última época daquela em que se descobriu a pólvora, a bússola e as grandes navegações, como diferente é a quadra histórica em que se idealizou o barco a va-

por daquela em que se inventou o motor elétrico, o avião, o telefone, a internet.

Cada novo conhecimento e cada nova tecnologia significam ao ser humano uma nova forma de ver o mundo e uma nova perspectiva de vida. O direito, em seus múltiplos aspectos, deve acompanhar esta evolução, sobretudo garantindo uma ampliação tanto objetiva, quanto subjetiva ao acesso à justiça. Uma coisa é certa: a maneira como o homem se relaciona com os animais, biodiversidade e principalmente com o planeta como um todo deve ser revista.

Uma análise de como o ser humano se relacionou com os demais componentes ambientais, e as respectivas implicações sociais (para os próprios seres humanos) e ambientais (para o ecossistema) pode contribuir substancialmente para redirecionar as formas de se relacionar juridicamente com estas entidades, individualmente ou em sociedade.

Neste sentido, é importante rever a evolução do conceito de desenvolvimento e suas implicações sobre o ambiente, avaliando como o ser humano manipulou, historicamente, através da ciência e da tecnologia, o fluxo de energia, em benefício imediato de uns, em prejuízo imediato de muitos e em detrimento, a longo prazo, de todos. Principalmente as demais espécies.

Hoje, portanto, com o advento da alta tecnologia, não só os outros indivíduos da sociedade humana precisam de proteção. Animais, o patrimônio genético e o próprio planeta precisam de tutela contra a ação humana potencializada.

O direito de acesso à justiça é fundamental<sup>14</sup> devendo ser, portanto, universal. Sem preconceitos especistas, ou seja, sem a parcialidade que privilegia interesses de membros de uma ou algumas espécies em detrimento de membros das demais<sup>15</sup>, o acesso à justiça é a única maneira de proteger todos os demais interesses previstos<sup>16</sup>. Verbo e graça, na “Declaração Universal dos Direitos dos Animais”<sup>17</sup>, em seu art. 1º assevera que todos os animais possuem direito à vida e à existência. De nada valeria

esta premissa ante a inexistência de um meio de garantia através do acesso à justiça formal, especialmente pelo poder judiciário.

## 2.3. Da natureza jurídica dos animais, biodiversidade e pachamama

### 2.3.1 *Dos animais*

Não se pode assegurar a categoria jurídica a qual pertencem os animais à luz do ordenamento jurídico brasileiro. O que se observa é uma falta de unicidade no tratamento do instituto. Cada ramo do direito, e por vezes, cada lei, dá um tratamento diverso.

O código civil brasileiro trata os animais como bens, ou seja, coisas. O sistema legal de *common law* tem suas raízes conceituais em Roma e, sob o ponto de vista romano há apenas duas categorias fundamentais: pessoas e coisas. Pessoas têm acesso à Justiça e à propriedade. As coisas, quando úteis, recebem a denominação de bens e são possuídos pelas pessoas.<sup>18</sup> Já no Código Penal, os animais têm natureza de objeto material do delito. Ou seja, quando lesionados são considerados objetos materiais do delito. A vítima é a coletividade.<sup>19</sup>

Em uma análise comparativa, observa-se que a mesma divergência ocorre na França. Na lei civil os animais são tratados como coisas, contudo na lei penal, v.g. o Tratado de Amsterdã, os animais são reconhecidos como seres sencientes, o que ampararia a teoria dos direitos dos animais. No Código Penal francês a tutela recai sobre todos os animais, inclusive os destinados ao consumo humano<sup>20</sup>.

A legislação ambiental não deixa clara a natureza jurídica dos animais. Ao passo que na lei de crimes ambientais<sup>21</sup> o sujeito passivo é a coletividade, na Lei de Biossegurança<sup>22</sup>, em seu art. 1º há previsão expressa da tutela da vida e saúde animal. Não é concebível a tutela da saúde de um *mero bem*, de modo que

animais, para este instituto, pertencem a uma categoria jurídica diversa daquela proposta pelo Código Civil e da legislação penal. Favre, em posição intermediária, entende que os animais podem ser considerados como bens detentores de direitos, em uma categoria especial.<sup>23</sup>

Há ainda quem entenda que animais não sejam sujeitos de direito, mas penas sujeitos-de-uma-vida, uma vez que os “direitos animais” seriam direitos morais, ou seja, aqueles direitos que antecedem a qualquer direito positivo<sup>24</sup>.

A jurisprudência vem entendendo os animais como seres que sentem dor e demonstram afeto em uma vida psicológica, fato incompatível com a definição de animais como coisas.<sup>25</sup> Tudo leva a entender que a proteção à saúde e vida dos animais faz destes, titulares de direitos, legitimando-os a figurar como partes ativas em processo administrativo ou judicial, na defesa de seus direitos, positivados ou não. Seriam como crianças, que podem ser reconhecidas como pessoas mas não têm a capacidade de entender e exercitar qualquer dos direitos legais a elas atribuídos.<sup>26</sup>

### 2.3.2 *Da biodiversidade*

A biodiversidade é tratada na CF de 1998 como objeto de cuidados pelo poder público, sendo obrigação deste assegurar a preservação da diversidade e integridade do patrimônio genético do país.

São marcos desta preocupação o Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança, que estabelece as regras para a movimentação transfronteiriça de organismos geneticamente modificados (OGMs) vivos; o Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e a Agricultura, que estabelece, no âmbito da FAO, as regras para o acesso aos recursos genéticos vegetais e para a repartição de benefícios; as Diretrizes de Bonn, que orientam o estabelecimento das legislações nacio-



nais para regular o acesso aos recursos genéticos e a repartição dos benefícios resultantes da utilização desses recursos (combate à biopirataria); as Diretrizes para o Turismo Sustentável e a Biodiversidade; os Princípios de Addis Abeba para a Utilização Sustentável da Biodiversidade; as Diretrizes para a Prevenção, Controle e Erradicação das Espécies Exóticas Invasoras; e os Princípios e Diretrizes da Abordagem Ecosistêmica para a Gestão da Biodiversidade.

Em nenhum destes institutos, contudo, fica clara a natureza jurídica do patrimônio genético. O nome de patrimônio nos remete à idéia de que cada código genético de cada espécie viva seja um bem específico de um todo patrimonial. Quem seria o titular deste patrimônio? Cada país titular da sua biodiversidade ou a população mundial em coletividade?

A Convenção sobre Diversidade Biológica, documento assinado durante a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada na cidade do Rio de Janeiro em 1992 e aprovado segundo o Decreto Legislativo 2/1994, estabelece que a conservação da biodiversidade, utilização sustentável de seus componentes e repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos é dever de todos os signatários. Previu-se a proteção do patrimônio genético mundial como preocupação primordial e universal.

O patrimônio genético, que engloba bens tangíveis (conjunto de genes) e informações transmitidas (bens intangíveis), forma na realidade, uma entidade. Pode-se entender que esta entidade exige proteção de sua integridade tendo, portanto, natureza jurídica de sujeito de direito.

### 2.3.3 *Da pachamama*

A pachamama não se confunde com o meio ambiente. Este, no ordenamento brasileiro, goza de conceito positivado ao passo

que a pachamama sequer é mencionada, sob esta ou sob outras denominações. Na lei brasileira que trata da Política Nacional do Meio Ambiente<sup>27</sup>, *data vênia* a reprodução do conceito legal, meio ambiente consiste em: “o conjunto de condições, leis, influências e interação de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. É, portanto, definido como a conjugação de todos os fatores que permitem, abarcam e regulam a vida em todas as suas formas, não se confundindo com os bens corpóreos que o integram<sup>28</sup>.

O meio ambiente tem, assim, a natureza jurídica de macrobem autônomo e imaterial, revelando-se inapropriável, indisponível, indivisível e de titularidade difusa<sup>29</sup>. A pachamama é conceito muito mais amplo. Segundo a constituição equatoriana de 2008<sup>30</sup> a pachamama é um organismo vivo, provido de tutela constitucional. O capítulo 7º da Constituição equatoriana traz algo chamado “direitos da natureza”. A titularidade fica mais clara no art.71, que assinala que a Pachamama tem direito à sua existência e sobrevivência, uma vez que a vida dela decorre.

A compreensão sistêmica da natureza como um todo baseia-se no pressuposto de que a vida é dotada de uma unidade fundamental, na qual os diversos sistemas vivos, como em uma teia, apresentam padrões de organização semelhantes<sup>31</sup>. Na Bolívia o planeta Terra, como Grande Mãe ou pachamama, também é tratada como sujeito de direito, sendo considerada grande fortaleza daquele povo.<sup>32</sup>

### 3. Animais como sujeitos de Direito

para Kelsen a relação jurídica não ocorre entre o sujeito de dever e o sujeito de direito e sim entre o próprio dever jurídico e o direito reflexo que lhe corresponde. Assim, um direito subjetivo seria o reflexo de um dever jurídico e a relação jurídica seria uma relação entre normas. Isto posto, perfeitamente possível um animal ser parte e sujeito de direito.<sup>33</sup>

Em uma humanidade além dos humanos<sup>34</sup>, conforme aqui se propõe, existem inúmeros preceitos legais que prevêm direitos humanos para os *não humanos*, construídos com muita semelhança aos direitos humanos. Preceitos estes, alguns estudados na seção anterior, que acabam por permitir um certo acesso à justiça por novos sujeitos de direito ou pessoas não humanas, como preferem alguns<sup>35</sup>.

Até que o movimento abolicionista ganhasse força a partir de 1850, havia quase que um sentimento velado quanto à condição do escravo no Brasil. O mesmo ocorre com milhões de animais sencientes, nascidos livres, mas analogamente aos escravos, capturados, mutilados e vendidos como mecadoria. Utilizados para realização de trabalhos forçados ou mesmo mortos. Apesar da proximidade desses animais a nós na cadeia evolutiva, o silêncio, tal qual outrora em relação aos escravos, permanece, com poucos ecos de defesa.<sup>36</sup>

Para Reagan<sup>37</sup> a questão sobre os direitos dos animais se resume à compreensão de que estes se entendem como existentes no mundo e conscientes do que lhes acontecem. Sentem, sabem e assim são “sujeitos-de-uma-vida”. E, em seus termos se forem “sujeitos-de-uma-vida”, então têm direitos, exatamente como nós, humanos.

Com o advento da teoria darwiniana a idéia de que a humanidade integra um privilegiado e seletivo grupo de seres dentro de uma clara e imutável hierarquia perde o sentido.<sup>38</sup> Somos apenas mais uma espécie bem sucedida na cadeia evolutiva<sup>39</sup>. Neste sentido, consternados com a privação da liberdade de ir e vir da Chimpanzé de nome Suíça, bem como com as péssimas condições estruturais de sua jaula, um membro do Ministério Público e um grupo de pessoas, impetrou a favor daquela um *habeas corpus*. O Dr. Heron Gordilho enfrentou a fúria, descredito e até chacota daqueles que discordavam da possibilidade de um animal ser sujeito de direito. Para a surpresa de todos, e contrariando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>40</sup>, o remédio foi aceito<sup>41</sup>. O processo acabou sem o julgamento de

mérito vez que o animal veio a falecer. Muitos comemoraram esta morte, afirmando que o *habeas corpus* consistiria em “uma vergonha para o judiciário baiano”. Por estas e outras razões, alguns acreditam que, na realidade, a chimpazé foi assassinada.

Não são raros os exemplos de animais como partes processuais na atualidade. Contudo, há quase sempre uma fuga da apreciação do mérito. Verbo e graça, o caso dos lobos marinhos do Mar do Norte. Os animais, por intermédio do Ministério do Trânsito e do Instituto Hidrográfico da Alemanha, propuseram ação na qual pretendiam obrigar o Estado Alemão a proibir a chamada “Marinha dos Resíduos Venenosos”, que acabava por poluir e contaminar o meio onde vivem. A ação também foi recebida, mas o Poder Judiciário alemão entendeu que não possuía jurisdição em relação à causa.<sup>42</sup>

Há uma grande busca de fundamentos para a compreensão dos animais como sujeitos de direito em outros ramos da ciência. Felizmente a proposta kelseniana de *princípio da pureza*<sup>43</sup> não prosperou como se esperava, e não só pode-se, como os cientistas jurídicos são incentivados a buscar nos outros campos da ciência métodos e princípios aplicáveis o Direito na explicação da realidade – ou seja, dos fatos. Gordilho<sup>44</sup> busca na física, na biologia e na psicologia fundamentos para demonstrar a incoerência do antropocentrismo em detrimento dos animais.

O narcisismo antropocêntrico, porém, vai sofrer três duros golpes. Primeiro, quando Copérnico demonstrou que a terra não era o centro do universo, mas apenas um pequeno fragmento de um vasto sistema cósmico. Segundo, quando Charles Darwin provou que a espécie humana não surgiu pronta, como diz a Bíblia, e que ela possui um ancestral comum com os grandes primatas. E, por fim, quando o Freud demonstrou a irracionalidade humana e que o ego não é senhor dentro de sua própria casa, uma vez que a maior parte de nossas ações são inconscientes.

Uma vez provado, a partir de estudos comparados de anatomia e fisiologia, que todos os seres vivos têm a mesma ori-

gem, fica difícil argumentar a razão do abuso e desproteção dos animais.

Segundo Dworkin<sup>45</sup>, os conceitos, sejam eles da ciência jurídica ou outros grupos, são problemáticos porque os juristas os empregam mesmo quando não entendem exatamente o que eles significam. Por esta razão, busca-se oferecer novos pressupostos para a qualificação da importância da transdisciplinaridade do direito animal, demonstrando a insuficiência do tratamento jurídico dos animais, pouco privilegiados sob a natureza de bem ou coisa. O Direito atribuível a estes seres consistiria em um sentido de justiça, o marco do fim da aquiescência e o início da resistência<sup>46</sup>. Animais teriam portanto, direito de não só aceitar, mas também de acionar a justiça para darem fim a esta mera aquiescência.

A extensão do conteúdo da proteção da vida (não apenas a humana), como real fundamento para a existência de novos sujeitos de direito, e novos direitos, viabiliza-se com o reconhecimento de que a vida humana que se protege na Constituição Federal não é só a vida atual, mas a potencial, todas inseridas no “conjunto global dos interesses e direitos das futuras gerações”<sup>47</sup>

## **4. Outras entidades ambientais como sujeitos de Direito: patrimônio genético e pachamama**

### **4.1 Do patrimônio genético**

Dentre todos os males que podem ocorrer ou serem feitos à natureza, o único realmente irreversível é a extinção do DNA de uma espécie.<sup>48</sup> A ciência ainda não é capaz de reconstruir moléculas do ácido desoxirribonucléico<sup>49</sup> de espécies extintas. A idéia do patrimônio genético natural<sup>50</sup> com sujeito de direito é ainda pouco tratada, recebendo muito pouca atenção da doutrina pátria. Contudo, o patrimônio genético, com o advento da

Constituição de 1988, passou a receber tratamento jurídico nos moldes do art. 225, § 1º, II e V.

Nos termos do aludido instituto incumbe ao poder público *“preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação do material genético”*<sup>51</sup>. Neste ínterim, portanto, dá-se ao legislador subsídios constitucionais para proteção das espécies com o controle de técnicas tais como a engenharia genética.

Em face de eventuais empregos de técnicas que poderiam comprometer a integridade genética de determinada espécie observa-se a possibilidade de acesso à justiça por esta. Destaque-se que a Constituição não se refere apenas ao patrimônio genético humano, mas também às espécies vegetais, animais, fúngicos e bacterianas. Os vírus não são considerados serem vivos dada e estrutura simplificada que possuem.

A Lei de Biossegurança<sup>52</sup> visa a assegurar a tutela jurídica individual, como um direito da pessoa, mas também a tutela jurídica do patrimônio genético do povo brasileiro, o que, em termos práticos outorgaria capacidade processual a este. Seria, portanto, possível a propositura de uma ação em nome do patrimônio genético do povo brasileiro em face de ameaça à sua preservação e integridade.

Pode parecer uma inovação dúbia em termos de viabilidade. Mas não é. Patologias de toda natureza podem funcionar com agentes etnocidas a depender do povo e sua genética. Doenças mundialmente difundidas têm maior ou menor virulência em razão do patrimônio genético de cada povo. Um exemplo é o tratamento do HIV, vírus causador da AIDS, ou síndrome da imunodeficiência adquirida. Ele inclui remédios e técnicas diferenciadas para cada povo.

É justo que o patrimônio genético, ou seja, a biodiversidade, ao lado dos animais, seja considerado sujeito de direitos. Contudo, como esta é ainda uma discussão ainda pouco difundida, convém buscar em outros ramos do direito e da ciência, fundamentos para uma concretização desta realidade.

#### 4.1. Perspectivas de compreensão da pachamama como sujeito de direito

Inicialmente, a investigação e o conhecimento do meio ambiente limitavam-se a fenômenos naturais pertencentes ao campo da Bioecologia. A ecologia, conceito atribuído a Ernest Haeckel, em 1866, refere-se às relações de organismos vivos (animais e plantas) com o mundo externo. Odum<sup>53</sup> a define como parte da Biologia que se ocupa com “grupos de organismos e com os processos funcionais, na terra, nos oceanos e nas águas doces”. Naeem<sup>54</sup> refere-se ao surgimento de um novo paradigma, associado a uma série de debates numa dialética entre os que procuram explicar a natureza estudando suas partes e os que procuram explicar a natureza estudando seu comportamento sistêmico.

De acordo com o paradigma emergente, a biodiversidade governa o funcionamento do ecossistema, enquanto que, no paradigma até então dominante, a biodiversidade é um epifenômeno do funcionamento do sistema, estruturado secundariamente por processos comunitários.

O modelo atual não admite processos sistêmicos na compreensão da natureza, limitando, desta forma, seu poder, escopo e utilidade apenas para entendê-la. Naturalmente, argumenta Naeem, nenhum dos dois lados está correto num sentido absoluto. Mas o debate que provocou o surgimento de um novo paradigma, colocando o meio ambiente numa nova posição dentro do ecossistema, levou a um *feedback* entre o funcionamento do ecossistema e a biodiversidade, em vez de estudá-los de forma independente.

Foi em Cochabamba, na Bolívia, em abril de 2010 que real noção do que seria o meio ambiente quedou-se consubstanciada. Boff observou que, ao contrário do que ocorreu em Copenhague, ficou claro um consenso entre todos os 142 países que participaram da Conferência de Cochabamba, em considerar a Terra

como grande provedora Pachamama. Pachamama é uma palavra que na linguagem quéchua significa Grande Mãe.

Neste encontro admitiu-se a Terra como um Ser vivo, titular de dignidade e direitos. O documento resultante foi a “Declaração dos Direitos da Mãe Terra”, que prevê o direito à vida; o direito à continuação de seus ciclos e processos vitais; direito à saúde integral, dentre outros. A Assembléia Geral das Nações Unidas foi conclamada a adotá-la como padrão a ser seguido pelos povos de todo o mundo<sup>55</sup>.

Em uma perspectiva kelseniana, a positivação da Pachamama como sujeito de direitos em institutos jurídicos, como é o caso da constituição equatoriana, legitima-a como parte processual. Não seria, portanto, nem inviável, nem impossível, a busca ao poder judiciário para defender a natureza em uma legitimidade ativa.

Convém, contudo, compreender o que abrange a noção desta Pachamama, bem como a interação, o lugar do ser humano, sua cultura, tradição e práticas neste contexto. Segundo Francis Bacon o grande objetivo do ser humano é a dominação da natureza por tecnologia e ciência, observando, contudo, a obediência aos seus ditames.<sup>56</sup> Ora, neste miste, necessário se faria conhecer a natureza, e principalmente quais seriam estes ditames.

Até hoje é muito complicado se entender sob que perspectiva e método o planeta deve ser estudado e considerado. Descartes, considerado pai da filosofia moderna, por exemplo, rejeita a metodologia baconiana e preconiza o racionalismo. Há ainda os paradigmas éticos que informam e amparam a legislação de proteção da natureza, quais sejam, segundo Benjamin<sup>57</sup>: o antropocentrismo puro, o antropocentrismo mitigado e o não-antropocentrismo<sup>58</sup>.

Em uma perspectiva kuhniiana<sup>59</sup>, ao longo da história científica, foram utilizadas teorias subsequentes cada vez mais aperfeiçoadas, desde Sócrates a Newton e às modernas teorias quânticas. Seria possível a concepção de uma concepção final, acabada, que apresente a real e justa compreensão da natureza como um todo? Dada a constante evolução das relações humanas com a



Pachamama, é prudente acreditar que não. O avanço tecnológico, as mudanças das percepções éticas, os valores intrínsecos de cada sociedade, dentre outras variáveis, jamais permitiriam uma concepção acabada e justa ao longo de toda a história.

É uma tendência atual destacar-se a relação dinâmica entre sociedade e os animais, gestão e conservação da biodiversidade e ambiente físico. Teoricamente, o elemento humano é considerado parte do mundo vivente e, como tal, pertence à natureza. Mas, além da vida, o ser humano é constituído de inteligência, capaz de agir guiado pela razão, por emoções, pela tradição, enfim, pela cultura, e não apenas pelo instinto biológico do reino animal.

Neste contexto, o fato de se incluírem os fenômenos humanos como partes componentes do conhecimento do meio ambiente, em última instância, não afeta a ótica tradicional de se pensar o meio ambiente e a ecologia como campos de domínio do conhecimento da natureza. Afinal, o comportamento mecânico e irracional não é prerrogativa necessária dos entes animados e inanimados da natureza. Também nosso, sobretudo quando o agir no sentido da destruição atinge a todos nós, sem grandes diferenciações.

Neste sentido, muito mais importante do que o agir irracional ou instintivo do ser humano é o agir do ser inteligente. Desta forma, a cultura, produto do ser inteligente, pode ser vista como algo pertencente à natureza, e não como algo que se coloca em oposição a ela. Tal perspectiva, vale lembrar, não prescinde o fato de que, do ponto de vista do conhecimento, o fenômeno humano é objeto e sujeito da investigação, podendo elevar o fenômeno biótico e abiótico outrora apenas objeto de investigação, a titular e sujeito de direitos.

Isto posto, a própria cultura humana faz parte da Grande Mãe, como elemento integrante. O todo, incluindo o ser humano, pelo menos em termos atuais, deve ser considerado como sujeito tutelado. Por esta razão, a pachamama deve ser consi-

derada como sujeito de direito, devendo, inclusive ter acesso à justiça a fim de manter os seus ciclos e a vida como um todo.

Segundo Tavares, em uma conjuntura utilitarista e pragmática, na qual o que importa é o resultado, configura-se como perda de tempo a análise de outras questões tais como as sociológicas, antropológicas, históricas e filosóficas. O que importa é o *know how* técnico, atrelado à leitura legal<sup>60</sup>. No direito ambiental, contudo, observou-se que esta realidade não se aplica. A conjuntura ultrapassa a simples busca por resultados e requer uma análise holística. Bens e valores ambientais não se restringem a objetivos de curto prazo. São fundamentais para a materialização da vida, em todas as suas formas e tempo.

Para se entender as relações dos seres humanos com os demais componentes ambientais (degradação ou melhoria), não é suficiente olhar os primeiros a partir do enfoque exclusivamente biológico ou biofísico, ignorando-se questões espaciais e temporais, questões de complexidade e de simplicidade dos organismos analisados. Para se entender as relações humanas com outros componentes ambientais, é indispensável considerar as diferentes formas e complexidades de organização social. Além disto, é essencial considerar-se o nível de conhecimento e de desenvolvimento tecnológico a que chegou a humanidade em cada fase da história. Diferente dos demais seres vivos, a essência da vida humana é muito mais do que nascer, crescer e se reproduzir. E o planeta precisa ser protegido desta essência, muitas vezes avassaladora.

## 5. Considerações finais

Todos nós, indistintamente, vivemos por apenas um breve intervalo. Cada flor, inseto, cada animal, vive por um limitado lapso de tempo que determina a sua relevância na vastidão universal. O próprio planeta Terra, ou pachamama, tem uma história finita, com aproximadamente 4,54 bilhões de anos e prazo

de validade natural para expirar. Até o universo, que, de acordo com os dados atuais tem 13,7 bilhões de anos e, dada a sua constante expansão, também tem uma data para o colapso<sup>61</sup>. Então, por que defender a vida? Por que tamanha preocupação em tratar os animais e a própria Pachamama como sujeitos de direitos?

Tudo pela razão acima levantada. É o diminuto tempo que temos em vida que determina a nossa relevância na comunidade universal. É ele o que mais importa e, sobretudo, a forma como o gastamos que nos determina como seres e interfere no destino das coisas. A Pachamama, animais, enfim, a vida como um todo precisa ser protegida como qualquer sujeito de direito. Devem ser tutelados.

Se é a nossa capacidade de questionar e buscar respostas que nos define como seres humanos, é importante que as nossas conclusões sirvam, pelo menos, para dar um destino digno ao que nos circunda, caso contrário, não há grande diferença entre um homem e um bonobo. Talvez apenas a diferença de que este último tenha clara noção do quanto o seu meio é importante para a sua própria vida, de sua prole e seguintes.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, José C. V. de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2004. PP. 368-369 apud, SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à Justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2011.

BACON, Francis. **Novum Organum ou Verdadeiras Indicações acerca da Interpretação da Natureza**. Pará de Minas: Virtual Books Online M&M Editores Ltda: 2000/2003. [www.virtualbooks.com.br](http://www.virtualbooks.com.br).

BENJAMIN, Antônio Herman. **A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso?** Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério público do Estado de São Paulo, ano 1, vol. 1, nº 2, julho/2001, apud: NOIRTIN, Célia R.F.F. **Animais não humanos:**

**sujeitos de direitos não personificados.** *Revista Brasileira de Direito Ambiental.* Ano 5, vol. 6, jan-jun 2010.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à Justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito.** 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOLÍVIA, **Constitución de la República del Bolivia,** de 1967, revista em 1994.

BRASIL, **Código de Processo Civil.** Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

BRASIL, **Política Nacional do Meio Ambiente.** Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 05 de outubro de 1988.

BRASIL, **Lei de Biossegurança.** Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005.

BRASIL, **Lei de Crimes Ambientais,** Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 2009

CAPRA, Fritjof. **As Conexões Ocultas.** São Paulo: Cultrix, 2002.

CHAFUN, Mery. **Animais humanos e não-humanos: princípios para solução dos conflitos.** *Revista Brasileira de Direito Animal.* Ano4, nº5, jan - dez 2009.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil.** Vol.1. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito.** 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EQUADOR, **Constitucion de la República del Ecuador ,** de 28 de setembro de 2008.

FAVRE, David. **Living property: a new status for animals within the legal system**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. N.20, ano 2010.1. Salvador: UFBA, 2010

GORDILHO, Heron José de Santana. **Direito Ambiental Pós-Moderno**. São Paulo: Juruá, 2009.

\_\_\_\_\_. **Abolicionismo animal**. Salvador: Evolução, 2009.

\_\_\_\_\_, (et al). **Habeas corpus impetrado a favor da Chimpanzé Suíça na 9ª Vara Criminal de Salvador**. Revista Brasileira de Direito Animal. Ano 1, Número 1, jun/dez 2006.

HAWKING, S. MLODINOW, L. **O grande projeto**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LEITE, José R. M. e AYALA, Patryck de A. **Direito ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003

LEVAI, Laerte F. **Crueldade consentida: a violência humana contra os animais e o papel do ministério público no combate à tortura institucionalizada**. Disponível em: [http://www.forumnacional.com.br/crueldade\\_consentida.pdf](http://www.forumnacional.com.br/crueldade_consentida.pdf). Acesso em: 09 dez. 2011.

LOURENÇO, Daniel Braga. **Direitos dos Animais – Fundamentação e Novas Perspectivas**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008.

MATSUBARA, Márcia M. O., **Ordem de Habeas Corpus em favor das chimpanzés “Lili” e “Megh”**. Revista Brasileira de Direito Ambiental. Ano 3, n.º4, jan/dez 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. Parte Geral.** Vol.1. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MORAIS, Germana. **UNASUL: notas sobre a integração energética e cultural da América do Sul.** Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, n.11, Ano 9, Edições Demócrito Rocha: Fortaleza, nov., 2010.

NAEEM, S. **Ecosystem consequences of biodiversity loss: the evolution of a paradigm.** Ecology 83(6): 2002.

NOIRTIN, Célia R.F.F. **Animais não humanos: sujeitos de direitos não personificados.** Revista Brasileira de Direito Animal. Ano 5, vol. 6, jan-jun 2010

ODUM, E. **Ecologia.** 3 ed. São Paulo: Pioneira, 1977.

PAUL, Wolf. **A irresponsabilidade organizada? Comentários sobre a Função Simbólica do Direito Ambiental.** In: JUNIOR, J.A. de O. (Org.). **O Novo em Direito e Política.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

REGAN, Tom. **Jaulas Vazias.** Porto Alegre: Lugano.

SALT, Henry. **Animal's rights: considered in relation to social progress.** Pennsylvania: Society for Animals Rights, 1980.

SCHWARTZ, Germano. **O humano e os humanos nos direitos humanos: Animais, Pacha Mama e altas tecnologias,** artigo em: SCHWARTZ, Germano (org.). **Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SINGER, Peter. **Vida ética.** Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à Justiça.** Salvador: 02 de Julho, 2011.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Valoração de danos ambientais irreversíveis.** MPMG Jurídico, Belo Horizonte, 2011. Edição especial. Disponível em: <https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/handle/123456789/10061>. Acesso em: 10 dez 2011

TAVARES, André R. **Fronteiras da Hermenêutica Constitucional**. Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo: Método, 2006.

TEUBNER, Gunther. **Rights of Non-Humans? Eletronic Agents and Animals as New Actors in Politics and Law**. Journal of Law and Society. London: Wiley, 2006.

## NOTAS

- <sup>1</sup> Expressão amplamente utilizada por juristas e demais pesquisadores do mundo inteiro para designar o planeta Terra como sujeito de Direito. “A crença na Terra como Grande Mãe foi consagrada na Conferência Mundial dos Povos sobre Mudanças Climáticas e os Direitos da Mãe Terra, que ocorreu em Cochabamba Bolívia, em abril de 2010. Boff (Leonardo Boff) observou que, ao contrário do que aconteceu em Copenhagen, houve um consenso entre os 142 países que participaram da Conferência da Cochabamba, porque seus representantes tinham em suas mentes e em seus coração o amor à vida e a Pachamama. Patchamama é uma palavra, que na linguagem quéchua significa Grande Mãe. Na América do Sul, há uma forte crença de origem indígena, segundo a qual todos somos filhas e filhos de Pachamama, a Grande Mãe.” MORAIS, Germana. **UNASUL: notas sobre a integração energética e cultural da América do Sul**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, n.11, Ano 9, Fortaleza: Edições Demócrito Rocha, nov., 2010, p.15.
- <sup>2</sup> GORDILHO. Heron J. de S. *Abolicionismo animal*. Salvador: Evolução, 2009. p.112.
- <sup>3</sup> “Pessoa é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações sendo sinônimo de sujeito de direito”. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p.461.
- <sup>4</sup> “na acepção jurídica, pessoa é o ente físico ou moral, suscetível de direitos e obrigações. Neste sentido, pessoa é o sinônimo de sujeito de direito ou sujeito da relação jurídica” MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral. Vol.1. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 56
- <sup>5</sup> BRASIL, *Código de Processo Civil*. Art.12, III-V, VII e IX.
- <sup>6</sup> Neste sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

- <sup>7</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. Vol.1. São Paulo: Saraiva, 2003, p.138-139.
- <sup>8</sup> Schwartz traz o caso dos ativistas que levaram ao conhecimento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem a pretensão de reconhecimento do macaco Hials Pan como pessoa, SCHWARTZ, Germano. O humano e os humanos nos direitos humanos: Animais, Pacha Mama e altas tecnologias, artigo em: SCHWARTZ, Germano (org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.212.
- <sup>9</sup> Neste sentido, “Segundo Robert Mitchel, embora os grandes primatas não sejam pessoas no sentido completo do termo, eles têm capacidades psicológicas que os fazem merecer a nossa proteção” GORDILHO, Heron. Apud: MATSUBARA, Márcia M. O., Ordem de Habeas Corpus em favor das chimpanzés “Lili” e “Megh”. *Revista Brasileira de Direito Ambiental*. Ano 3, n<sup>o</sup>4, jan/dez 2008, p.373.
- <sup>10</sup> “(...) é certo que uma interpretação constitucional livre de qualquer espcisismo, conjuntamente com alguns princípios como prevenção (...) e educação desde a infância podem favorecer uma mudança de paradigma, melhorar a visão de sujulgação e desconsideração por outras formas de vida, que em alguns momentos diferem da vida humana, em outros se igual, e ainda que não se observe qualquer semelhança, a vida é preciosa independente da espécie, independente do homem”. CHAFUN, Mery. Animais humanos e não-humanos: princípios para solução dos conflitos. *Revista de Direito Animal*. Ano4, n<sup>o</sup>5, jan-dez 2009, p.86
- <sup>11</sup> A questão da dominação vem à tona quando se discute a idéia de equilíbrio/desequilíbrio ambiental. A presença de um dominador no meio ambiente já está presente na Bíblia quando se diz, com relação ao ser humano: “crescei, multiplicai-vos, enchei a terra e sujeitai-a; dominai sobre os peixes do mar, sobre as aves dos céus, e sobre todo animal que rasteja pela terra” (Gênesis, 2:28). O mesmo ocorre no início da era moderna, com o princípio positivista de que a ciência teria como fim o conhecimento e o domínio da natureza, até porque não se trata de um saber neutral, sem imbricações políticas e de dominação na condução de suas pesquisas. Essa visão de mundo tem colocado o ser humano no centro do universo, tendo por obrigação colocar tudo o mais para atender seus interesses.



- <sup>12</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 1-2.
- <sup>13</sup> BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Acesso à Justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- <sup>14</sup> SOUZA Wilson Alves de. *Acesso à Justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2011, p.94
- <sup>15</sup> SINGER, Peter. *Vida ética*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, p.52
- <sup>16</sup> ANDRADE, José C. V. de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2004. PP. 368-369 apud, SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à Justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2011. p.84
- <sup>17</sup> “As Declarações não possuem força de lei, mas em geral, exercem influência no desenvolvimento de novas regras jurídicas e nas decisões tanto no plano interno, como no internacional,” TINOCO, Isis A. P.; CORREIA, Mary L. A. Análise crítica sobre a declaração universal dos direitos dos animais. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Ano 5, vol. 7, jul – dez, 2010, p.150.
- <sup>18</sup> FAVRE, David. Living property: a new status for animals within the legal sistem. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*. N.20, ano 2010.1. Salvador: UFBA, 2010, p.210.
- <sup>19</sup> LEVAI, Laerte F. *Crueldade consentida: a violência humana contra os animais e o papel do ministério público no combate à tortura institucionalizada*. Disponível em: [http://www.forumnacional.com.br/crueldade\\_consentida.pdf](http://www.forumnacional.com.br/crueldade_consentida.pdf) Acesso em: 09 dez. 2011.
- <sup>20</sup> NOIRTIN, Célia R.F.F. Animais não humanos: sujeitos de direitos não personificados. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Ano 5, vol. 6, jan-jun 2010, p.146-147.
- <sup>21</sup> BRASIL, *Lei de Crimes Ambientais*, Lei n<sup>o</sup> 9.605, de 12 de fevereiro de 2009. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências
- <sup>22</sup> BRASIL, *Lei de Biossegurança*. Lei n<sup>o</sup> 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1<sup>o</sup> do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS,

- reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências.
- 23 FAVRE, David. Living property: a new status for animals within the legal system. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*. N.20, ano 2010.1. Salvador: UFBA, 2010, p.210.
- 24 DUTRA, Valéria de S. A. Animais, sujeitos de direito ou sujeitos-de-uma-vida?. In: *Anais do Conpedi*, Manaus, novembro de 2006. P.938. disponível em: [www.conpedi.org.br/manaus/.../valeria\\_de\\_souza\\_arruda\\_dutra-2.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/.../valeria_de_souza_arruda_dutra-2.pdf). Acesso em: 09 dez.2011.
- 25 “Não há como entender que seres, como cães e gatos, que possuem um sistema nervoso desenvolvido e que por isso sentem dor, que demonstram ter afeto, ou seja, possuem vida biológica e psicológica, possam ser considerados como coisas, como objetos materiais desprovido de sinais vitais.” STJ, RE 1115916, Publicado em 18 set 2009.
- 26 FAVRE, David. Living property: a new status for animals within the legal system. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual da Bahia*. N.20, ano 2010.1. Salvador: UFBA, 2010, p.218.
- 27 Lei 6.938/1981, de 31 de agosto de 1981. *Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências*.
- 28 LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003, p.91-92.
- 29 *Ib idem*.
- 30 EQUADOR, *Constitucion de la República del Ecuador*, de 28 de setembro de 2008.
- 31 CAPRA, Fritjof. *As Conexões Ocultas*. São Paulo: Cultrix, 2002, p.93.
- 32 Nos termos da Constituição boliviana “*Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, com La fortaleza de nuestra Pachamama y graçaias a Dios, refundamos a Bolívia*”. Preambulo.
- 33 GORDILHO, *Abolicionismo animal*. Salvador: Evolução, 2009, p.36.

- <sup>34</sup> SCHWARTZ, Germano. O humano e os humanos nos direitos humanos: Animais, Pacha Mama e altas tecnologias, artigo em: SCHWARTZ, Germano (org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.222.
- <sup>35</sup> Neste sentido, TEUBNER, Gunther. Rights of Non-Humans? Electronic Agents and Animals as New Actors in Politics and Law. *Journal of Law and Society*. London: Wiley, 2006, p.497. ‘
- <sup>36</sup> GORDILHO, Heron José de Santana. *Direito Ambiental Pós-Moderno*. São Paulo: Juruá, 2009, p.141.
- <sup>37</sup> REAGAN, Tom. *Jaulas Vazias*. Porto Alegre: Lugano, p.11
- <sup>38</sup> LOURENÇO, Daniel Braga. *Direitos dos Animais – Fundamentação e Novas Perspectivas*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008, p.276-277.
- <sup>39</sup> Segundo Oscar Motomura “Minha própria experiência é que quanto mais entendemos a grande realidade na qual vivemos, mais humildes nos tornamos. Adquirimos um respeito excepcional por todos os seres vivos – sem qualquer exclusão. Passamos a ter um relacionamento melhor com todos. Desenvolvemos uma nova ética, não nos deixando levar por falsos valores. Conseguimos viver sem ansiedades, com mais flexibilidade e tolerância. Prefácio do livro CAPRA, Fritjof. *A Teia da Vida*. São Paulo: Cultrix, 1996, p.16.
- <sup>40</sup> “Animal não pode integrar uma relação jurídica, na qualidade de sujeito de direito, podendo apenas ser objeto de direito, atuando como coisa ou bem” (STF RHC – 63/399)
- <sup>41</sup> GORDILHO, Heron José de S. (et al). Habeas corpus impetrado a favor da Chimpanzé Suíça na 9ª Vara Criminal de Salvador. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Ano 1, Número 1, jun/dez 2006. P.261-180.
- <sup>42</sup> PAUL, Wolf. *A irresponsabilidade organizada? Comentários sobre a Função Simbólica do Direito Ambiental*. In: JUNIOR, J.A. de O. (Org.). *O Novo em Direito e Política*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.179.
- <sup>43</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.1
- <sup>44</sup> GORDILHO. Heron S. *Abolicionismo animal*. Salvador: Evolução, 2009. p.33.

- <sup>45</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.5
- <sup>46</sup> SALT, Henry. *Animal's rights: considered in relation to social progress. Pennsylvania: Society for Animals Rights*, 1980. p.2
- <sup>47</sup> LEITE, José R. M. L. e AYALA, Patryck de A. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 57
- <sup>48</sup> STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Valoração de danos ambientais irreversíveis. MPMG Jurídico, Belo Horizonte, p.24-30, 2011. Edição especial. Disponível em: <https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/handle/123456789/10061> . Acesso em : 10 dez 2011, p.24.
- <sup>49</sup> “O ácido desoxirribonucleico (ADN, em português: *ácido desoxirribonucleico*; ou DNA, em inglês: *deoxyribonucleic acid*) é um composto orgânico cujas moléculas contêm as instruções genéticas que coordenam o desenvolvimento e funcionamento de todos os seres vivos e alguns vírus. O seu principal papel é armazenar as informações necessárias para a construção das proteínas e ARNs. Os segmentos de ADN que contêm a informação genética são denominados genes. O restante da sequência de ADN tem importância estrutural ou está envolvido na regulação do uso da informação genética.” De acordo com Wikipédia. Disponível em: [http://pt.wikipedia.org/wiki/%C3%81cido\\_desoxirribonucleico](http://pt.wikipedia.org/wiki/%C3%81cido_desoxirribonucleico). Acesso em: 25 de nov. De 2011.
- <sup>50</sup> O patrimônio genético é a informação contida em amostras do todo ou de parte de espécime na forma de moléculas de DNA ou RNA existentes em células ou substâncias provenientes do metabolismo desses seres vivos ou mortos.
- <sup>51</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. art. 225, § 1º, II e V.
- <sup>52</sup> BRASIL, *Lei de Biossegurança*. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005.
- <sup>53</sup> ODUM, E. *Ecologia*. 3ª ed. São Paulo: Pioneira, 1977, p.22.
- <sup>54</sup> NAEEM, S. *Ecosystem consequences of biodiversity loss: the evolution of a paradigm*. Ecology 83(6): 2002, p. 1537-1552.
- <sup>55</sup> MORAIS, Germana. UNASUL: *notas sobre a integração energética e cultural da América do Sul*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, n.11, Ano 9, Fortaleza: Edições Demócrito Rocha, nov., 2010. p. 16

- <sup>56</sup> BACON, Francis. *Novum Organum ou Verdadeiras Indicações acerca da Interpretação da Natureza*. Pará de Minas: Virtual Books Online M&M Editores Ltda: 2000/2003. [www.virtualbooks.com.br](http://www.virtualbooks.com.br)
- <sup>57</sup> BENJAMIN, Antônio Herman. A natureza do direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso? *Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério público do Estado de São Paulo*, ano 1, vol. 1, nº 2, julho/2001. P.149-172, apud: NOIRTIN, Célia R.F.F. Animais não humanos: sujeitos de direitos não personificados. *Revista Brasileira de Direito Ambiental*. Ano 5, vol. 6, jan-jun 2010, p.144.
- <sup>58</sup> “O autor explica que os primeiros esforços da tutela jurídica do meio ambiente foram estritamente antropocêntricos. Havia uma divisão entre a humanidade e o resto da natureza sendo que o ser humano é a principal ou única fonte de valor e significado no mundo e a natureza existe com o único propósito de servir aos homens”. NOIRTIN, Célia R.F.F. Animais não humanos: sujeitos de direitos não personificados. *Revista Brasileira de Direito Ambiental*. Ano 5, vol. 6, jan-jun 2010, p.144.
- <sup>59</sup> KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 9 ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.
- <sup>60</sup> TAVARES, André R. *Fronteiras da Hermenêutica Constitucional*. Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo: Método, 2006, p.30.
- <sup>61</sup> HAWKING, S. MLODINOW, L. *O grande projeto*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. p.113.

Recebido em: 28/11/2011.

Aprovado em: 02/02/2012.



# JURISPRUDÊNCIA

---

CASES





# SENTENÇA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO DO RJ x PREFEITURA MUNICIPAL E IBAMA

*Alberto Nogueira Júnior\**

AÇÃO CIVIL PÚBLICA no. 2004.5101002758-3

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.: ANAIVA OBERST CORDOVIL E OUTRO

RÉU: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS – IBAMA e MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL propôs Ação Civil Pública contra o INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS – IBAMA e o MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, alegando ser “notório o comércio clandestino de animais silvestres em feiras livres no Rio de Janeiro, onde, além do comércio ilegal, os animais – silvestres, exóticos e domésticos – são submetidos a evidentes e inquestionáveis atos de maus – tratos, sem qualquer interferência da autarquia federal com atribuição específica – IBAMA, nem do MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO”, e que “instaurou, em 04.03.1998, o Procedimento Administrativo no. 08120.000258/98-39, com o escopo de apurar o comércio ilegal de animais silvestres em feiras livres no Rio de Janeiro, motivado pelo Batalhão de Polícia

---

\* Juiz Federal no Rio de Janeiro (RJ), mestre e doutor em Direito pela Universidade Gama Filho, professor adjunto da Universidade Federal Fluminense (UFF), professor adjunto da Sociedade Educacional São Paulo Apóstolo (SESPA/UniverCidade).

Florestal e Meio Ambiente da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, que encaminhou o ROP no. 01/358/98, de 18.02.1998”, no qual era comunicada “a ocorrência de operação policial nas feiras livres da Praça Varnhagen, na Tijuca, e de Duque de Caxias, em 08.02.1998”, tendo sido apreendidos, “somente na feira da Tijuca, 18 (dezoito) melros, 01 (um) sabiá – branca, 19 (dezenove) canários – da – terra, 42 (quarenta e dois) azulões, 08 (oito) coleiros do brejo, 06 (seis) caboclinhos, 04 (quatro) galos de campina, 10 (dez) tico – ticos, 20 (vinte) coleiros baianos, 04 (quatro) trinca – ferros, 01 (um) estrelinha, 13 (treze) pintassilgos, 05 (cinco) papacupins, 03 (três) sanhaços, 01 (um) curió, 03 (três) jandaias, 01 (um) mico (sagüi), 11 (onze) jabutis, 07 (sete) tigres d’água, 05 (cinco) corrupiões, 01 (um) papagaio, 01 (um) sargento, além de diversas gaiolas e transportes de animais”, e que a FUNDAÇÃO RIO ZÔO endereçara Ofício ao Sr. Comandante do Batalhão de Polícia Florestal no qual solicitava que cessasse de enviar ao Zoológico uma relação de animais, por motivo de superlotação, “o que impede que os animais sejam mantidos adequadamente”. Solicitada pelo Ministério Público Federal, a Polícia Florestal encaminhou 21 (vinte e uma) ocorrências policiais realizadas em feiras – livres, sendo vinte no ano de 1998, a maioria nas feiras de Duque de Caxias e da Tijuca. Em 20.06.1999, o Núcleo de Prevenção e Repressão a Crimes Ambientais do Departamento de Polícia Federal no Rio de Janeiro realizou uma operação policial na feira de animais da Tijuca, quando foram apreendidas 103 (cento e três) aves e 06 (seis) jabutis, e foram presas duas pessoas; posteriormente, em 02.08.1999, a Polícia Federal informou, através do Ofício no. 6252/99, que “não só as aves silvestres são comercializadas nestas feiras”, mas que houvera “mudança de estratégia dos comerciantes de feiras, que preferem matar as aves (por esmagamento ou quebrando-lhes o pescoço) do que ver as mesmas sendo “apreendidas” pelas polícias, principalmente aquelas aves cujo valor comercial é mais alto”.

O Ministério Público Federal oficiou ao Representante Regional do IBAMA, “requisitando informar as providên-

cias adotadas para coibir o comércio ilegal de animais silvestres nas feiras livres do Estado do Rio de Janeiro, através do Ofício no. 1611/99, em 30.08.1999, reiterado através dos Ofícios 1844/99, 2070/99, 053/2000 e 308/2000”, tendo obtido resposta em 24.02.2000, contudo, sem que “nenhuma operação” fosse “narrada, apesar ter o IBAMA admitido o conhecimento do comércio de animais em feiras livres”; recebeu, da FUNDAÇÃO RIO ZÔO, “um levantamento dos animais apreendidos nos anos de 1995 a 2000 e depositados naquele Zoológico”, tendo sido constatado que “a grande maioria dos animais apreendidos em feiras morrem, devido aos maus – tratos cometidos pelos criminosos”; e, em 14.09.2001, recebeu Ofício do próprio Sr. Gerente Executivo do IBAMA/RJ solicitando a adoção de providências em face de notícias de práticas de crimes contra a fauna na Praça Varnhagen, requisição esta que impressionou o órgão ministerial, já que “a autarquia federal possui poder de polícia, destinada a cobrir os ilícitos ambientais”, mas preferiu reportar-se ao Parquet, “ao invés de adotar alguma providência”. Em 16.01.2001, a Polícia Federal realizou uma operação policial, com o apoio do IBAMA, visando a coibir o tráfico de animais silvestres na Praça Varnhagen, Tijuca, “quando foram apreendidos 208 (duzentos e oito) animais da fauna silvestre brasileira”, e, em 16.08.2002, o Ministério Público Federal expediu a Recomendação PR/RJ/AC no. 07/02 à Polícia Federal, para que fossem realizadas, “periodicamente, vistorias na feira livre de Duque de Caxias e na Praça Varnhagen, na Tijuca, a fim de que os ilícitos que ali ocorrem sejam reprimidos, bem como sejam tomadas medidas capazes de identificar o local onde os animais são escondidos, bem como o momento em que chegam às feiras”; não obstante a atividade de repressão, “em fevereiro de 2003 a “Feira da Praça Varnhagen” já estava em funcionamento em frente à Estação do Metrô de São Francisco Xavier, no mesmo bairro, tendo a Polícia Federal lavrado o Termo Circunstanciado no. 003/2003, em 09.02.2003”.

Alega, também, que “a ANIDA – ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS DOS ANIMAIS, repre-

sentou junto ao Ministério Público Federal, narrando a mudança da “Feira da Praça Varnhagen para a Av. Heitor Beltrão, esquina com a Rua S. Francisco Xavier, ao lado da Igreja de São Francisco Xavier, local onde todos os domingos é montada uma feira livre na qual são vendidos animais silvestres, e que, mesmo já tendo comunicado o fato ao IBAMA, Sub-Prefeitura da Tijuca, Superintendência de Vigilância Sanitária do Rio de Janeiro, ao Prefeito César Maia, à 19ª. DP e à Delegacia do Meio Ambiente, a “Feira” permanece todos os domingos no mesmo lugar”, como comprovado mediante “farta documentação, inclusive, cópia de ocorrências policiais, fotografias e cópia de correspondências eletrônicas mantidas pela Presidente da referida Associação e o Prefeito do Município do Rio de Janeiro, Sr. César Maia, e com a Linha Verde do IBAMA”; os Procuradores da República ANAIVA OBERST e ORLANDO MONTEIRO, então, em 28.09.2003, acompanharam pessoalmente “uma operação realizada pelo Batalhão de Polícia Florestal da PMERJ”, “ao lado da Igreja de São Francisco Xavier, em frente à Estação do Metrô de São Francisco Xavier, a qual culminou com a lavratura do Termo Circunstanciado no. 37/2003/DELEFAZ/SR/DPF/RJ, quando testemunharam o comércio ilegal de animais silvestres, além dos notórios maus – tratos a que eram submetidos animais silvestres, exóticos e domésticos”, encontrando-se, “em sua maioria, em pleno sol, sem água ou alimento, muitos visivelmente estressados”, tendo sido apreendidos “01 (um) *turdus rufiventris*, 03 (três) *sicalis flaveola*, 03 (três) *coryphospingus pileatus*, 01 (um) *callithrix sp* (espécie ameaçada de extinção, relacionada no Anexo II da CITES – Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies da Flora e Fauna Selvagens em perigo de Extinção), 02 (dois) *thraupis sp*, 03 (três) *sporophila sp*, 01 (um) *paroaria coronata* (espécie igualmente relacionada no Anexo II da CITES), 01 (um) *zonotrichia capensis*, 01 (um) *paroaria dominicana*, 01 (um) *passerina brissoni* (espécie que consta na Lista Oficial da Fauna Ameaçada do Estado do Rio de Janeiro), 01 (um) *saltator similis* e 01 (um) *icterus jamacaii*, todos da fauna silvestre nacional”; que, ainda

nessa ocasião, “foi constatado pelos Procuradores da República que os animais são vendidos livremente, sem qualquer controle, quer ambiental, policial ou sanitário, sendo possível a qualquer pessoa, inclusive, encomendar animais silvestres para entrega posterior, mesmo na presença de policiais militares em ronda de rotina, que nenhuma providência adotam”.

Alega, mais, que “a RENCITAS – REDE NACIONAL DE COMBATE AO TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES encaminhou, a pedido do Ministério Público Federal, cópia de 56 (cinquenta e seis) denúncias recebidas via INTERNET sobre o tráfico de animais silvestres em algumas feiras livres no Rio de Janeiro”, “com freqüentes denúncias sobre a “Feira da Tijuca”, Duque de Caxias, Honório Gurgel, etc.”; que “o próprio IBAMA elaborou, em março de 2001, o “Programa Brasileiro de Proteção à Fauna Silvestre”, no qual, “segundo registros do Departamento de Fiscalização “ da entidade, “90% (noventa por cento) do comércio de animais selvagens é ilegal, e acredita-se que, em função das condições infames de captura e transporte, de cada 10 (dez) animais retirados da Natureza, apenas 01 (um) consiga sobreviver em cativeiro”, e que o referido documento “elencas, no Rio de Janeiro, uma extensa lista de locais onde reconhecidamente são comercializados animais silvestres”, porém, o IBAMA “nada faz para evitar a ocorrência do dano ambiental”.

Alega, outrossim, que “existe o risco de transmissão de doenças para a população, eis que os animais vendidos nas feiras não têm qualquer controle de zoonoses, nem são atendidos por veterinários”; e que, em 23.9.2003, o próprio Sr. Subprefeito da Tijuca, “em resposta à requisição do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, através do Ofício no. 1337/2003 – CGAP 2.2, confessa o conhecimento da venda de animais silvestres na “Feira da Tijuca””, no sentido de que “é fiscalizada todos os domingos, mas, com relação à venda de animais silvestres, essa fiscalização é da responsabilidade do IBAMA”.

Invoca o Ministério Público Federal o disposto nos arts. 23, VI e VII e 225, §§ 1º, VII e 3º. da CF/88; o Decreto no. 58.054,

de 23.3.1966, que promulgou a Convenção para a Proteção da Flora, Fauna e das Belezas Cênicas dos Países da América; do Decreto no. 2.519,d e 16.3.1998, que promulgou a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada pelo Brasil por ocasião da ECO/92; o Decreto no. 76.623, de 17.11.1975, que promulgou a Convenção sobre o Comércio Internacional das Espécies da Flora e da Fauna em Perigo de Extinção, “onde não só se coíbe somente o comércio internacional ilegal, mas obrigam-se os países signatários à adoção de medidas que visem a preservação das diversas espécies ameaçadas, inclusive coibindo-se o comércio local de espécies exóticas em risco de extinção nos países em que são endêmicas”; os arts. 29, “caput” e § 3º., e 32 da Lei no. 9.605/98; 14, § 1º. da Lei no. 6.938/81 2º. da Lei no. 7.735, de 22.02.1989; 30, VI, letra “b”; VII, letras ‘c” e “d”; X; XVIII, letra “d”; XXI, letra “b”; XLI; e 34, todos da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro; e concluiu, afirmando que “os réus têm agido de forma flagrantemente omissa diante do caso”. Pediu, assim, a concessão de medida liminar, “inaudita altera parte”, determinando-se ao MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO “que impeça a montagem da feira de animais que ocorre aos sábados em Honório Gurgel e aos domingos ao lado da Igreja de São Francisco Xavier, em frente à Estação do Metrô, na Tijuca”; que “o IBAMA fiscalize os locais acima mencionados, autuando todas as infrações ambientais perpetradas nos referidos dias”; “que os réus exerçam fiscalização eficaz de modo a impedir que as feiras apenas mudem de dias ou de endereço”; que “os réus identifiquem e informem ao Juízo os demais locais de comércio clandestino de animais no MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, no prazo de três meses”; tudo isto, sob pena de “multa diária paras hipóteses de descumprimento da medida”; a intimação da União Federal para, querendo, “integrar a lide”; a citação dos réus; e a procedência da ação, ao final, condenando-se os réus IBAMA e MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, em “obrigação de fazer, impedindo a montagem de feiras onde ocorram comércio ilegal de animais em todo o MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO”;

condenando-se o MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO em “obrigação de fazer, cadastrando e regularizando o comércio ambulante legal de mercadorias que podem ser vendidas sem maiores restrições, e que acompanham atualmente o comércio de animais, sendo coibida, contudo, a venda de animais, evitando-se o tráfico de animais bem como a ocorrência de maus – tratos”; a condenação do IBAMA “a fiscalizar de forma eficiente a comercialização de animais”; e a condenação solidária dos réus IBAMA e MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO em “obrigação de dar, consistente em pagamento de indenização, no valor de um milhão de reais cada, pelos danos causados ao meio ambiente, especificamente à fauna silvestre, doméstica e exótica que vem sendo comercializada livremente, bem como pela submissão de animais a atos de maus – tratos, permitidas pela omissão dos réus, a ser revertido ao Fundo mencionado no art. 13 da Lei no. 7347/85, instituído pela Lei no. 7797/89”. (fls. 02/34) Juntou documentos (fls. 35/579).

A medida liminar “inaudita altera parte” foi concedida às fls. 610, no sentido de determinar aos réus “que impeçam o comércio de animais silvestres em Honório Gurgel e ao lado da Igreja de São Francisco Xavier, em frente à Estação do Metrô, na Tijuca, imediatamente após intimados” da ordem, bem como para que fossem advertidos que “a simples mudança de local das feiras, ou dos dias em que são realizadas, não equivalerá ao cumprimento desta medida liminar”, ressalvando-se da proibição “apenas criadores registrados no IBAMA”, sob pena de multa de “dez mil reais por dia de mora”.

Às fls. 612/613, interpôs o IBAMA embargos de declaração, solicitando designação de “audiência especial, intimando a Polícia Federal, a fim de que o Ministério Público Federal aponte efetivamente os respectivos focos, montando-se operação conjunta para desbaratar eventuais quadrilhas de tráfico de animais silvestres”.

O recurso foi improvido às fls. 614, sob o fundamento de que “os locais onde a medida liminar deverá ser efetivada foram

mencionados expressamente na inicial e às fls. 610”; que, “quanto à participação da Polícia Federal e do Ministério Público Federal, é questão que pode ser acertada em âmbito administrativo, inclusive por meio de inquérito civil público”; que “somente se justificaria a atuação judicial se demonstrada, portanto, a necessidade da sua intervenção em caráter substitutivo, e.g., se trazidos aos autos cópias de requerimentos administrativos não respondidos”, o que não aparentava “ser o caso dos autos”.

Citados e intimados o IBAMA (fls. 618/620) e o MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO (fls. 621/622), comunicou este a interposição de agravo de instrumento (fls. 625/633). Contestação do IBAMA às fls. 635/637, tendo alegado, em síntese, preliminarmente, ilegitimidade “ad causam”, já que “fiscalizar feiras livres” “não tem a ver com a execução das *políticas nacionais do meio ambiente*”; que “isso é atribuição dos Municípios, quando muito dos Estados, pois dizer que o IBAMA é competente para fiscalizar todas as feiras livres do Brasil seria o mesmo que se exigir dele o impossível, sem falar que seria a própria negação do SISNAMA”, *ex vi* os arts. 6º, IV, V e VI da Lei no. 6.938/81; que, “sempre que acionado”, “atua”, “mas sempre em caráter suplementar e excepcional”, não “originária e comum”.

Contestação do MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO às fls. 639/648, tendo alegado, em síntese, preliminarmente, falta de interesse processual do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL na ação, já que “a feira que se realiza ao lado da Igreja São Francisco Xavier, em frente à Estação do Metrô, na Tijuca, é uma feira licenciada pela Prefeitura”, daí porque “desnecessária a presente via judicial”; no mérito, que “o art. 30 da CF arrola as atribuições específicas do Município, delas não constando a fiscalização e repressão ao comércio ilegal de animais silvestres”; que “a Lei Orgânica do Município igualmente nada estabelece quanto à cogitada atribuição do Município de proceder à fiscalização e repressão do comércio ilegal de animais silvestres, o que permite asseverar inexistir o dever legal primário de o Município fiscalizar e reprimir o comércio ilegal de animais silvestres,



não podendo, por isso, o autor alegar que houve omissão e, por isso, responsabilidade do Município”; que “tem o Município, dentro de suas possibilidades, tudo feito para colaborar com os órgãos públicos federais e estaduais, no sentido de combater o comércio ilegal de animais silvestres, nada obstante ser esta uma atribuição específica da própria União Federal e dos órgãos de polícia civil do Estado, consoante resulta do que estabelecem os arts. 32 e 33 da Lei no. 5.197/67, que dispõem sobre a Proteção da Fauna”; que ‘não procede a pretensão de compelir o MUNICÍPIO a algo além de suas atribuições constitucionais e legais, bem como dos meios de que dispõe para fazer frente a problema internacional de tão grande envergadura, o que de logo demonstra a falta de razoabilidade e proporcionalidade que reveste aquela pretensão”; quanto à região de Honório Gurgel, “não é uma feira licenciada, mas sim um local de extrema periculosidade, onde são praticados os crimes de comércio ilegal de animais silvestres e outras práticas criminosas”, “o que demonstra competir à Polícia Federal e à Polícia Estadual o combate destas práticas criminosas, e não ao MUNICÍPIO”, “por faltar-lhe atribuição constitucional para tanto, não possuindo mesmo sequer uma força policial armada”.

Às fls. 654/656, cópia de Relatório de Fiscalização do IBAMA demonstrando o cumprimento da medida liminar.

Intimados os réus, pessoalmente, para que esclarecessem “que diligências efetuaram para dar cumprimento à medida liminar, especificando o local e os resultados, inclusive se houve lavratura de autos de infração” (fls. 660), em resposta ao pedido do Ministério Público Federal de fls. 616, peticionou o IBAMA às fls. 664, com os documentos de fls. 665/686, e o MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO às fls. 697/698, com os documentos de fls. 699/732.

Às fls. 693/695, declinou a UNIÃO FEDERAL de interesse em ingressar no feito, por nele já se encontrar presente o IBAMA.

Às fls. 738, comunicou a Colenda 3ª. Turma do Eg. TRF-2ª. Região o improvemento do AI no. 2004.02.01.004158-9, interpos-

to pelo MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO contra a decisão de fls. 610.

Réplica do Ministério Público Federal às fls. 743/744.

## É o Relatório.

Passo a decidir, nos termos do art. 330, I do CPC.

## Preliminarmente

Quanto à alegação de ilegitimidade passiva “ad causam” feita tanto pelo IBAMA, como pelo MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. A CF/88, em seu art. 225, III e IV, estabeleceu que:

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: 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.

Dispositivos constitucionais estes que devem ser conjugados com a distribuição de competências legislativas a respeito do meio ambiente, também constitucionalmente definidas. Assim, e de acordo com o disposto no art. 22, VI da mesma Carta, é “comum” a competência da União Federal, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para legislar sobre a proteção do meio ambiente.

Tratando-se de competência comum, segue-se que pode ser exercida pelos diversos entes políticos, atuando a legislação na-

cional sobre as grandes diretrizes, as legislações estaduais sobre questões que extravasem os limites municipais e, supletivamente, eventual inércia legislativa da União Federal, e os Municípios, naquilo que for de âmbito estritamente local. Neste sentido a doutrina, como ilustrado por ALEXANDRE DE MORAES:

[...] a Constituição brasileira adotou a competência concorrente não – cumulativa ou vertical, de forma que a competência da União está adstrita ao estabelecimento de normas gerais, devendo os Estados e Distrito Federal especificá-las, através de suas respectivas leis. É a chamada competência suplementar dos Estados – Membros e Distrito Federal. (CF, art. 24, § 2º.). Essa orientação, derivada da Constituição de Weimar (art. 10), consiste em permitir ao governo federal a fixação das normas gerais, sem descer a pormenores, cabendo aos Estados – Membros a adequação da legislação às peculiaridades locais. Note-se que, doutrinariamente, podemos dividir a competência suplementar dos Estados – Membros e do Distrito Federal em duas espécies: competência complementar e competência supletiva. A primeira dependerá de prévia existência de lei federal a ser especificada pelos Estados – Membros e Distrito Federal. Por sua vez, a segunda aparecerá em virtude da inércia da União em editar a lei federal, quando então, os Estados e o Distrito Federal, temporariamente, adquirirão competência plena tanto para edição das normas de caráter geral, quanto para normas específicas (CF, art. 24, §§ 3º. e 4º.).<sup>1</sup> (grifos no original)

Esta, a evolução que historicamente o tema da proteção ao meio ambiente tem merecido do legislador. Senão, vejamos. A Lei no. 6.938/81, em seu art. 2º., “caput”, definiu serem objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente “a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio – econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana.

Dentre os princípios norteadores dessa Política, destaco: o de “ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico” (inciso I do art. 2º.); o de “planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais” (inciso II); o de “proteção cós ecossis-

temas, com a preservação de áreas representativas” (inciso IV); o de “controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras” (inciso V); e o da “proteção das áreas ameaçadas de degradação” (inciso IX).

O art. 3º., I definiu “meio ambiente” como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (grifei), enquanto que o inciso V incluiu, dentre os “recursos ambientais”, “os elementos da biosfera, a fauna e a flora” (redação dada pela Lei no. 7.804/89). III da mesma lei definiu o termo – “poluição” – como “a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem – estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos”.

Dentre os objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente, elencados no art. 4º. da referida lei, destaco: a) “a compatibilização do desenvolvimento econômico e social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico” (inciso I); b) “a definição de áreas prioritárias de ação governamental relativa à qualidade e ao equilíbrio ecológico, atendendo aos interesses da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios” (inciso II – grifei); c) “a preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida” (inciso VI); e d) “a imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados, e ao usuário, de contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos” (inciso VII - grifei).

A Lei no. 7.735/89, em seu art. 2º., criou o IBAMA, conferindo-lhe as atribuições de “formular, coordenar, executar e fazer executar a política nacional do meio ambiente e da preservação,

conservação e uso racional, fiscalização, controle e fomento dos recursos naturais renováveis.” (grifei)

A nova redação dada ao art. 6º., inciso III da Lei no. 6.938/81, pela Lei no. 7.804/89 situou o IBAMA como “Órgão Central”, “com a finalidade de coordenar, executar e fazer executar, como órgão federal, a política nacional e as diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente, e a preservação, conservação e uso racional, fiscalização, controle e fomento dos recursos ambientais”. (grifei)

O art. 6º., inciso VI dessa mesma Lei, com a alteração promovida pela Lei no. 7.804/89, fixou como “Órgãos Locais” do SISNAMA “os órgãos ou entidades municipais, responsáveis pelo controle e fiscalização dessas atividades, nas suas respectivas jurisdições” (grifei).

Enquanto o art. 9º., inciso VI, com a redação dada pela Lei no. 7.804/89, dispôs ser “instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente” “a criação d e espaços territoriais especialmente protegidos pelo Poder Público federal, estadual e municipais, tais como áreas de proteção ambiental, de relevante interesse ecológico e reservas extrativistas”. (grifei)

O art. 15 da Lei no. 6.938/81 tipificou ser crime o ato de expor “a perigo a incolumidade humana, animal ou vegetal”, constituindo-se causa de aumento da pena o resultado de “dano irreversível à fauna, à flora e ao meio ambiente” (§ 1º., I, letra “a”).

O Decreto no. 3.059, de 14.05.1999, em seu art. 2º., dispôs serem atribuições do IBAMA, dentre outras: o “cadastramento”, “licenciamento” e “fiscalização” “dos usos e acessos aos recursos ambientais, florísticos e faunísticos” (inciso X); e a “fiscalização ambiental” (inciso XII)

Diga-se, ainda, que a atividade do IBAMA, assim como a da própria União Federal, tem fundamento no art. 22, VI da CF/88 – “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas”.

Ora, esta espécie de competência, como dito por JOSÉ AFONSO DA SILVA, é “mais voltada para a execução das diretrizes, políticas e preceitos relativos à proteção ambiental”.<sup>2</sup>

É em relação à responsabilização por danos ao meio ambiente que se verifica hipótese de competência concorrente, subordinando-se a eficácia das normas legais e administrativas emanadas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, à ausência de exercício específico de sua competência pela União Federal, quando da sua respectiva regulamentação. Veja-se, assim, o art. 24, VII da CF/88.

Num caso ou noutro, fácil concluir-se que jamais a União Federal terá invalidada sua atividade legislativa e normativa, em decorrência da superveniência de normas legais e regulamentares editadas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Certo, sempre restaria a possibilidade de que a União Federal tivesse adentrado, quando do exercício de suas atividades legislferante e regulamentar, em campo próprio dos demais entes políticos, que constituiria o espaço normativo cujo preenchimento interessaria direta e localmente. Mas a dificuldade prática de delimitar o que constituiria, precisamente, esse espaço normativo cujo preenchimento caberia primordialmente aos Estados, Distrito Federal e Municípios, leva, o mais das vezes, ao inevitável predomínio da legislação federal.

Imagine-se, por exemplo, um caso de desmatamento predatório em determinado Município, cujos efeitos poderiam se fazer sentir em várias das principais nascentes e fontes de água de toda uma região e afetar a própria Mata Atlântica, cuja proteção se faz, primordialmente, em âmbito federal.

Ou, então, que a atividade poluidora, ou utilizadora de recursos ambientais, estivesse por ameaçar a sobrevivência de determinada espécie marinha, a qual, por sua vez, se constituiria na base alimentar da maior parte das demais espécies, sendo que estas, por sua vez, desaparecendo, fariam com que toda a atividade econômica pesqueira de outras regiões e Estados vies-

se a ser atingida, com reflexos econômicos negativos de âmbito nacional.

Argumento de que o “poder de polícia é atribuído ao órgão estadual ambiental” seria, desta forma, manifestamente equivocado.

Correto, à vista do que até aqui foi exposto, VLADIMIR PASSOS DE FREITAS, quando afirma que “a polícia ambiental pode ser executada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios”.<sup>3</sup>

O fato de que é desejável que haja coordenação entre as atividades de polícia ambiental desenvolvidas no âmbito de todos os entes políticos não significa dizer que, isoladamente, não tenham competência para exercer tal poder de polícia.

É de salientar-se, ainda, e novamente de acordo com VLADIMIR PASSOS DE FREITAS, a importância da atuação normativa e fiscalizadora das entidades administrativas, para a tutela do meio ambiente. Assim, em suas palavras:

Em matéria de meio ambiente, tem-se revelado extremamente importante a edição de atos administrativos, nas suas várias modalidades. Com efeito, as próprias características da matéria, com legislação esparsa e fragmentada, além de sujeita a detalhes que dificilmente podem constar da legislação, acabam por obrigar a administração a suprir as lacunas existentes. Se as regras administrativas são importantes hoje, com maior razão o eram em passado recente, quando a legislação era mais precária (...).<sup>4</sup>

No mesmo sentido, FRANCISCO THOMAZ VAN ACKER:

[...] A isso acresce que a Lei 6938/81 limita-se a estabelecer as normas gerais, os princípios fundamentais do que podemos chamar de direito ambiental. Institui, também, um sistema de gestão do meio – ambiente, integrado pelos órgãos federais, estaduais e municipais responsáveis pelo meio – ambiente, cuja cabeça é o Conselho Nacional do Meio - Ambiente – CONAMA, que tem poder normativo. Pode estabelecer normas e padrões relativos ao meio - ambiente. Destarte, a maioria das normas específicas relativas à proteção ambiental são estabelecidas através de Resolução do CONAMA (...) Por outro lado,

a licença ambiental, instrumento fundamental da Política Nacional do Meio – Ambiente, não está sempre vinculada a normas específicas relativas a cada atividade a licenciar, mesmo porque a análise dos impactos ambientais de cada atividade envolve necessariamente o exame de cada caso. Daí existir sempre certa dose de discricionariedade técnica na outorga da licença, quando não houver norma específica preestabelecida mas houver dano potencial ao meio – ambiente. (...)

Por tudo isso, além das normas baixadas pelo CONAMA, as determinações específicas emanadas da autoridade competente ganham vulto na ação de controle da qualidade ambiental. Assim sendo, o conteúdo do preceito a cumprir, em matéria ambiental, perfaz-se quase sempre através da norma administrativa (Resolução do CONAMA) e, mesmo, das determinações específicas da autoridade competente. Isso não se dá por capricho do legislador, mas em razão da própria natureza do bem jurídico tutelado. Em razão da abrangência e da complexidade das relações da atividade humana no ambiente que o cerca é que é impossível tipificar especificamente as infrações (...)<sup>5</sup>

Posta a questão nestes termos, pode-se afirmar que o IBAMA poderá, regra geral, exercer o poder de polícia ambiental em caso de inércia do órgão estadual ou municipal competente, logo, excepcional e supletivamente, “ex vi” o disposto no art. 10, “caput” da Lei no. 6.938/81, com a redação dada pela Lei no. 7.804/89, em vigor à época dos fatos narrados na inicial; quando se tratar de fiscalização e execução direta de norma legal ou regulamentar federal, a atuação prevalente do IBAMA seria indiscutível; ainda, e também como regra geral, somente haverá competência legislativa e para o exercício de poder de polícia ambiental, no âmbito federal, quando a atividade potencialmente poluidora ou predatória, por sua natureza, puder extravasar os âmbitos estadual e municipal, ou quando o interesse nacional identificar os bens imóveis a serem tutelados com bens pertencentes à própria União Federal; finalmente, e também por princípio, caberá ao CONAMA, em primeiro lugar, no regular exercício de suas atribuições, a definição das atividades potencialmente poluido-



ras ou predatórias que deverão sofrer o controle, preventivo e repressivo, do IBAMA.

Dentro desse espírito, foi editada a Resolução CONAMA no. 237, de 19.12.1997, ainda em vigor, reservando ao IBAMA a defesa do meio ambiente, naquilo que extrapolar os âmbitos estadual e municipal.

Não fosse assim, e toda e qualquer poda de árvore em área urbana, construção de praça ou abertura de rua, teria que ser objeto de prévio licenciamento ambiental junto ao IBAMA, isto na maior parte da zona sul desta Cidade.

Outra não tem sido a postura da jurisprudência, como ilustrado pelas ementas dos respectivos acórdãos, a seguir transcritas:

ADMINISTRATIVO. MEIO – AMBIENTE. DERRUBADA DE ÁRVORES EM PERÍMETRO URBANO. ATODA MUNICIPALIDADE. CÓDIGO FLORESTAL. Respeitadas as florestas e demais formas de vegetação natural de preservação permanente (art. 2º.) e desde que não tenham sido declaradas imunes a corte (art. 7º.), o Município pode derrubar árvores necessárias ao seu desenvolvimento urbano sem autorização do IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio – Ambiente e dos Recursos Renováveis. A fiscalização federal sempre é possível para coibir eventuais infrações. Hipótese, todavia, em que ela invadiu competência municipal, regularmente exercida (art. 2º., par. ún.) Apelação provida.<sup>6</sup>

ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. CONSTRUÇÃO DE SUPERMERCADO. ZONA URBANA.

Não há de se cogitar de limitações ambientais ao direito de construir, dentro da zona urbana, mediante licença da Administração Municipal.<sup>7</sup>

Igualmente, ressaltando a natureza genérica e supletiva da atuação do IBAMA, quando o objeto da fiscalização não for bem de domínio da União, veja-se a seguinte decisão:

Recurso extraordinário. Crime previsto no art. 50 da Lei 9605/98. Competência da justiça estadual comum. – Esta Primeira Turma, recentemente, em 20.11.2001, ao julgar o RE 300.244, em caso

semelhante ao presente, decidiu que, *não havendo em causa bem da União* (a hipótese então em julgamento dizia respeito a desmatamento e depósito de madeira proveniente da Mata Atlântica, que se entendeu não ser bem da União), *nem interesse direto e específico da União* (o interesse desta na proteção do meio ambiente só é genérico), nem decorrer a competência da Justiça Federal da circunstância de caber ao IBAMA, que é órgão federal, a fiscalização da preservação do meio ambiente, a competência para julgar o crime que estava em causa (...) era da Justiça estadual comum. – Nesse mesmo sentido, posteriormente, em 18.12.2001, voltou a manifestar-se, no RE 299856, esta Primeira Turma, no que foi seguida, no RE 335929, por decisão do eminente Ministro Carlos Velloso da 2ª Turma. – A mesma orientação é de ser seguida no caso presente. Recurso extraordinário não conhecido. <sup>8</sup>

A legitimidade do exercício da competência fiscalizatória supletiva pelos órgãos e agentes do IBAMA, em caso de inércia ou de deficiência da atuação estadual e/ou municipal, no que se refere à proteção dos recursos ambientais, dentre os quais incluem-se os faunísticos, pode ser extraída dos arestos cujas respectivas ementas são adiante transcritas, analogicamente:

DIREITO AMBIENTAL. AUTORIZAÇÃO PARA CORTE E TRANSPORTE DE VEGETAÇÃO. ÓRGÃO AMBIENTAL DO ESTADO. NATUREZA PRECÁRIA. PREJUÍZO À ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL. INTERVENÇÃO ADMINISTRATIVA DO IBAMA. LEGITIMIDADE. MATÉRIA PROBATÓRIA. ÓBICE DA SÚMULA no. 07 STJ. COISA JULGADA PENAL. INEXISTÊNCIA, NO CASO CONCRETO, DE REPERCUSSÃO NO CÍVEL. ARTIGOS 1525 DO CÓDIGO CIVIL (1916), 65, 66 e 67, III DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INOCORRÊNCIA DE OFENSA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO.

Não se conhece do recurso pela divergência jurisprudencial quando ausente o necessário cotejo analítico entre os julgados em confronto, uma vez que desatendido o art. 255 do RISTJ. Autorização para corte e transporte de vegetação emitida por órgão ambiental do Estado (FATMA) não se reveste de caráter

absoluto e imutável, subordinando-se, ao revés, à perfeita observância dos pressupostos constitucionais, legais e administrativos de preservação ambiental.

Na espécie os recorrentes obtiveram a prévia e necessária permissão para proceder ao desmatamento da área a ser utilizada no plantio de arroz, todavia, em momento posterior, o IBAMA – órgão ambiental federal – identificou a ocorrência de lesão a parcela de mata atlântica, razão pela qual determinou a interrupção na atividade empreendida, não se identificando no ocorrido qualquer irregularidade legal. (...)

Recurso Especial em parte conhecido e, nessa, improvido. (RESP no. 539189-SC, STJ, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, dec. un. pub. DJU 02.8.2004, p. 316)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMERCIALIZAÇÃO DE MADEIRA. ATPF.

É ilegal a comercialização de madeira sem Autorização de Transporte de Produtos Florestais, não sendo possível o pretendido suprimento judicial em caráter precário de tal requisito, porque não há comprovação suficiente nos autos de que estejam atendidas todas as exigências legais para a sua concessão administrativa.

Agravo de instrumento ao qual se nega provimento.<sup>9</sup>

ADMINISTRATIVO. IBAMA. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. LEI no. 9605/98. ART. 46. PARÁGRAFO ÚNICO. DECRETO no. 3179/99. APREENSÃO DE VEÍCULOS. LIBERAÇÃO. POSSIBILIDADE.

Apesar de legítima a apreensão de veículo transportador de madeira sem a competente autorização para transporte (ATPF), sua liberação encontra respaldo no disposto no art. 2º, § 6º, inciso VIII do Decreto no. 3.179/99, mediante o pagamento de multa ou o oferecimento de defesa administrativa. Sentença confirmada. Remessa oficial desprovida.<sup>10</sup>

ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO. TRANSPORTE DE MADEIRAS. A constatação de irregularidade na documentação exigida para transporte de madeiras autoriza, além da autuação do transportador, a apreensão da carga até que esclarecida sua origem.<sup>11</sup>

Oportuno, ainda, trazer à colação as palavras de PAULO AFFONSO LEME MACHADO, no sentido de que:

No art. 23, a CF faz uma lista de atividades que devem merecer a atenção do Poder Público. O modo como cada entidade vai efetivamente atuar em cada matéria dependerá da organização administrativa de cada órgão público federal, estadual e municipal. O art. 23 merece ser colocado em prática em concordância com o art. 18 da mesma CF, que determina: “A organização político – administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição (...) A autonomia não significa desunião dos entes federados. Também não deve produzir conflito e dispersão de esforços. Mas a autonomia deve ensejar que o Município tenha ou possa ter sistemas de atuação administrativa não semelhantes ou desiguais aos vigentes nos Estados. Os Estados, por sua vez, poderão ter, também, sua organização administrativa ambiental diferente do Governo Federal. Assim, as normas gerais federais ambientais não podem ferir a autonomia dos Estados e dos Municípios, exigindo dos mesmos uma estrutura administrativa ambiental idêntica à praticada no âmbito federal. (...) A competência dos Estados para legislar, quando a União já editou uma norma geral, pressupõe uma obediência à norma federal, se editada de acordo com a Constituição Federal. Situa-se no campo da hierarquia das normas e faz parte de um sistema chamado de ‘fidelidade federal. Não é a mesma situação perante a implementação administrativa da lei (art. 23 da CF), onde não há hierarquia nas atuações das diferentes Administrações Públicas. A Administração Pública federal ambiental não está num plano hierárquico superior ao da Administração Pública ambiental estadual, nem esta situa-se em plano superior ao da Administração Pública ambiental municipal.<sup>12</sup>

Entretanto, logo a seguir, diz o mesmo autor:

[...] de outro lado, a Lei no. 6.938/81 previu uma suplementação administrativa em sentido inverso do que estamos acostumados: se os Estados não intervierem adequadamente, a União deverá intervir para fazer o que os Estados não fizeram no campo ambiental. “Não se trata de sujeitar os Estados ao poder revisional ou de homologação da União. O controle da aplicação da legislação federal de normas gerais ambientais é diferente do exercício da competência ambiental comum. O controle da implementação das normas gerais ambientais só pode ser feito pela União através de ação judicial, procurando anular o ato

administrativo estadual acusado de invasão de competência federal ou descumprimento das normas gerais federais. Deixando de lado a busca das soluções judiciais, a União tem a possibilidade de não fazer convênios com os Estados e Municípios que descumprirem as normas federais. (...) Na redução das situações de conflito no licenciamento ambiental merece ser utilizado o “princípio da subsidiariedade”. Nesse sentido, aborda o tema, de forma percuciente, Paulo José Leite Farias. Quem deve resolver o problema inicialmente é quem está perto dele. No quadro das pessoas de Direito Público é o Município que deve ter competência administrativa prioritária para controlar e fiscalizar as questões ambientais. Contudo, sem embargo de meu entusiasmo pela atuação dos Municípios nesse campo, assinalo que não é matéria fácil essa municipalização do licenciamento ambiental, pois muitos deles não têm recursos financeiros e alguns deles usarão de forma ineficiente o controle ambiental, querendo aumentar a receita ou o emprego, com sacrifício da sanidade do ambiente. A implementação da política ambiental não pode desconhecer a dimensão dos ecossistemas, principalmente os aquáticos, que não estão contidos só nos Municípios.<sup>13</sup> (grifei)

Para, finalmente, advertir:

O perigo da simultaneidade de competências para a implementação do controle ambiental é que todos os entes federados ficaram competentes, mas nenhum deles tem assumido especificamente a melhoria da qualidade das águas, do ar e do solo e nenhuma instância governamental se responsabiliza pela conservação das florestas e da fauna.<sup>14</sup>

O IBAMA tem competência fiscalizatória direta voltada à proteção da fauna silvestre em regime complementar e supletivo; não obstante, como serviço descentralizado da UNIÃO FEDERAL, que é, tem competência para exercer o poder de polícia ambiental quando for constatada omissão, ou ineficiência dos Estados e dos Municípios, no cumprimento de suas competências ambientais, inclusive, fiscalizatórias, de polícia, valendo a pena recordar que toda competência é conferida por lei a um órgão ou entidade públicos para ser exercida efetivamente em benefício do público, e que não pode deixar o órgão ou entidade

públicos de exercer a competência que a ele foi outorgada por lei, já que vinculado à finalidade que foi desejada pela própria lei.

E o MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, por sua vez, é aquele que “está mais próximo”, no caso da fiscalização das feiras livres onde é praticado o comércio ilegal de animais silvestres. Se não age, ou se age deficientemente, competente será o IBAMA para fazê-lo, em seu lugar, mas não com exclusão do MUNICÍPIO.

Em outras palavras: a intervenção subsidiária do IBAMA não é excludente da posterior intervenção do MUNICÍPIO, de forma principal ou concorrente; nesta última hipótese, nos casos de falta de estrutura suficiente do MUNICÍPIO para levar a bom termo suas competências – responsabilidades (todo poder conferido a um órgão, agente ou entidade pública, traz ínsita a responsabilidade pelo seu correto e eficiente exercício, constituindo-se, assim, em poder – dever), prestando-lhe a autarquia federal auxílio, com sua estrutura, recursos e pessoal.

O que não se pode admitir é que os entes políticos e/ou administrativos procedam a uma espécie de “jogo de empurra”, buscando fugir às suas responsabilidades mediante a atribuição de determinada competência a outrem.

Ora, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL alegou, justamente, que ambos os réus estavam a omitir-se. E o fez com base em elementos documentos que, para o fim de demonstração da sua legitimidade ativa “ad causam” e do seu interesse na propositura da ação – logo, e por consequência, da legitimidade passiva “ad causam” dos réus e da competência deste Juízo Federal – são bastantes.

Assim, há denúncias feitas pela ANIDA – Associação Nacional de Implementação dos Direitos dos Animais, Associação Civil, comunicando a ocorrência de maus tratos a animais silvestres nas feiras que realizavam-se à Praça Varnhagen datadas de 30.04.2002 (fls. 40/42); 03.09.2003 (fls. 36/38); cópias de Registros de Ocorrências Policiais (fls. 43/49; 51; 67/69; 77/85; 191/197; 211/220; 240/248/ 254/304; 313/349; 521/547; 563/574); pedido do

Prefeito do Município do Rio de Janeiro para que a Presidente da ANIDA interviesse junto ao IBAMA por serem os animais maltratados, silvestres (fls. 54); Ofícios enviados pela ANIDA à Subprefeitura da Tijuca, Vila Isabel, Grajaú e Alto da Boa Vista (fls. 57); manifestação da Ouvidora da Vigilância Sanitária do IBAMA, no sentido de reputar procedente a reclamação formalizada pela ANIDA junto ao órgão acerca dos maus tratos infligidos aos animais naquelas feiras (fls. 60); Ofício do Sr. Subprefeito da Tijuca, Vila Isabel, Grajaú e Alto da Boa Vista, datado de 23.09.2003, informando que a “fiscalização” da “venda de animais silvestres” “é de responsabilidade do IBAMA” (fls. 182); e Ofício da Fundação RIOZOO, datado de 09.01.1998, informando a existência de superpopulação de animais silvestres apreendidos e levados para guarda e tratamento naquela instituição (fls. 202/205); Levantamento dos Animais Apreendidos produzidos pela Fundação RIOZOO, no período de 1995 a 1999 (fls.358/372; 377/421), dentre outros documentos.

Têm, pois, o IBAMA e o MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, legitimidade passiva “ad causam”.

Se assiste razão ao MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL no que alegou, é questão de mérito, que será resolvida na oportunidade adequada.

Rejeito, assim, a preliminar.

## **No mérito**

Constatou-se maus tratos impingidos a animais silvestres, e apreenderam-se, espécimes em extinção que integram o Anexo II da Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies da Flora e Fauna Selvagens em perigo de Extinção (fls. 11, “fine”/12); a Lista Oficial de Espécies da Fauna Brasileira Ameaçada de Extinção objeto da IN no. 03, de 27.05.2003, do IBAMA; e a Lista Oficial da Fauna Ameaçada do Estado do Rio de Janeiro (fls. 12, primeiro parágrafo).

Ora, a República Federativa do Brasil comprometeu-se internacionalmente a adotar todas as medidas possíveis no sentido de reprimir o comércio ilegal dessas espécies ameaçadas de extinção.

É o País, como um todo – e não apenas a União Federal – quem encontra-se obrigado, como resultado de sua adesão voluntária àquela Convenção, a efetivar a repressão àquele comércio ilegal, não lhe servindo de escusa dificuldades advindas do seu sistema nacional de repartição de competências legais e/ou administrativas.

Assim, e nas palavras de FLÁVIA PIOVESAN:

Além disso, cabe ao Estado brasileiro elaborar todas as disposições de direito interno que sejam necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades enunciados nos tratados de que o Brasil é parte. A omissão estatal viola obrigação jurídica assumida no âmbito internacional, importando em responsabilização do Estado. Viola ainda a própria Constituição, na medida em que estes direitos e liberdades foram incorporados ao texto constitucional, por força do art. 5º, parágrafo 2º, devendo ter aplicabilidade imediata (art. 5º, parágrafo 1º).<sup>15</sup>

Assim, também, ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS:

(...) Tal imputação ocasiona a responsabilidade do Estado por violação de direitos humanos, não importando a natureza ou o tipo de ato. Conseqüentemente, mesmo a decisão judicial transitada em julgado ou a norma constitucional podem gerar a responsabilidade internacional do Brasil. Conforme voto do Juiz Cançado Trindade, *“cualquier acto u omisión del Estado, por parte de cualquier de los Poderes – Ejecutivo, Legislativo o Judicial – o agentes del Estado, independientemente de su jerarquia en violación de un tratado de derechos humanos, genera la responsabilidad internacional del Estado Parte em cuestión. (...) (Responsabilidade Internacional do Estado por Violação dos Direitos Humanos, <http://www.cjf.gov.br/revista/numero29/artigo08.pdf>, p. 02, texto colhido em 24.10.2005)*

E mais adiante:

(...) São os atos do Estado – Administrador, quer comissivos ou omissivos, que ensejam, em geral, a responsabilidade internacional



por violação de direitos humanos, uma vez que cabe ao Estado respeitar e garantir tais direitos. Essas duas obrigações básicas ensejam a responsabilização do Estado quando seus agentes violam direitos humanos ou se omitem, injustificadamente, na prevenção ou repressão de violações realizadas por particulares. (...).<sup>16</sup>

Ora, se na esfera internacional ao Brasil não é lícito escusar-se de cumprir as responsabilidades às quais voluntariamente aderiu, no sentido de dar o máximo de efetividade à tutela e promoção dos direitos humanos, de igual modo, na esfera de seu próprio ordenamento jurídico, não poderão furtar-se – os Poderes, as Administrações Públicas Diretas e Indiretas, os particulares em colaboração com o Poder Público, os terceirizados, parceiros, contratados, e sujeitos de outros tantos novos regimes jurídicos a envolver o Estado e os particulares no exercício das atividades econômicas reconhecidas como de competência do primeiro – a dar o máximo de efetividade àquela tutela e promoção, no exercício das atividades concretas dos seus órgãos, agentes e entidades, para além de quaisquer limites competenciais, dando-se preferência, quando a situação assim o exigir, àquele que “estiver mais perto” e for o mais capaz de intervir do modo mais idôneo possível. E há que se lembrar que o direito a um meio ambiente sadio e equilibrado é um direito fundamental.

Ora, os animais integram o meio ambiente (Lei no. 6.938/81, art. 3º, inciso I) e os recursos ambientais (Lei no. 6.938/81, art. 3º, inciso V). Proteger os animais de todas as formas de crueldade é, assim, efetivar direitos humanos a um meio ambiente sadio e equilibrado.

Para o que, nos termos do art. 225, “caput” da CF/88, é o “Poder Público”, como um todo – englobando todos os entes políticos e/ou administrativos, e esses últimos na concepção lata acima referida – competente e responsável pela defesa e pela promoção.

Como dito por LAERTE FERNANDO LEVAI, Ministério Público e Proteção Jurídica dos Animais:

[...] Ainda que assim não fosse, a competência para proteger o meio ambiente e preservar a fauna é comum às três esferas de poder – União, Estados e Municípios (art. 23, VI e VII da CF) – afastado o estigma centralizador que, nas Constituições pretéritas, conferia exclusividade à União para legislar sobre caça e pesca, com intuito outro, certamente, que não o ecológico. (...) Embora o sistema federativo brasileiro discipline a forma de distribuição de competências entre os três entes políticos e o Ministério Público esteja dividido em um órgão federal e outro estadual, com atribuições predeterminadas, não se pode ignorar que, na prática, eventual falta de entrosamento do poder público – em havendo ocorrência criminosa contra a fauna – somente prejudicaria o bom andamento da Justiça. Afinal, o Direito está ao lado de quem o realiza e, nessa linha de raciocínio, melhor – ao primeiro momento – a conjugação de esforços entre o Ministério Público, as entidades públicas ligadas ao setor, as associações ambientalistas e a população em geral. Até porque, como bem apontou aquele ilustre Procurador de Justiça (refere-se ao Dr. Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz) a preservação do meio ambiente interessa mais de perto a toda a coletividade do que apenas às entidades políticas.<sup>17</sup>

Disse, logo acima, que “proteger os animais de todas as formas de crueldade” é “efetivar direitos humanos a um meio ambiente sadio e equilibrado”. (CF, art. 225). A defesa do meio ambiente, além disso, é princípio da ordem econômica (CF, art. 170, VI).

Da conjugação desses direitos – princípios, resulta a vinculação finalística da atuação do Estado à humanização das relações econômicas que tenham por objeto e espaço de sua atuação o meio ambiente e os recursos ambientais. Mas essa perspectiva não é a única, e provavelmente constitui-se em etapa de um processo evolutivo de compreensão do que vem a ser o meio ambiente, e do papel que o ser humano tem a desempenhar como parte integrante dele, muito distante de uma definição ou de uma conclusão última e definitiva. Isto porque, e nas palavras de MARISE COSTA DE SOUZA DUARTE, o meio ambiente: “(...) nem mesmo pode ser considerado conceito científico, mas consiste numa *representação social*. (...)”. Ou seja:

[...] os conceitos científicos são entendidos e universalmente utilizados como tais, caracterizando-se como consenso na comunidade científica internacional, como ocorre com os conceitos de *habitat*, nicho ecológico, ecossistema, etc. As representações sociais, ao contrário, se relacionam principalmente com as pessoas que atuam fora da comunidade científica, podendo nelas serem encontrados conceitos científicos que foram internacionalizados socialmente. Entretanto, a representação social é sempre o senso comum que se tem sobre determinado tema, o que, por consequência, o “contamina” com os preconceitos, ideologias e atividades cotidianas das pessoas. Analisando diversas definições de meio ambiente, onde apenas em uma delas há referência expressa ao homem como componente do mesmo, conclui-se que, por inexistir na comunidade científica um consenso sobre o meio ambiente (o que se supõe ocorrer também fora dela), que assume um caráter difuso e variado, a noção de meio ambiente se caracteriza apenas como *representação social*.

E após apresentar e criticar diversos significados para a expressão – “meio ambiente” – conclui:

[...] Destaca o doutrinador (refere-se a ÉDIS MILARÉ) que, ao abrigar na definição de recursos ambientais os *elementos da biosfera*, a Lei no. 6.938/81 ampliou de forma acerta o conceito de meio ambiente para além dos recursos naturais, incluindo o ecossistema humano. Nesse sentido, interessa o destaque para o fato de que os recursos naturais são espécie do gênero recursos ambientais que haverá de abarcar não só o meio natural (as condições físicas da terra, da água e do ar), mas também o meio ambiente humano (condições produzidas pelo homem que afetam sua existência no Planeta). (...) Atualmente, por força da evolução do estudo da ecologia, fala-se de uma visão *holística* do meio ambiente, o que retrata o caráter abrangente e multidisciplinar que a problemática ambiental requer. O meio ambiente passa a ser entendido como uma realidade dinâmica e mutante, holística e sistêmica, alvo das ciências e técnicas aplicadas, realidade interdisciplinar e transdisciplinar. Por tais razões, salienta Leite que a noção genérica de meio ambiente pode ser construída a partir de diferentes perspectivas teóricas e de escalas, a depender da opção de especificação científica acolhida.<sup>18</sup>

Esse processo de *representação social* envolve, assim, e como não pode deixar de ser, uma análise e um posicionamento do intérprete do ordenamento jurídico, não só quanto aos valores

existentes no meio social – lembrando aqui a teoria tridimensional do Direito desenvolvida por MIGUEL REALE, que o compreende como a interação concomitante entre fatos, valores e normas jurídicas – mas também que essas representação e interpretação se dêem de modo completo, integral, holístico.

Para o atingimento desse desiderato, há que se partir de uma premissa: a de que a sociedade também faz parte do meio ambiente, como dito por MARISE COSTA DE SOUZA DUARTE, “in verbis”:

No conceito jurídico de “meio ambiente” podemos distinguir duas perspectivas: uma *concepção estrita* (e arcaica), onde o meio ambiente é considerado apenas como o patrimônio natural e suas relações com e entre os seres vivos; e uma *concepção ampla*, na qual o meio ambiente abrange toda a natureza original (natural) e artificial, assim como os bens culturais correlatos. Tem-se, assim, de um lado, o *meio ambiente natural* (ou físico) constituído pelo solo, água, ar, energia, fauna e flora, e de outro, o *meio ambiente artificial* (ou humano), formado pelas edificações, equipamentos e alterações produzidas pelo homem (natureza urbanística). (...) Em uma visão ampla, o meio ambiente seria “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas.”<sup>19</sup>

Sob esta perspectiva, passa-se a compreender o direito ao meio ambiente sadio como um “processo social”, que “passa pelas relações sociais, econômicas e políticas travadas em uma sociedade concreta e determinada, e no qual enfatiza-se o papel dos sujeitos sociais responsáveis pela condução desse processo, representados pelo Estado e pela coletividade”<sup>20</sup>

Mas um processo social que deve ser dirigido, ou incentivado pelo intérprete, nos limites de suas possibilidades, baseando-se na efetiva existência de um “dever de solidariedade em torno de um bem comum”, para o qual “deverão convergir os interesses públicos e privados, tanto em nível internacional como na seara interna dos países”<sup>21</sup>, como estabelecido pelos Princípios

7 e 27 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.

Não se podendo ignorar que a solidariedade é um dos objetivos fundamentais da sociedade livre e democrática perseguidos pela República Federativa do Brasil (CF/88, art. 3º, I). Logo, a busca da concretização desse dever de solidariedade ambiental é não só um dever, no sentido mais ortodoxo do termo, mas um verdadeiro objetivo inafastável e vinculativo da atuação do intérprete e dos demais atores sociais no exercício de suas respectivas competências e liberdades.

Temos, pois, e a um só e mesmo tempo: um dever constitucional de solidariedade ambiental de obrigatória concretização pelo intérprete; um interesse – difuso, social, coletivo ou individual, conforme a ligação fático – jurídica do sujeito titular de direitos com o meio ambiente sadio; um objetivo social e constitucionalmente desejado e a ser perseguido: o meio ambiente sadio; tudo isso, a envolver necessariamente, com a maior amplitude possível, e isto como técnica ou instrumento para se atingir esse objetivo com o maior grau de eficiência, a participação popular, especialmente por intermédio de grupos ou coletividades, o que leva, necessariamente, à atribuição de um caráter aberto às normas e princípios de direito ambiental.

É impossível deixar de reconhecer-se ao Direito Ambiental, assim compreendido, e à noção de Meio Ambiente Sadio, um caráter verdadeiramente (r)evolucionário e transformador da realidade social e jurídica vigente, em determinado tempo e lugar.

Como dito por CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO:

O Direito Ambiental apresenta-se nesse contexto acadêmico como o mais penetrante e interdisciplinar ramo da ciência jurídica, que revolve nas profundezas os institutos e valores romanísticos enraizados na ordem privada, a ponto de impactar a própria estrutura do pensamento jurídico contemporâneo. Mais do que um corpo de regras e princípios dotado de autonomia didática e destinado a reger as relações individuais e coletivas no campo temático que lhe

é próprio, trata-se de uma especialidade orientada pelo propósito preservacionista do ecossistema e da melhoria da qualidade ambiental, com a missão de infundir no sistema normativo o espírito de proteção do meio ambiente, consoante assinala o Professor MICHEL PRIEUR, da Universidade de Strasbourg, na França: 'Mais do que um novo ramo do direito com seu próprio corpo de regras, o direito do ambiente tende a penetrar todos os sistemas jurídicos existentes para os orientar num sentido ambientalista'.<sup>22</sup>

O mesmo autor chama a atenção para a “vocalização expansionista e sua inevitável intercessão com categorias consagradas pela visão privatista, notadamente o direito de propriedade, que tem esse novo ramo da ciência jurídica”.<sup>23</sup>

Esta interação entre os seres humanos, a fauna, a flora, o ar, a água, a terra, longe de representar simples romantismo, parte de uma crua constatação prática: ou a espécie humana trata as demais espécies e os elementos integrantes do meio ambiente com a mesma dignidade com que busca vir a tratar os seus, ou perecerá em razão da degradação a que está a levar todo o planeta.

Novamente nas palavras de CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO:

[...] A problemática da qualidade da vida e da presente agonia do ecossistema qualifica-se com o timbre da ideologia na medida em que, assim como aquelas visões de fé filosófica acerca do mundo em que vivemos, o discurso em defesa do meio ambiente engloba também a trajetória da saga humana, rendendo-se ao encontro de contas com o futuro inevitável e incerto. Só que com uma diferença fundamental e por certo atemorizante: é que a ideologia do ecossistema, ao contrário daqueles reinados da fé espiritual e da filosofia política e existencialista, que possibilitavam o luxo da opção individual sem o risco de conseqüências globalmente fatais, não mais enseja o exercício da faculdade do livre arbítrio ou da autônoma determinação do ser humano quanto a alternativas de vida e de programação social, porquanto a própria sobrevivência da espécie já se acha de forma inexorável ameaçada pelo atual estágio de degradação do meio ambiente de condenação da vida animal e vegetal. (...).<sup>24</sup>

Princípios esses que foram perfilhados pela Constituição Federal, no sentido exposto por JOSÉ AFONSO DA SILVA:

Toma consciência (refere-se à Constituição) de que a “qualidade do meio ambiente se transformara num bem, num patrimônio, num valor mesmo, cuja preservação, recuperação e revitalização se tornaram um imperativo do Poder Público, para assegurar a saúde, o bem – estar do homem e s condições de seu desenvolvimento. Em verdade, para assegurar o direito fundamental à vida”. As normas constitucionais assumiram a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. Compreendeu que ele é um valor preponderante, que há de estar acima de quaisquer considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as da iniciativa privada. Também estes são garantidos no texto constitucional, mas, à toda evidência, não podem primar sobre o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente, que é instrumental no sentido de que, através dessa tutela, o que se protege é um valor maior: a qualidade da vida humana.”<sup>25</sup> (grifos no original)

A sobrevivência da espécie humana e a preservação de sua dignidade passam, inevitavelmente, pela dignidade do meio ambiente, e esta, por sua vez, pela dignidade de todas as espécies e elementos que o integram.

Ora, se o ser humano, e apenas por o ser, tem uma dignidade inerente – e assim, um valor intrínseco – irrenunciável e inafastável; se é essa dignidade que o torna sujeito de direitos, mesmo quando não esteja o indivíduo no domínio perfeito da sua razão, ou das conseqüências de seus atos (seja, e.g., pela idade, ou por questões de saúde); e se essa mesma dignidade, para ser preservada e implementada, há que integrar-se à dignidade do meio ambiente, às demais espécies animais e elementos que o compõem, então, e forçosamente, há que reconhecer-se à essas demais espécies idêntica dignidade intrínseca, irrenunciável e inafastável, e, conseqüentemente, também considerá-las “sujeitos de direitos”.

## Como dito por THOMAS REGAN:

What to do? Where to begin anew? The place to begin, I think, is with the utilitarian's view of the value of the individual - or, rather, lack of value. In its place, suppose we consider that you and I, for example, do have value as individuals - what we'll call inherent value. To say we have such value is to say that we are something more than, something different from, mere receptacles. Moreover, to ensure that we do not pave the way for such injustices as slavery or sexual discrimination, we must believe that all who have inherent value have it equally, regardless of their sex, race, religion, birthplace and so on. Similarly to be discarded as irrelevant are one's talents or skills, intelligence and wealth, personality or pathology, whether one is loved and admired or despised and loathed. The genius and the retarded child, the prince and the pauper, the brain surgeon and the fruit vendor, Mother Teresa and the most unscrupulous used - car salesman - all have inherent value, all possess it equally, and all have an equal right to be treated with respect, to be treated in ways that do not reduce them to the status of things, as if they existed as resources for others. My value as an individual is independent of my usefulness to you. Yours is not dependent on your usefulness to me. For either of us to treat the other in ways that fail to show respect for the other's independent value is to act immorally, to violate the individual's rights. (...) But attempts to limit its scope to humans only can be shown to be rationally defective. Animals, it is true, lack many of the abilities humans possess. They can't read, do higher mathematics, build a bookcase or make baba ghanoush. Neither can many human beings, however, and yet we don't (and shouldn't) say that they (these humans) therefore have less inherent value, less of a right to be treated with respect, than do others. It is the similarities between those human beings who most clearly, most non-controversially have such value (the people reading this, for example), not our differences, that matter most. And the real crucial, the basic similarity is simply this: we are each of us the experiencing subject of a life, a conscious creature having an individual welfare that has importance to us whatever our usefulness to others. We want and prefer things, believe and feel things, recall and expect things. And all these dimensions of our life, including our pleasure and pain, our enjoyment and suffering, our satisfaction and frustration, our continued existence or our untimely death - all make a difference to the quality of our life as lived, as experienced, by us as individuals. As the same is true of those animals that concern us (the ones that are eaten and trapped, for example), they too must be viewed as the



experiencing subjects of a life, with inherent value of their own.<sup>26</sup>  
(grifei)

E o mais importante: não reconhecer este “valor intrínseco”, esta “dignidade inerente” às demais espécies animais, por faltarlhes racionalidade semelhante à que a espécie humana possui, significa excluir desse reconhecimento, de qualquer dignidade inerente, indivíduos humanos que careçam de racionalidade, ou que não a tenham completamente desenvolvido, como os doentes mentais e as crianças da mais tenra idade.

Novamente nas palavras de THOMAS REGAN:

Well, perhaps some will say that animals have some inherent value, only less than we have. Once again, however, attempts to defend this view can be shown to lack rational justification. What could be the basis of our having more inherent value than animals? Their lack of reason, or autonomy, or intellect? Only if we are willing to make the same judgement in the case of humans who are similarly deficient. But it is not true that such humans – the retarded child, for example, or the mentally deranged – have less inherent value than you or I. Neither, then, can we rationally sustain the view that animals like them in being the experiencing subjects of a life have less inherent value. All who have inherent value have it equally, whether they be humans being or not.<sup>27</sup>

Daí a existência de um movimento social, filosófico e jurídico, que está a desenvolver-se de modo cada vez mais intenso, no sentido de reconhecer-se aos animais a titularidade de direitos, embora, naturalmente, não possam defendê-los por si sós, carecendo da intervenção dos seres humanos.

Novamente nas palavras de LAERTE FERNANDO LEVAI:

O aparente conflito de interesses difusos, na questão dos animais submetidos a espetáculos públicos, surgiu em decorrência da tradicional conotação antropocêntrica do direito brasileiro, que se funda em equivocada premissa. Dizer que a fauna pode ser utilizada para finalidade cultural, esportiva ou recreativa, como na “farra do boi”, na caça amadorística ou nos rodeios, soa um contrasenso, até porque a própria Constituição Federal mostra-se contrária a práticas

que submetam animais a crueldade (art. 225, § 1º, VIII) (...) Ora, a defesa do meio ambiente (nele incluído os animais), longe de significar apenas a garantia de saudável qualidade de vida, é também princípio geral da atividade econômica (art. 170, VI da CF), o que, segundo o magistério do festejado José Afonso da Silva, possibilita a compreensão de que o capitalismo concebido há de *humanizar-se*. De fato, não se pode aceitar a tortura institucionalizada de animais com base na supremacia do poder econômico, nos costumes desvirtuados ou no argumento de que sua prática se justifica em prol do divertimento público ou então para minimizar o problema do desemprego. Esse ilustre constitucionalista, aliás, na edição mais recente de seu consagrado “Curso de Direito Constitucional Positivo”, já admite o surgimento de uma corrente doutrinária que permite reconhecer a existência do chamado direito dos animais.<sup>28</sup>

Tal reconhecimento já é uma realidade no plano internacional. Assim, e.g., a Declaração Universal dos direitos dos animais, promulgada pela UNESCO, em 27.01.1978, proclama solenemente em seu Preâmbulo que “todo o animal possui direitos”. E declara, como direitos solenes dos animais:

Art. 1º. – Todos os animais nascem iguais perante a vida e têm os mesmos direitos à existência;

Art. 2º. – 1. Todo o animal tem o direito a ser respeitado. 2. O homem, como espécie animal, não pode exterminar os outros animais ou explorá-los, violando esse direito; tem o dever de por os seus conhecimentos ao serviço dos animais. (...);

Art. 3º. – 1. Nenhum animal será submetido nem a maus tratos, nem a atos cruéis; (...).

Art. 4º. – 1. Todo o animal pertencente a uma espécie selvagem tem o direito de viver livre no seu próprio ambiente natural, terrestre, aéreo ou aquático e tem o direito de se reproduzir. (...).

Art. 11º. – Todo o ato que implique a morte de um animal sem necessidade é um biocídio, isto é, um crime contra a vida.

Art. 14º. – (...) 2. Os direitos do animal devem ser defendidos pela lei como os direitos do homem.

A “Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia”, em seu art. 20, tem a seguinte redação:

Article 20 – (environmental protection, principle of sustainability; respect of life) (1) The EU and its members states ensure the protection of human beings and their natural environment from destructive effects. The causer is required to bear the costs of avoiding any such destruction. (2) The EU and its member states should be committed to the principle of sustainability. They regulate the availability of non increasable goods, like soil, water, air and raw materials in such a manner that their character remains protected as a basis of life for the future generations, and that there develops a balanced relationship between the use of nature and the maintenance of its diversity of species and renewability. (3) The EU and its member states are committed to the respect of life. They ensure in particular the protection of the animals as co-creations of humans. (grifei)

A Constituição Suíça, em seu art. 25 bis, assim declara:

Article 25 bis (Animal Protection) – (1) The Confederation shall be empowered to legislate for the protection of animals; (2) Federal legislation shall apply in particular to: (a) the keeping and care of animals; (b) the use of and trade in animals; (c) the transportation of animals; (d) experiments involving living animals; (e) slaughter at abattoirs and other methods of killing animals; 9f) the import of animals and products of animal origin. (...).<sup>29</sup>

A Lei Fundamental da República Federal Alemã, em maio de 2002, passou a contar, em seu Parágrafo 20, com a seguinte redação: “O Estado protege os fundamentos naturais da vida e os animais”<sup>30</sup>, tornando-se a Alemanha, assim, o primeiro país europeu a incluir semelhante preceito dentre as tarefas fundamentais do Estado.

Mesmo no âmbito da legislação penal, há ordenamentos em que a prática de atos cruéis contra os animais, além de ser criminalizada, impõe o agravamento da pena quando o criminoso vem a “manifestar extrema indiferença à vida do animal”.

Assim, e ainda a título meramente exemplificativo, no Título 22, Capítulo 8º., Seção 22-1001, letra “d” do Código do Distrito de Columbia, Washington, encontra-se a seguinte prescrição:

[...] (d) Except where the animal is na undomesticated and dangerous animal such as rats, bats, and snakes, and there is a reasonable apprehension of na imminent attack by such animal on that person or another, whoever commits any of the acts or omissions set forth in subsection (a) of this setion with the intent to commit serious bodily injury or death to na animal, or whoever, under circumstances manifesting extreme indifference to animal life, commits any of the acts or omissions set forth in subsection (a) of this section which results in serious bodily injury or death to the animal, shall be guilty of a felony and, upon conviction thereof, shall be punished by imprisonment not exceeding 5 years, or by a fine not exceeding \$ 25,000 or both.<sup>21</sup> (grifei)

Mesmo no Brasil – embora, decerto, em outro contexto – há previsão normativa explícita no sentido de reconhecer aos animais a titularidade de direitos. Assim, o art. 3º. do Decreto no. 24.645/34 declara que “os animais serão assistidos em juízo pelos representantes do Ministério Público, seus substitutos legais e pelos membros das sociedades protetoras dos animais”, norma esta que, revogada pelo Decreto no. 11, de 18.01.1991, foi ripristinada pelo Decreto no. 761, de 19.02.1993, “servindo hoje como autêntica fonte de Direito”<sup>32</sup>, no dizer de LAERTE FERNANDO LEVAI.

Sendo oportuno, ainda, invocar o argumento de JANE JUSTINA MASCHIO, no sentido de que:

Em 18 de janeiro de 1991, o então Chefe do Executivo editou o Decreto no. 11, revogando inúmeros decretos em vigor, inclusive o Decreto no. 24.645/34. Em 6 de setembro do mesmo ano, verificada a necessidade de ressuscitar muitos dos decretos revogados, nova lista dos decretos revogados foi publicada no Diário Oficial, quando se excluiu da lista a norma de proteção aos animais. Corroborando tal medida, em 19 de fevereiro de 1993, o Decreto no. 761 revogou textualmente o Decreto no. 11. Mas o argumento mais incisivo é que o Decreto no. 24.645/34 surgiu com força de lei, e uma lei não pode ser revogada

por um decreto. O que ocorre, assim nos afigura, é que, à época de seu aparecimento, era ainda incomum a utilização do nomen jûris decreto – lei, cuja figura surgiu com a Constituição de 1946. Aliás, a ter-se em conta o conteúdo do Decreto no. 19.398, de 11 de novembro de 1930, vê-se plenamente confirmado o entendimento que acima esposamos. A teor do art. 17 do texto legal em foco, os atos do Governo Provisório constarão de decretos expedidos pelo Chefe do mesmo Governo e subscritos pelo Ministro respectivo.(...)Em que pese constar com o *status* de revogado no Serviço de Legislação Brasileira do Senado Federal, o Decreto no. 24.645 continua em vigor, haja vista ter tido sua expressa revogação estabelecida por instrumento (Decreto do Chefe do Executivo) que não era apto para tanto.<sup>33</sup> (grifei)

Na doutrina brasileira começa-se a formar-se o pensamento de que os animais – exóticos, silvestres ou domésticos – são sujeitos de direitos, titulares de direitos inerentes à vida, irmanados com o ser humano naquilo que lhe é mais caro – a capacidade de sentir e de sofrer, de ter e de despertar compaixão. Vejam-se, a respeito, as palavras de JANE JUSTINA MASCHIO:

Os animais, pela simples condição de seres vivos, na sua grande maioria habitantes deste planeta milhões de anos anteriormente ao homem, detém certos direitos que lhes são inerentes. E tais direitos naturais dos animais são uma verdade insofismável, da mesma forma que o homem, no dizer de Leon Duguit, em sua natureza de homem, desfruta de certos direitos subjetivos, que constituem os “direitos individuais naturais. Respeito aos direitos naturais do homem, bem como aos dos animais e das demais espécies vivas, é a conduta ética mínima que se impõe à Humanidade.<sup>34</sup>

E mais adiante:

Os animais – especialmente aqueles que podem ser vistos pelo homem sem auxílio de aparelhos – devem ser considerados titulares de certos direitos, não em razão de se reconhecer aos humanos a prerrogativa, a faculdade de não os verem sendo tratados com crueldade, maus – tratos ou violência, mas porque os animais são efetivamente sujeitos de direito. Mas com que fundamento se lhes outorgam direitos? Pela pura e simples condição de seres vivos, dotados de sistema nervoso central, colocados neste planeta não pelas mãos do Homem, mas por uma força superior. Eles sentem dor, frio, calor, sede, sofrem, enfim. Por

isso, os animais não – humanos, nos aspectos sensoriais, encontram-se em posição de igualdade com relação aos humanos. E tal é essa igualdade que, se se reconhece aos homens direitos fundamentais, decorrentes de sua própria natureza, também se os deve reconhecer às demais espécies, pois cada qual possui uma natureza que lhe é própria.<sup>35</sup>

Fundamenta a assertiva com o seguinte argumento: A idéia de que o homem não tem dever moral algum para com os demais seres não – humanos, na realidade, funda-se numa deformação da virtude humana: a discriminação. O racismo nega os direitos dos negros, exclusivamente com base na cor da pele. O sexismo ignora os direitos das mulheres, unicamente com base no sexo. O especismo não passa de outra forma de discriminação: somente os interesses da espécie humana é que devem ser levados em conta.

“Como afirma Peter Singer, é a capacidade de sofrer e de desfrutar as coisas que constitui a condição prévia para se ter qualquer interesse. Somente quando um ser não for capaz de sofrer, nem de sentir alegria ou felicidade, não haverá nada a ser levado em consideração. (...)”.<sup>36</sup>

Para daí concluir:

(...) 2) Há uma base mínima de direitos inerentes a todos os seres vivos: direito de viver, direito à liberdade, direito de se alimentar, de saciar a sede, de proteger-se do frio, de perpetuar a espécie, de não sofrer violência ou crueldades. (...) É a solidariedade e a sensibilidade para com todas as criaturas que torna um homem verdadeiramente humano. Já afirmava o pacifista MAHATMA GANDHI que “a grandeza de uma Nação e seu progresso moral podem ser julgados pela maneira com que seus animais são tratados.”<sup>37</sup>

Sob esse foco, a obrigação de não maltratar os animais não constitui simples resultado de algum “dever indireto”, mas sim de direito próprio dos animais, e que o teriam por se constituírem em seres vivos.

Diga-se, aliás, que há quem afirme, como THOMAS REGAN, que “o contratualismo” que embasa a teoria dos deveres indiretos “não é a melhor teoria moral para quem procura defender os animais porque nem mesmo todos os seres humanos são igualmente protegidos pelo contrato”.<sup>38</sup>

Na verdade, segundo GABRIELA DIAS DE OLIVEIRA:

Com isso Regan verifica que o princípio de igualdade proposto pelo utilitarismo não é suficiente, por que situa o valor moral nos interesses do indivíduo, e não no sujeito de interesses. Ainda que o critério de igualdade seja a sensibilidade – o que torna iguais animais humanos e não – humanos, propiciando maior amplitude à moralidade – as teorias utilitaristas descuidam do valor inerente dos indivíduos, já que, no cômputo da utilidade, interesses individuais podem ser sacrificados para que se maximize a felicidade ou o bem – estar do maior número. Nesse sentido, as teorias utilitaristas poderiam sancionar ações inaceitáveis: se fosse possível, por exemplo, promover a satisfação de mais interesses fazendo experimentos em seres humanos, isto é o que deveria ser feito, seria um dever moral. Regan, no entanto, reputa este raciocínio claramente inaceitável – todo e qualquer ser humano com valor inerente não pode ser usado meramente como meio.<sup>39</sup>

E, no que quase se torna um manifesto, sintetiza a autora:

Os sujeitos de uma vida devem ser tratados como um fim em si mesmos, e não como meio ou instrumento: a aplicação deste princípio para a defesa dos animais gera um ponto de vista deontológico, que se opõe ao utilitarismo. Esta oposição se baseia no fato de que, dentro de uma visão utilitarista, o benefício obtido através da utilização de animais entra em jogo, isto é, deve ser calculado. Regan abomina esta visão, especialmente pelas consequências de sua aplicação para os próprios seres humanos: alguns poderiam sofrer danos forçosamente em benefício de outros, pouco importando a extensão deste benefício.<sup>40</sup>

Eis porque a presente ação é relevante. Seu objeto versa diretamente sobre uma das manifestações cotidianas de como o princípio da dignidade humana é incompreendido e maltratado; seu escopo é, não só mandamental, no sentido de compelir as Administrações Públicas a cumprirem com suas competên-

cias constitucional – legal – administrativa, mas, também e principalmente, o de servir como instrumento educativo para os frequentadores, passados, atuais ou potenciais, de “feiras” como as que motivaram a propositura desta ação civil pública.

Quanto à matéria fática, não há dúvida possível de que, por longo tempo, a prática do comércio ilegal de animais silvestres foi tolerada pelas autoridades autárquicas e municipais encarregadas da tutela do meio ambiente, no espaço da Praça Varnhagen e em Honório Gurgel, e a tal ponto que causou um inchamento do Jardim Zoológico, devido à superpopulação de animais silvestres apreendidos pela Polícia em feiras do gênero.

E o pior: a grande maioria dos animais silvestres apreendidos e encaminhados ao Jardim Zoológico – cerca de noventa por cento – não conseguiram resistir aos maus – tratos de que foram vítimas, antes das apreensões respectivas, acabando por morrer.

Tal prática verificou-se, pelo menos, desde 1995, como se pode depreender do Relatório que foi produzido pela Fundação RIOZOO.

Observa-se, ainda, que o mesmo IBAMA que produziu e elaborou, em março de 2001, documento intitulado – “PROGRAMA BRASILEIRO DE PROTEÇÃO À FAUNA SILVESTRE”, em setembro do mesmo ano, oficiou ao Ministério Público Federal, pedindo a intervenção do Parquet para o exercício de seu poder de polícia, sem que narrasse qualquer operação de fiscalização desencadeada no âmbito do IBAMA com a finalidade de reprimir o comércio ilegal de animais silvestres naquelas feiras.

Nestes autos, a primeira reação do IBAMA foi a de interpor recurso de embargos de declaração, não com a finalidade de provocar o esclarecimento de alguma dúvida ou obscuridade, ou a correção de alguma contradição, mas sim com o singular pedido de intimação da Polícia Federal e do Ministério Público Federal, este para que apontasse “efetivamente os respectivos focos, montando-se operação conjunta para desbaratar eventuais quadrilhas de tráfico de animais silvestres”. (fls. 613)



Por que já não procedera o próprio IBAMA neste sentido, nos mais de três anos que teve desde as primeiras manifestações do Ministério Público Federal, é questão que a autarquia jamais esclareceu.

Muito menos foi o IBAMA capaz de especificar o quanto do “Plano de Ação Estratégica de Proteção à Fauna Silvestre”, elaborado por sua Divisão de Proteção Ambiental (fls. 119/132 e 138/175), conseguiu ser posto em prática, e, dentro desse universo de sua atuação fiscalizatória, qual a atividade que foi exercida em relação à feira situada à Praça Varnhagen e na feira clandestina de Honório Gurgel.

É verdade que, às fls. 665/686, o IBAMA juntou documentos comprobatórios de seu efetivo exercício daquela atividade fiscalizatória em Honório Gurgel. Mas as diligências repressivas que foram então realizadas encontram-se datadas de 15.05.2004 (fls. 665); 15.06.2004 (fls. 669); 20.6.2004 (fls. 671); 15.8.2004 (fls. 675; 680); 12.9.2004 (fls. 683); 14.9.2004 (fls. 678; 681); 04.10.2004 (fls. 682); e 11.10.2004 (fls. 684). Ou seja, todas se deram posteriormente à propositura desta ação.

O MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO alegou em sua contestação, basicamente, que já estava a esforçar-se para combater o comércio ilegal de animais silvestres, auxiliado pela força policial de que carece, e dentro dos meios de que dispõe. (fls. 630, itens 13 a 15)

Quanto ao aspecto da assistência médico – veterinária, da guarda e da manutenção dos animais silvestres apreendidos e encaminhados à Fundação RIOZOO, não há como não se reconhecer que tem este órgão municipal feito muito mais do que sua própria capacidade instalada poderia permitir, daí a superpopulação de espécies referida em seu Relatório 1995-2000.

Mas, quanto ao aspecto da repressão, nota-se a descontinuidade da atuação de fiscalização do comércio ilegal de animais silvestres. O Município do Rio de Janeiro, por seu Subprefeito da Tijuca, Vila Isabel, Grajaú e Alto da Boa Vista, e, inclusive, por seu Prefeito, recebeu diversas petições, inclusive por meio ele-

trônico, subscritas pela União Societária Protetora de Animais, nas datas de 30.04.2002 (fls. 41); 19.6.2002 (fls. 57); 22.12.2002 (fls. 54); e pelo Ministério Público Federal, em 10.09.2003. (fls. 181) Não houve qualquer notícia de realização de diligências de fiscalização como resposta a essas petições.

Não bastasse, às fls. 703, último parágrafo, confessou a Sra. Gerente de Fiscalização Ambiental da Secretaria Municipal de Meio Ambiente e Cultura – SMAC que:

“(…) o Programa de Patrulha Ambiental ficou suspenso no período de agosto de 2003 a agosto de 2004, e apesar disto os técnicos responsáveis solicitaram ações conjuntas com o Batalhão Florestal que infelizmente não foram executadas. Foi agendada para o último final de semana, 04 e 05.12.2004, uma operação em conjunto com o IBAMA e Batalhão Florestal, no entanto estes órgãos não compareceram e a fiscalização foi remarcada para o fim de semana seguinte.

“Reitero ainda que a repressão do comércio ilegal já é prática corriqueira da SMAC”.

Talvez tenha sido corriqueira, mas não, pelo menos, “no período de agosto de 2003 a agosto de 2004 (...)”

Não causa surpresa, assim, que quando do cumprimento da medida liminar, em 18.04.2004, mais animais silvestres acabassem por ser apreendidos (fls. 654). A última petição juntada aos autos, da lavra do Ministério Público Federal, protocolada em 13.7.2005, informa que os réus estão cumprindo com a medida liminar.

Do exposto, é lícito concluir que estava a haver um “déficit” na atuação fiscalizatória tanto do IBAMA, como por parte dos órgãos municipais encarregados da polícia ambiental.

Não é possível condenar-se o IBAMA a impedir “a montagem de feiras onde ocorram comércio ilegal de animais em todo o Município do Rio de Janeiro” (fls. 33, item III), já que a autorização para o funcionamento de feiras livres é de competência municipal; o que não impede – supletivamente, ou em coordenação com as autoridades e órgãos municipais, como dito logo

no início desta sentença – que o IBAMA atue na repressão ao comércio ilegal de animais silvestres nas feiras livres em todo o Município do Rio de Janeiro.

Não restou claro, segundo os fatos expostos na inicial, que o MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO não estivesse a “cadastrar” “o comércio ambulante legal de mercadorias que podem ser vendidas sem maiores restrições” “e que acompanham atualmente o comércio de animais”. (fls. 33, item IV).

Ao revés, todas as alegações de fato e de direito expostas na inicial giraram em torno do comércio ilegal de animais silvestres, que não estaria recebendo a atenção devida por parte do IBAMA e do MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, no que se refere à repressão àquele comércio. De modo que, quanto a este pedido, é o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL carecedor de interesse.

Quanto ao pedido de condenação do IBAMA “a fiscalizar de forma eficiente a comercialização dos animais”, é de ser compreendido no sentido de que o IBAMA proceda a fiscalização periódica, regular e constante das feiras livres – e das clandestinas, das quais vier a tomar conhecimento, como foi no caso da feira realizada em Honório Gurgel - ; se a autarquia entender que essa atividade fiscalizatória alcançaria mais e melhores resultados, com menor desgaste do seu pessoal, e com mais economia de seus recursos, nada impedirá que o faça em conjunto com os órgãos estaduais e municipais ambientais, como já feito durante a tramitação desta causa; o IBAMA terá que comunicar ao Ministério Público Federal, no início de cada exercício, a programação de fiscalização para o ano, em todo o Município do Rio de Janeiro, especificando os lugares que sofrerão as diligências respectivas; os períodos de duração das atividades de fiscalização; o quantitativo de pessoal e de recursos empregados; e os resultados alcançados.

Finalmente, procede o pedido de condenação em dinheiro dos réus, pelos danos causados ao meio ambiente, especificamente à fauna silvestre, doméstica e exótica que veio sendo co-

mercializada ilegalmente, bem como pela submissão de animais a maus – tratos, incentivada pela omissão dos réus, na quantia de um milhão de reais, devida por inteiro quanto a cada réu, devendo o produto da condenação reverter ao Fundo mencionado no art. 13 da Lei no. 7.347/85, instituído pela Lei no. 7797/89.

Isto posto, julgo a ação procedente, em parte, na forma supra especificada. Sem custas, uma vez que o Ministério Público Federal não as dispendeu. Condene os réus em honorários advocatícios de sucumbência, ora fixados em cem mil reais, por inteiro, quanto a cada réu, nos termos do art. 20, § 4º. do CPC.

Intimem-se as partes, pessoalmente, desta sentença.

Decorrido o prazo legal sem interposição de recurso, remetam-se os autos ao Eg. TRF-2ª Região, para reexame obrigatório, com as nossas homenagens.

P . R . I .

Rio de Janeiro, 26 de outubro de 2005

ALBERTO NOGUEIRA JÚNIOR

Juiz Federal da 10ª Vara/RJ

## NOTAS

- <sup>1</sup> MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 5. ed., 1999, p. 275.
- <sup>2</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 51.
- <sup>3</sup> FREITAS, Vladmir Passos de. *Direito Administrativo e Meio Ambiente*. Curitiba: Juruá, 1993, p. 73.
- <sup>4</sup> *Ibidem*, p. 38.
- <sup>5</sup> BENJAMIN, Antônio Hermann (coord.). *Infrações Administrativas em Matéria Ambiental – A Tipificação Aberta*, in *Dano Ambiental – Prevenção, Reparação e Repressão*. São Paulo: RT, 1993, p. 358.
- <sup>6</sup> A M S no. 93.04.010578-SC, TRF-4ª Região, 1ª Turma, Rel. Juiz Ari Pargendler, dec. un. pub. DJU 04.05.1994, p. 20.638.

- <sup>7</sup> AC no. 2002.04.010167829-SC, TRF-4ª Região, 4ª Turma, Rel. Juiz Valdemar Capeletti, dec. p. maioria, pub. DJU 04.06.2003, p. 629.
- <sup>8</sup> RE no. 349.189-TO, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, dec. un. pub. DJU 14.11.2002, p. 34.
- <sup>9</sup> AI no. 2003.01.000245445-PA, TRF-1ª Região, 6ª Turma, Rel. Des. Fed. Maria Isabel Gallotti Rodrigues, dec. un. pub. DJU 09.2.2004, p. 77.
- <sup>10</sup> REO no. 2003.0000017002-AC, TRF-1ª Região, 6ª Turma, Rel. Juiz Daniel Paes Ribeiro, dec. un. pub. DJU 25.6.2001, p. 343
- <sup>11</sup> AI no. 2003.05.000231487-AL, TRF-5ª Região, 3ª Turma, Rel. Des. Fed. Ridalvo Costa, dec. un. pub. DJU 22.4.2004, p. 460.
- <sup>12</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 12. ed., 2004, p. 99-100.
- <sup>13</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. op cit, p. 101-102.
- <sup>14</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. op cit, p. 105.
- <sup>15</sup> PIOVESAN, Flávio. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 5.ed., 2002, p. 270.
- <sup>16</sup> *Ibidem*, p. 03.
- <sup>17</sup> LEVAI, Laerte F. Disponível em: [http://www.forumnacional.com.br/ministerio\\_publico\\_e\\_protecao\\_juridica\\_dos\\_animais.pdf](http://www.forumnacional.com.br/ministerio_publico_e_protecao_juridica_dos_animais.pdf), datado de 09.09.2005. Acesso em 21.10.2005.
- <sup>18</sup> DUARTE, MARISE COSTA DE SOUZA. *Meio Ambiente Sadio – Direito Fundamental*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 68 e 70
- <sup>19</sup> DUARTE, MARISE COSTA DE SOUZA. op cit, p. 69.
- <sup>20</sup> *Ibidem*, p. 89.
- <sup>21</sup> *Ibidem*, p. 89.
- <sup>22</sup> MACHADO, PAULO AFFONSO LEME, *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: RT, 1989, p. 56.
- <sup>23</sup> CASTRO, CARLOS Roberto de Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 699, nota 1199
- <sup>24</sup> *Ibidem*, p. 697.

- <sup>25</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 19. ed., 2001, p. 822.
- <sup>26</sup> REGAN, Tom. The Case for Animal Rights, texto disponível em [http://articles.animalconcerns.org/ar-voices/acrhive/case\\_for\\_ar.html](http://articles.animalconcerns.org/ar-voices/acrhive/case_for_ar.html), colhido em 24.10.2005
- <sup>27</sup> Ibidem.
- <sup>28</sup> LEVAI, Laerte F. op cit.
- <sup>29</sup> Texto disponível em [http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/...](http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/), colhido em 21.10.2005.
- <sup>30</sup> Texto disponível em [http://www.dw-world.de/dw/article/...](http://www.dw-world.de/dw/article/), colhido em 21.10.2005.
- <sup>31</sup> Texto disponível em <http://www.animal-law.org/statutes/washdc.htm>, colhido em 19.10.2005.
- <sup>32</sup> LEVAI, Laerte F. op cit.
- <sup>33</sup> MASCHIO, Jane Justina, *Os Animais – Direitos deles e ética para com eles*. Teresina: Jus Navigandi, a . 9, n. 771, 13.08.2005. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7142>. Acesso em 21.10.2005.
- <sup>34</sup> Ibidem.
- <sup>35</sup> Ibidem.
- <sup>36</sup> MASCHIO, Jane Justina. Op cit.
- <sup>37</sup> Ibidem.
- <sup>38</sup> OLIVEIRA, Gabriela Dias de. *A Teoria dos Direitos Animais Humanos e Não – Humanos, de Tom Regan, Ethic@*, Florianópolis, v. 3, n. 3, p. 289, dez. 2004.
- <sup>39</sup> Ibidem, p. 289.
- <sup>40</sup> Ibidem, p. 290.

Recebido em: 28/11/2011.

Aprovado em: 02/02/2012.

## OBRAS INDICADAS | ANNOUCEMENT



### **A DIGNIDADE DA VIDA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA ALÉM DOS HUMANOS: UMA DISCUSSÃO NECESSÁRIA (Coleção Fórum de Direitos Fundamentais - volume 3)**

CARLOS ALBERTO MOLINARO, FERNANDA LUIZA FONTOURA DE MEDEIROS, INGO WOLFGANG SARLET, TIAGO FENSTERSEIFER (ORGS.)

A ampliação da noção de dignidade da pessoa humana (a partir do reconhecimento da sua necessária dimensão ecológica) e o reconhecimento de uma dignidade da vida não-humana apontam para uma releitura do clássico contrato social em direção a uma espécie de contrato socioambiental (ou ecológico), com o objetivo de contemplar um espaço para tais entes naturais no âmbito da comunidade estatal. Estes são os temas que podemos encontrar na presente obra.





## Regras para publicação de artigos na Revista Brasileira de Direito Animal

1. O trabalho encaminhado para publicação na *Revista Brasileira de Direito Animal* deverá ser inédito. Uma vez publicado, considera-se licenciado para aos coordenadores da Revista, podendo tão somente ser publicado em outros lugares, após autorização prévia e expressa do Conselho Editorial da Revista, citada a publicação original como fonte.
2. O trabalho será enviado exclusivamente pelo correio eletrônico, para o endereço: tagoretrajano@gmail.com (no “Assunto”, fazer referência à Revista).
3. O trabalho deverá ter no máximo 25 laudas, sendo este limite superado apenas em casos excepcionais. Como fonte, usar o Times New Roman, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm. O tamanho do papel deve ser A4.
4. O trabalho deverá ser precedido por uma folha na qual constarão: o título do trabalho, o nome e qualificação do autor (ou autores), endereço para correspondência, telefone, fax e e-mail, e autorização de publicação.
5. As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2000 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT): sobrenome do autor em letras maiúsculas; vírgula; nome do autor em letras minúsculas; ponto; título da obra em itálico; ponto; número da edição (a partir da segunda); ponto; local; dois pontos; editora (não usar a palavra editora); vírgula; ano da publicação; ponto.
6. Os trabalhos deverão ser precedidos por um breve Resumo (10 linhas no máximo) em português e em outra língua estrangeira (inglês, francês, alemão, italiano ou espanhol), e de um Sumário.

7. Deverão ser destacadas as palavras-chave (em português e em outra língua estrangeira).

8. Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de itálico. Citações de textos de outros autores deverão ser feitas entre aspas, sem o uso de itálico.

9. Como contrapartida pela licença de publicação dos trabalhos na Revista, o colaborador receberá 01 (um) exemplar do periódico em cujo número seu trabalho tenha sido publicado, não sendo prestada remuneração autoral.

10. Os trabalhos para publicação serão selecionados pelos Conselhos da Revista. Aqueles que não se ativerem a estas normas serão devolvidos a seus autores, que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias.

11. Os trabalhos apresentados devem estar relacionados à temática dos Direitos dos Animais, sendo necessária a referência ao grupo de pesquisa de que fazem parte na nota de rodapé, logo no início do texto.

12. A Avaliação dos Artigos passa por uma avaliação prévia realizada pelos coordenadores, verificando sua adequação à linha editorial da revista. Após essa avaliação, os artigos são remetidos a dois pareceristas anônimos para a avaliação qualitativa de sua forma e conteúdo, de acordo com o processo conhecido como blind peer review. O prazo para a elaboração do parecer é de 45 a 90 dias. Recebido o parecer, este é encaminhado para o autor do artigo a fim de tomar ciência ou para que incorpore as modificações sugeridas. Neste último caso, o texto modificado deverá ser remetido para a revista. será novamente avaliado em função das alterações.

13. Os autores serão informados por e-mail sobre o andamento da avaliação e terão acesso a todos os pareceres sobre seu artigo, sem identificação de autoria.

14. Excepcionalmente, haverá convites para publicação. Os convites serão formulados exclusivamente pelo editor da revista.



Esta Revista foi publicada  
no formato 140x210 mm  
miolo em papel 75 g/m<sup>2</sup>  
Tiragem de 500 exemplares  
Impressão e Acabamento:  
Editora do Conhecimento  
Fone: (19) 3451-5440