

Os animais e o Direito

Novos Paradigmas

Haydée Fernanda Cardoso¹

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

J. J. Canotilho²

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

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

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

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

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

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

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

1. INTRODUÇÃO

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

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

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

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

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

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

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

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

2. SERES VIVOS E OBJETOS

A dogmática jurídica brasileira³ incluiu o indivíduo animal ou a coletividade *fauna*, dentre os objetos de direito, ao traçar, no art. 82 do atual Código Civil, o conceito de bens móveis, completado no art. 83, II, do mesmo diploma, dando-lhes a denominação técnica de *bens semoventes*. Assim também, ao pô-los sob a propriedade do Estado na Lei de Proteção à Fauna, o que está superado desde a entrada em vigor da Constituição de 1988, passando a *bem de uso comum do povo*, e o Estado a mero gestor, do mesmo modo que todo o patrimônio público.

O Decreto 24.645 de 1934, tem entendido doutrina minoritária, que teria feito os animais *sujeitos de direitos* em nosso ordenamento⁴, vez

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

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

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

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

Neste diapasão, de acordo com a doutrina dominante, o direito ambientalista constitucional brasileiro abraçou a corrente antropocentrista, existindo ainda, doutrina intermediária, entendendo pelo caráter híbrido: ora antropocentrista ora biocentrista⁶.

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

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

⁵ Art. 2º, parágrafo 3º, decreto 24.645 de 1934.

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

⁷ RODRIGUES, Daniele Tetü. *Op. cit.*, pág. 95.

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

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

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

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

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

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

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

Tanto se prova existência de um único regime jurídico sobre a fauna, que é permitido ao particular proibir a caça no interior de sua propriedade quando na região seja permitido, reservar a caça para si ou franquear a entrada mediante remuneração, quando ela seja permitida na região, mas não pode fazê-lo em épocas ou regiões onde não haja permissão, pois a fauna está sob o regime de direito público, sendo o Estado seu gestor¹⁰, e por isso a caça não é acessório do solo, segundo Clóvis Beviláqua¹¹.

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

⁹ *Op. cit.*, pág. 753.

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

¹¹ *Apud* MACHADO, Paulo A. Leme, *op. cit.*, pág. 765.

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

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

Cezar Fiúza¹² ensina-nos que o caçador torna-se *dono* dos animais que capturar por concessão legal. A nosso sentir, há que se fazer uma reflexão à luz da legislação ambiental e penal, à qual, *data venia*, não nos parece ter-se elevado o referido autor. Tal legislação escusou aquele que mata o animal para consumo¹³ quando em estado de necessidade, e assim, de fato concedendo a posse do animal para aquele fim; e também quando haja a permissão de caça em determinada época ou região, segundo os limites estabelecidos e a fiscalização do Poder Público, sendo concedida a propriedade da caça ao caçador. No entanto, quando a prática da caça seja ilegal, os produtos serão apreendidos através do chamado perdimento, em geral, executado em nível administrativo, dando-se-lhes a adequada destinação¹⁴.

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

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

¹³ Lei de Crimes Ambientais, art. 37, I.

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

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

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

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

Quanto à caça científica, o Estado apenas lhe outorga o direito de uso, pois esse uso tem, *a priori*, função social e interesse metaindividual¹⁶, sendo permitida a morte do animal no interesse público de obter resultados científicos que possam elevar a qualidade de vida do homem, pois o interesse público é o principal critério de disposição de qualquer bem público.

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

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

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

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

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

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

3. O TRATAMENTO JURÍDICO E A CIÊNCIA DO SÉCULO XXI

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

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

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

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

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

Não queremos – assim como eles – dizer que os animais têm capacidade para executar cálculos complexos, ou reflexões profundas, mas que, a seu modo, são capazes de raciocínios simples, de aprender, de ter emoções, de encontrar soluções para alguns de seus problemas e que têm memória, pois são atributos do *animus*¹⁷ a inteligência, a razão, a consciência, o pensamento, a vontade, etc¹⁸.

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

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

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

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

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

Tudo isto é o fundamento da hipótese levantada pela Dra. Irvênia Prada, de que, estando bem definida para o homem a função da área pré-frontal de seu cérebro, e estando esta mesma anatomia presente nos cérebros de outros animais, *isso é sugestivo de que esses animais têm igualmente funções mentais, embora mais acanhadas, tendo-se como referência o ser humano*. Esta também é a crença do Prof. Carlos Campos²⁰, o qual levantou a bandeira do pensamento em animais já em 1945, chegando

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

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

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

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

Isso denota dois fatores: que existe memória nas mentes inferiores²¹ (animais e crianças), e que a experiência é algo que existe aquém da capacidade de expressão verbal.

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

Em mais uma coisa convergem Irvênia Prada²² e Carlos Campos²³: a complexidade do comportamento denuncia o grau de desenvolvimento mental nos indivíduos, animais humanos ou não, sendo que ele expressa esta idéia na complexidade de variações, da realidade móvel, da

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

²² *Op. cit.*, pág. 36.

²³ *Op. cit.*; pág. 246.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁵ FERNANDEZ, Athualpa. *Op. cit.*, pág. 49.

²⁶ *Op. cit.*, pág. 34.

nove anos²⁷, o qual dominava um vocabulário de 200 palavras e em expansão – o equivalente ao vocabulário de uma criança de 3 anos de idade –, bastando dizer-lhe uma palavra nova que ele logo assimilava a um brinquedo diferente que aparecia dentre os antigos, demonstrando assimilação de informações, memória e capacidade de aprendizado. Para os cientistas, isto permitiu revelar que os caninos compartilham alguns aspectos da capacidade para a linguagem que se desenvolveu nos humanos²⁸.

Dois anos depois, pesquisadores da USP treinaram uma *vira-
latinha*²⁹, a Sofia, que foi capaz de aprender frases com duas palavras, além de expressar sua *vontade* a partir da assimilação de formas e cores representativas de botões dispostos em uma caixa de teclado que pressionava sempre que desejava se comunicar com humanos. Para os pesquisadores, o que ela faz não é uma resposta simples, condicionada, é um ato de comunicação real, porque quando tecla, olha principalmente para quem possa atendê-la³⁰, ou seja, a comunicação é um ato *volitivo*.³¹

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

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

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

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

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

³¹ Estudos desta natureza também já foram realizados com golfinhos e primatas.

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

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

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

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

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

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

³³ *Op. cit.*, pág. 245.

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

Os animais mais evoluídos possuem um sistema nervoso muito parecido com o nosso, e sobre estes é muito mais fácil fundamentar a argumentação científica de que sentem dor, no entanto, animais menos evoluídos, como os peixes, também demonstram sofrimento quando dele são acometidos, pois se o corpo é o involução da nossa essência, da nossa alma, e a expressão para os demais do nosso eu, as expressões do corpo são capazes de permitir, inclusive, a identificação das sensações ou sentimentos que vivencia o *ser* que ele contém, do qual é o envólucro³⁴. Com relação a isto, nos fala a Prof. Dra. Irvênia Prada:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. O DIREITO OBSOLETO E SUA TENDÊNCIA NÃO EQÜITATIVA

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

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

³⁷ *Op. cit.*

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

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

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

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

José Rubens Morato Leite e Patrick Ayala³⁸ vem defendendo a consideração do valor intrínseco dos seres vivos não-humanos tendo como pano de fundo o *princípio da equidade intergeracional*. Segundo este princípio, a proteção do patrimônio ambiental deve-se à necessidade de garantir-se os direitos das futuras gerações, desdobrando-se este em mais três princípios, quais sejam: o *da conservação de opções*, o *da conservação da qualidade* e o *da conservação do acesso*.

³⁸ *Op. cit.*, págs. 241 a 253.

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

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

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

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

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

³⁹ LEITE & AYALA, *op. cit.*, pág. 210.

⁴⁰ *Op. cit.*, págs. 241, 242.

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

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

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

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

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

Apelação improvida.

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

Os melhores ventos em relação a serem considerados os animais de per si para fins de proteção jurídica, vieram em 2005, pela justiça baiana, por ocasião de um *habeas corpus* impetrado pelos organizadores desta revista⁴¹ e outros em favor de uma chimpanzé por nome “Suíça”: conhecendo o juiz da ação, mandou citar a autoridade coatora para prestar informações em 72 horas.

O fundamento principal do magistrado para admitir o debate foi a necessidade de se provocar a discussão em torno do assunto, uma vez que o processo penal não é estático, ou seja, muito embora o magistrado deixe bem claro não ser adepto das correntes que pugnam pelo reconhecimento da personalidade jurídica dos animais, reconhece, em fantástica decisão, a necessidade do debate sobre o tema, admitindo não só que o direito não é estático, mas que está em vias de transformação sobre o tema⁴². Decisão isolada que demonstra tanto a tensão transformadora prestas a eclodir, como a resistência a essa transformação por estar envolta em uma grande geleira de difícil derretimento: a atual dogmática jurídica.

⁴¹ Drs. Heron Santana e Luciano Santana.

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

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

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

Ou seja, muito embora incisivamente eles digam “não”, sua argumentação, não raras vezes abre brechas para o “sim”, isso porque o direito ambiental, conforme defendem LEITE & AYALA⁴⁴ e WOLF PAUL⁴⁵, por suas incongruências, muito mais têm servido a uma função simbólica que a uma efetiva proteção, emergindo daí sua urgência de transformação do direito a reconhecer seus novos/velhos sujeitos, que, assim como se deu a evolução histórica dos direitos humanos, não num processo de criação mas de reconhecimento⁴⁶, também os direitos dos animais, no todo e individualmente considerados.

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

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

⁴³ *Apud* AYALA & LEITE, pág. 215.

⁴⁴ *Op. cit.*

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁷ AYALA & LEITE, *op. cit.*, pág. 245.

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

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

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

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

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

⁴⁸ AYALA & LEITE, *op. cit.*, pág. 271.

6. CONCLUSÕES

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

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

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

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

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

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

A conseqüência da mudança das bases jurídicas a partir da mais recente realidade social e científica construtora de uma nova ética, culminará numa maior equidade e num direito mais justo através de leis e, principalmente, decisões judiciais mais adequadas. O segredo da equidade e da justiça está na transformação dos alicerces.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BECHARA, Érika. *A Proteção da Fauna sob a Ótica Constitucional*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003;
- BITENCURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*. 10^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, vol. 1;
- CAMPOS, Carlos. *O Mundo Como Realidade* (originalmente publicado como *Estudos de Psicologia e Lógica*, 1945). Belo Horizonte: Editôra Cardal Ltda, 1961;
- CARDOSO, Haydée Fernanda. *O Reconhecimento da Personalidade Jurídica dos Animais – A Aceitação Doutrinária da Ordem Legal Vigente e a Responsabilidade Metaindividual*. BENJAMIN, Antônio Herman (org.). *Congresso Internacional de Direito Ambiental. Fauna Políticas Públicas e Instrumentos Legais*. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2004;
- _____. *A Personalidade Jurídica dos Animais*. 2006. 103 f. Monografia (Graduação em Direito) Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém, 2006;
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 2004;
- FERNANDEZ, Athaulpa. *A Hermenêutica Jurídica Sob a Perspectiva das Dinâmicas Evolucionárias*. Cadernos da Pós-Graduação em Direito da UFPA, n^o. 13. Belém: Programa da Pós-Graduação em Direito;
- FRANÇA, R. Limongi. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1986;
- GORETTI, Cesare. *L'Animale Comme Soggetto di Diritto*. Rivista di Filosofia da Universidad di Milano, 1928;
- LEITE, José Rubens Morato & AYALA, Patryck de Araújo. WOLKMER, Antônio Carlos & LEITE, José Rubens Morato (org.). *Novas Tendências e Possibilidades do Direito Ambiental no Brasil*. In Os “Novos” Direitos no Brasil: Natureza e Perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2003.
- LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos Animais*. 2^a ed. rev. amp. e atual. Campos do Jordão, SP: Editora Mantiqueira, 2004;
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal. Parte Geral – Arts. 1^o. a 120 do CP*. 18^a. ed. São Paulo: Atlas, 2002, vol. 1;
- PAUL, Wolf. *A Irresponsabilidade Organizada? Comentários Sobre a Função Simbólica do Direito Ambiental*. Universidade Federal do Pará – Ano 2 – n^o. 2 – 1989;
- PICARD, Edmond. *O Direito Puro*. 2^a. Edição brasileira. Salvador, Bahia, Livraria Progresso Editora, 1954;

PRADA, Irvênia. *A Alma dos Animais*. 2ª impressão. Campos do Jordão, SP: Ed. Mantiqueira, 1997;

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: José Bushatky editor, 1974;

RODRIGUES, Danielle Tetü. *O Direito & os Animais. Uma Abordagem Ética, Filosófica e Normativa*. 1ª ed. (2003), 3ª tiragem. Curitiba: Juruá Editora, 2005;

SINGER, Peter. *Libertação Animal*. Trad. Marly Winckler. Rev. Técnica Rita Paixão. Porto Alegre, São Paulo: Lugano, 2004.