



ANIMAIS E A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL ABOLICIONISTA

ANIMALS & THE ABOLITIONIST CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS

Heron Gordilho¹

Tagore Trajano de Almeida da Silva²

Fernanda Ravazzano³

RESUMO

Trata-se de artigo de revisão que analisa o status jurídicos dos animais à luz da Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 225 proibiu todas as práticas que comprometam a sua função ecológica ou coloquem em risco de extinção alguma espécie ou submetam os animais a maus-tratos ou atos de crueldade. Utilizando do técnica de pesquisa bibliográfica e documental, o artigo promove uma revisão da literatura em confronto com documentos como a Constituição Federal, as leis ordinárias e jurisprudência sobre o tema. Inicialmente o artigo demonstra como a ideia de que os animais são seres destituídos de espírito está por detrás da ideologia especista, que desconsideram os interesses e os direitos dos animais. Em seguida, o artigo analisa a evolução do status jurídico dos animais, de simples *res nullium* até o atual modelo interpretativo abolicionista que os consideram sujeitos de direitos fundamentais básicos como a vida, a liberdade e a integridade física.

Palavras-chave: Direito animal; Abolicionismo pelos animais; Interpretação jurídica.

ABSTRACT

It is a review article that analyzes the legal status of animals in the light of the Federal Constitution of 1988, which in its article 225 prohibited all practices that compromise its

¹ Pós-Doutor em Direito Ambiental pela Pace University (EUA). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Sociologia pela UFBA. Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da UFBA. Professor de Direito Ambiental na Graduação, Mestrado e Doutorado da UFBA e de Direito da Universidade Católica de Salvador (UCSAL). Conselheiro da *International Union for Conservation of Nature* (IUCN). Presidente da Asociación Latinoamericana de Derecho Animal (ALDA). Promotor de Justiça Ambiental (MP/BA). E-mail: heron@ufba.br.

² Pós-doutor em Direito pela Pace Law School, New York/ USA. Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) com estágio sanduíche como Visiting Scholar na Michigan State University (MSU/USA). Professor Adjunto I da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. E-mail: tagoretrajano@gmail.com.

³ Pós-Doutora em Relações Internacionais pela Universidade de Barcelona/ESP. Doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Membro do Corpo Permanente do Programa de Pós-Graduação da Universidade Católica do Salvador(UCSAL). Coordenadora da Pós-Graduação em Ciências Criminais da UCSAL. Advogada. E-mail: fravazzano@gmail.com



ecological function or endanger some species or subject animals to ill-treatment or acts of cruelty. Using the technique of bibliographical and documentary research, the article promotes a literature review in comparison with documents such as the Federal Constitution, the ordinary laws and cases on the subject. Initially the article demonstrates how the idea that animals are devoid of spirit is behind the specter of ideology, which disregards the interests and rights of animals. The article then analyzes the evolution of the legal status of animals, from simple *res nullius* to the current abolitionist interpretive model, which considers them to be subjects of basic fundamental rights such as life, liberty and physical integrity.

Keywords: Animal rights; Abolitionism by animals; Legal interpretation.

1 INTRODUÇÃO

Milhões de animais sencientes, nascidos livres, são roubados, capturados, mutilados, vendidos como mercadoria, espoliados na realização de trabalhos forçados, ou simplesmente mortos e devorados sem qualquer direito de defesa, sem que isso provoque a indignação da maioria das pessoas.

Mas cedo ou mais tarde, porém os homens haverão de admitir que muitos animais podem integrar a nossa comunidade moral, antes que eles sejam extintos pela destruição do seu habitat e pelo biocídio a que estão sendo submetidos, entre outras coisas pelo tráfico ilegal.⁴

Animais são utilizados para satisfazer nossos desejos e milhares deles são mortos diariamente, seja no tráfico, nas indústrias de alimentos ou de moda, em manifestações culturais ou experiências científicas. Outros milhares são "domesticados" e utilizados como companhia ou guarda em residências, para diversão em zoológicos e circos ou na execução de trabalhos forçados.

Este artigo pretende, inicialmente, analisar as raízes do "especismo", demonstrando como o conceito de alma (*anima*) foi se modificando no decorrer da história para estabelecer os fundamentos para a exclusão dos animais de nossa esfera de consideração moral.

⁴As pessoas reclamam que tratamos os animais como objetos, mas na verdade tratamos os animais como prisioneiros de guerra. Vice sabia que quando foram abertos os primeiros zoológicos, os tratadores tinham de proteger os animais dos ataques dos espectadores? Os espectadores sentiam que os animais estavam ali para serem insultados e humilhados, como prisioneiros em uma marcha triunfal". (COETZZE, John M. *A vida dos animais*. São Paulo: Cia das Letras, 2002. 70.)



A seguir, analisa o status jurídico dos animais a luz da Constituição Federal (CF) de 1988⁵ e visa demonstrar, a partir de uma hermenêutica constitucional, que os animais podem ser reconhecidos como titulares de direitos fundamentais e habilitados a ser defendidos em juízo, através de representantes ou substitutos legais.

2 A AUSÊNCIA DE ESPÍRITO COMO FUNDAMENTO MORAL DO ESPECISMO

A palavra “especismo” foi criada em 1970 pelo psicólogo Richard Ryder, professor da Universidade de Oxford, para estabelecer um paralelo entre nossas atitudes perante os animais e as atitudes racistas ou sexistas, pois ambas representam comportamentos parciais e preconceituosos em favor dos interesses dos membros do próprio grupo em relação aos interesses dos membros dos demais grupos.⁶

Como sabemos, o homem e o animal compartilha muitos atributos biológicos como o nascimento, a morte, a dor e o prazer, capacidade de raciocínio e emoções. Não obstante, a tradição ocidental insiste em ressaltar as diferenças, dentre elas aquela que supostamente distingue o corpo da alma ou espírito, assim como o instinto da razão. Nesse jogo, os homens seriam dotados de corpo e espírito e razão, enquanto os animais de corpo e instintos.

A ideia de alma surge entre os povos primitivos pela experiência do sonho e o homem passa a ser visto como um ser dotado de um corpo, mas também de uma alma capaz de abandonar esse corpo e percorrer o espaço/tempo. Como para esses povos originais as representações da vigília e os sonhos tinham o mesmo valor, este duplo só poderia ser compreendido se se admitisse que o corpo possuía uma alma, constituída de uma matéria sutil e etérea capaz de passar pelos orifícios do organismo e se afastar do corpo.⁷

Mais à frente, o homem vai especular sobre a experiência da morte, percebendo que muitas vezes os sonhos se referiam a acontecimentos passados. A partir dessa experiência, surge a ideia de um terceiro elemento: o espírito.

De fato, diferentemente da alma, que passa a maior parte do tempo no interior do corpo, o espírito era desconectado da matéria, de modo que mesmo depois da morte, ele

⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

⁶ SINGER, Peter. *Vida ética*. Trad. Alice Xavier. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p. 52.

⁷ KELSEN, Hans. *A ilusão da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.32.



continuará a existir, principalmente o espírito dos homens que a opinião pública atribuiu virtudes especiais (*mana*).⁸

Esta ideia de uma alma ligada ao corpo (alma como o espírito encarnado) vai estar presente na tradição grega, e já na filosofia clássica "aristotélica", a alma é definida como uma substância do corpo, isto é, um princípio vital comum a todos os seres animados, e está para o corpo assim como a visão está para os olhos.⁹

Para Aristóteles, existiria uma faculdade vegetativa comum a todos os seres vivos, uma faculdade sensitiva comum a todos os animais, mas apenas a alma humana é dotada de uma faculdade intelectual (*noûs*), capaz de produzir o pensamento através da linguagem.¹⁰

Assim, a alma intelectual se confunde com a própria ideia de espírito, constituindo-se em um outro gênero de alma, a única separável do corpo: um espírito sensitivo (receptivo) que exerce a função de matéria (potência) e o espírito eficaz (ativo) exercendo a função de forma (ato).¹¹

Neste paradigma, os animais são concebidos como seres que, embora possuam as faculdades vegetativa e sensitiva (*anima*), são destituídos de um espírito, isto é, de uma faculdade intelectual. Assim, a andorinha constrói o seu ninho e a aranha a sua teia, um impulso natural não deliberado, pois apenas somente o espírito humano seria capaz de deliberar.¹²

Em suma, além do corpo físico (*soma*) e da vida (*anima*), o homem possui um terceiro elemento que o diferencia das demais espécies: um espírito independente do corpo e detentor de atributos como a inteligência, a razão, a consciência, o pensamento e a vontade.¹³ Assim, a moral teleológica aristotélica estabelece uma grande cadeia de seres, onde aqueles que estão posicionados nos degraus mais baixos existem para servir aos que se encontram nos degraus mais elevados.¹⁴

⁸DURKHEIM, Émile. *Formas elementares de vida religiosa: o sistema totêmico na Austrália*. Trad. Joaquim Pereira Neto. São Paulo: Paulinas, 1989. p. 89-96.

⁹ARISTÓTELES. *Da alma*. Trad. Carlos Hurnberto Gomes. Lisboa: Edições 70, 2001. Título original: De anima.

¹⁰MAYET, Laurent. Homo intellectus. "*Sciences et Avenir*", Paris, n.103, p. 58, oct. 1995.

¹¹"Mas, no caso da mente e da faculdade do pensamento, nada se encontra clarificado: parece existir um tipo diferente de alma, só ela admitindo ser separada da maneira como o é aquilo, que é imortal, daquilo que perece". (ARISTÓTELES. *Da alma*. Trad. Carlos Hurnberto Gomes. Lisboa: Edições 70, 2001. p. 55-56. Título original: De anima.)

¹²GORDILHO, Heron. Why animals are spiritual beings? "*Revista Brasileira de Direito Animal*", v.7 n.10, p. 145. jan-jun. 2012. Disponível em: < <http://www.portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/8401>>. Acesso em: 20 out. 2016.

¹³Ibid.



Considerando-se o único ser dotado da faculdade intelectual da alma, o homem estaria no topo da Grande Cadeia dos Seres, acima de seu inferior imediato, o animal, e abaixo do seu superior imediato, as divindades, de modo que os atributos espirituais é o atributo distintivo entre o homem e os animais, da mesma forma que o bico duro, as asas e a aptidão para voar distinguiria os pássaros dos outros seres vivos.¹⁵

Na era moderna, Descartes vai levar essa tradição aristotélica ao extremo, concebendo os animais como simples máquinas destituídas até mesmo da faculdade sensitiva, ou de qualquer emoção ou sentimento.¹⁶ Para o mecanicismo cartesiano, os animais são considerados autômatos destinadas a servir de mera engrenagem no processo de exploração econômica dos recursos naturais pela sociedade industrial emergente.¹⁷

Esta tradição só vai ser abalada a partir de 1871, quando Charles Darwin refuta os fundamentos filosóficos que até então sustentavam a idéia de que apenas o homem - feito à imagem e semelhança de Deus - tinha uma alma intelectual (espírito).¹⁸ A teoria da evolução vai destruir os fundamentos da doutrina tradicional "aristotélica" da imutabilidade (ou fixidez) das espécies vivas, que, como reflexo da teoria da substância, afirmava a existência de uma estrutura ontológica do mundo.¹⁹

Inobstante, apesar do abalado ou mesmo a destruição das estruturas da tradição antropocêntrica moderna promovida por Darwin, ao provar que existe uma continuidade entre os homens e as demais espécies, estes últimos continuam excluídos da esfera de consideração jurídica ou moral.

É como se passado mais de um século após a publicação de *As Revoluções dos Orbes Celestes* (1543)²⁰, a física e a matemática continuassem operando dentro do paradigma científico ptolomeico, que sustentava que os planetas giravam em torno da Terra.

Na verdade, assim como a revolução "copernicana" foi recusada durante muito tempo porque exigia o abandono da idéia judaico-cristã de que o homem - considerado o centro do

¹⁴Para alguns desses estudiosos, chamados *mecanicistas*, a vida seria um produto do funcionamento do próprio organismo, isto é, de suas atividades físicas e químicas. Para outros, os *vitalistas* a vida seria uma coisa diferente, à parte. Neste caso, admitem que os seres vivos teriam, além do corpo físico, a manifestação da vida, como sendo de outra natureza. Neste caso, a vida corresponderia à expressão *anima*, do latim".(PRADA, Irvênia Luiz de Santis. *A alma dos animais*. Campos do Jordão: Mantiqueira, 1997. p. 12).

¹⁵MAYET, Laurent. Homo intellectus. "Sciences et Avenir", Paris, n.103, p. 58, oct. 1995.

¹⁶DESCARTES, René. *Discurso sobre o método*. São Paulo: Humus. 1637. p.105-107.

¹⁷GORDILHO, Heron. Why animals are spiritual beings. 'Revista Brasileira de Direito Animal', v.7, n. 10, p. 155. Disponível em <http://www.portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/8401>. Acesso em: 8 out .2016.

¹⁸GORDILHO, Heron. *Abolicionismo animal*. Salvador: Evolução. 2009. p.32.

¹⁹ABBAGANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Mestre Jou, 1982. p. 373.

²⁰COPERNICO, Nicolau. *As revoluções dos orbes celestes*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.



universo moral - habitava o centro do universo, as idéias de Darwin, embora hegemônicas no campo científico, ainda não repercutiram devidamente na esfera da ética.

Não obstante, tem havido um significativo incremento em pesquisas científicas sobre as atividades mentais dos animais, que refutam, uma a uma, as velhas teorias que sustentam a existência de barreiras intransponíveis entre os homens e as demais espécies.

O primatólogo americano David Premack, por exemplo, a partir de pesquisas realizadas com chimpanzés, pombos e galinhas, estudou a capacidade de associação por esses animais de pedaços de plásticos de formas e cores diferentes a objetos, e provou que muitos animais são capazes de abstração, de modo que a velha oposição entre instinto e inteligência está muito próxima de ser relegada ao papel de curiosidade de museu.²¹

Isto se torna ainda mais evidente quando comparamos os homens aos grandes primatas, uma vez que biologicamente o homem e os grandes primatas pertençam à mesma ordem (primatas) e a mesma subordem (antropóides), embora a maioria dos cientistas ainda utilize a taxonomia cladística que coloca o homem na família (*Hominidae*), gênero (*Homo*) e espécie (*Homo sapiens*) isoladas, e o chimpanzé, por exemplo, na família (*Pongidae*), gênero (*Pan*) e espécie (*Pan troglodytes*).²²

Inobstante, a partir da utilização de moderna tecnologia genética, um grupo de renomados cientistas publicou, recentemente na prestigiada revista americana *Proceedings of the National Academy of Sciences*, uma pesquisa que revela que a semelhança entre os códigos genéticos do homem e do chimpanzé são quase idênticos, isto é, 98,4%.²³

Assim, já existem provas científicas suficientes para afirmar que o homem e os grandes primatas pertencem à mesma família (*hominidae*) e ao mesmo gênero (*Homo*), por isso deveriam ser classificados como *Homo troglodytes* e *Homo paniscus*, os chimpanzés, e *Homo gorilla*, os gorilas.²⁴

²¹FISCHETTI, Antonio; MAYET, Laurent. Le propre de l' animal. 'Sciences et avenir.' Paris, oct. 1995. p. 3.

²²DUNBAR, R. I. M. What's in a Classification. In: CAVALIERI, Paola; SINGER, Peter. (Ed.). *The Great Ape Project: equality beyond humanity*. New York: St. Martin's: 1993. p. 110.

²³"Durante muitos anos, os biólogos, em sua maioria, presumiram que os humanos teriam evoluído como um ramo isolado dos outros grandes primatas, que incluem os chimpanzés e os gorilas. Tratava-se de uma suposição bastante natural, uma vez que, em muitos aspectos, eles se parecem mais entre si do que se parecem a nós. Técnicas mais recentes da biologia molecular nos permitiram medir com bastante exatidão o grau de diferença genética que existe entre diferentes animais. Agora se sabe que compartilhamos 98,4% de nosso DNA com os chimpanzés". (SINGER, Peter. *Vida ética*. Trad. Alice Xavier, Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p. 111).

²⁴DUNBAR, op. cit., p.110.



Seja como for, estas novas descobertas científicas, mais cedo ou mais tarde, haverão de promover mudanças nas esferas da moral e direito, e provavelmente a forma como tratamos hoje os animais será motivo de espanto e indignação para as gerações futuras.

3 O STATUS JURÍDICO DOS ANIMAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Não tem sido fácil nem para a doutrina nem para a jurisprudência brasileira identificar a natureza jurídica dos animais, que em princípio estariam submetidos a regimes jurídicos distintos, com normas de direito público regulando as relações do homem com os animais silvestres, e normas de direito privado incidindo sobre as suas relação com os animais domésticos ou domesticados.

Inicialmente, é preciso ter em conta que o direito sempre considerou os animais coisas suscetíveis de apropriação e comercialização, mesmo porque diariamente milhares deles são capturados e mortos no comércio legal ou clandestino de vida animal.

A questão, no entanto, não é tão simples quanto parece, pois quando se trata de estabelecer a natureza jurídica de um animal silvestre capturado para servir de alimento para o homem, por exemplo, um peixe capturado em águas brasileiras, é preciso saber se com essa captura a "coisa" se torna um bem particular de quem o pescou ou o Estado continua titular do direito de propriedade e ao pescador seria atribuída apenas uma concessão de uso e comercialização de um bem público?

Com efeito, para o direito, "coisa" é toda entidade relevante para o mundo jurídico, suscetível de tornar-se objeto de relações jurídicas. No Direito Romano, por exemplo, existiam coisas insuscetíveis de apropriação privada (*res extra patrimonium*) e coisas insuscetíveis, no conjunto, de serem objeto de relações patrimoniais (*res extra commercium*).²⁵

As coisas podiam ainda ser *res nullium* (coisa de ninguém) ou *res derelictae* (coisa abandonada), passíveis de integrar o patrimônio das pessoas, embora não pertencessem a ninguém enquanto não fossem ocupadas,²⁶ quer dizer, enquanto não fossem apropriadas não podiam ser consideradas nem pública nem particular.

²⁵ CRETILLA JR. José. *Curso de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 151.

²⁶ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p.182.



Ares nullium era um bem público e fora do comércio (*res extra commercium*), e se subdividia em *res communes* (mares, portos, estuários, rios, insuscetíveis de apropriação individual), *res publicae* (terras, escravos, propriedade de todos e subtraídas ao comércio jurídico) e *res universitatis* (fórums, ruas, praças públicas).²⁷

Gaio, no entanto, antes de Justiniano, já dividia as coisas em *res extra patrimonium*, que podiam ser *res divini juris* (coisas divinas), *res humani juris* (coisas humanas). As coisas humanas, por sua vez, podiam ser *res communes*, tais como a água e o ar, insuscetíveis no conjunto de apropriação individual, embora apropriável em partes específicas; *res universitatis*, coisas que pertencem às cidades, como estádios, teatros, fórum, com patrimônio próprio; e *res publicae*, coisas pertencentes ao Estado, destinadas ao uso público (*res publico usui destinatae*) como as praças, as ruas, os rios e as dominicais (*in pecunia populi*).²⁸

Com efeito, dentro da tradição romano-germânica, mas também sob forte influência dos Pandecistas, via Escola de Recife (Barreto, Beviláqua, Miranda) e do voluntarismo-individualista-patrimonialista da Escola da Exegese, o Código Civil²⁹ (CC) de 1917 vai considerar os animais silvestres *res nullium*, isto é, coisas que não sendo nem públicas nem particulares, não pertenceriam a ninguém,³⁰ embora pudessem ser apropriadas, como os animais provenientes da caça e da pesca.³¹

Dessa forma, no Código Civil de 1917 a caça e a pesca eram consideradas o modo de aquisição da propriedade sobre bens móveis, pertencendo ao caçador ou pescador o animal ferido ou arpoado por ele, ainda que viesse a ser apreendido por terceiro.

No pós-guerra, porém o liberalismo jurídico vai ser pouco a pouco substituído pelo paradigma do Estado Social que, promove um processo crescente de intervenção estatal no âmbito do legislativo que sob o pretexto de proteção dos mais fracos, reduz o espaço da autonomia privada, sem contudo retirar a sua natureza jurídica originária.³²

²⁷ DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1998. p.432.

²⁸ CRETELLA JR. José. *Curso de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 165-166.

²⁹ BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Revogada pela Lei nº 10.406 de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm.

³⁰ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 75.

³¹ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 182. Ver também o Código Civil revogado: "Art. 593. São coisas sem dono e sujeitas à apropriação: I - os animais bravios, enquanto entregues à sua natural liberdade; II - os mansos e domesticados que não forem assinalados, se tiverem perdido o hábito de voltar ao lugar onde costumam recolher-se, salvo a hipótese do art. 596" (quando os donos estiverem à procura do animal).

³² "A repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, sem sempre



Com efeito, o aumento de complexidade da sociedade industrial vai positivar uma série de legislações especiais, que dentre outras coisas irão derrogar princípios gerais presente no Código Civil, com o legislador subtraindo matérias inteiras do Código Civil, transformando-as em ramos autônomos, tal como ocorreu com a legislação ambiental.

A Lei de Proteção à Fauna Silvestre, por exemplo, modificou a natureza jurídica dos animais silvestres, que deixaram de ser considerados *res nullium* e passaram a ser propriedade do Estado. Esta lei, que veda a caça profissional, bem como o comércio de espécime da fauna silvestre ou de produtos e objetos que impliquem na sua caça, perseguição, destruição ou apanha, permite, no entanto, que o Estado autorize a caça e esportiva, científica e até mesmo a caça de controle, quando se tratar de animais nocivos à agricultura ou à saúde pública, ou de animais domésticos abandonados que se tornarem selvagens ou feras (caça de controle).³³

Seja como for, ao considerar os animais silvestres propriedade do Estado, a Lei de Proteção à Fauna Silvestre vai provocar uma grande controvérsia na jurisprudência brasileira, já que a partir de então muitos vão entender que ao utilizar o vocábulo Estado o legislador queria se referir à União, interpretação esta de durante muito tempo prevaleceu no Supremo Tribunal de Justiça (STJ) e no Supremo Tribunal Federal (STF), e a competência para julgar infrações penais contra a fauna silvestre foi durante muito tempo da justiça federal, tendo inclusive o STJ editado uma súmula nesse sentido.³⁴

Inobstante, apesar de dominante, este entendimento nunca foi pacífico nos tribunais superiores, pois sempre existiram votos discordantes, como no Conflito de Jurisdição nº 6.289-3, de São Paulo, julgado em 12 de maio de 1982 pelo STF, onde o relator, Ministro Dácio Miranda faz reservas à orientação dominante, afirmando que o bem não era da União, mas do Estado, ou melhor, da "nação brasileira", não se distinguindo de outros bens cujos danos, sob a forma de crime ou contravenção, eram punidos pela justiça comum estadual.³⁵

necessário". (LÔBO, Paulo L. N. Constitucionalização do Direito Civil. "Revista de Informação Legislativa", Brasília, ano 36, n. 141, p. 101, jan./mar. 1999.

³³BRASIL. Lei 5.197, de 3 de janeiro de 1967. Dispõe sobre a fauna e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5197.htm>. Acesso em: 20 out. 2016.

³⁴BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Súmula nº 91, de 26 de outubro de 2016. Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra a fauna. Cancelada na sessão de 8 de novembro de 2000 da 3ª Seção. Lei 9.605/98. Disponível em: <<https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=stj&num=91>>.

³⁵SANTANA, Heron J. Os crimes contra a fauna e a Filosofia Jurídica Ambiental. In: SOARES JÚNIOR, Jarbas : GALVÃO, Fernando (Coord.). *Direito Ambiental na visão da Magistratura e do Ministério Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 323.



Por fim, no entanto, este entendimento acabou por prevalecer no STJ, o que provocou no ano de 2010 cancelamento da Súmula nº 91, a partir do julgamento do Conflito de Competência nº 29.508 (STJ), entre o juízo criminal de Santa Rosa de Viterbo-SP e o juízo federal da 2ª Vara de Ribeirão Preto, quando então os crimes contra a fauna silvestre passaram a ser julgados, em regra, pela justiça comum estadual.³⁶

Também o Código de Pesca (Decreto-lei 221/1967) vai dispor que os animais e os vegetais que se encontram nas águas dominicais são de domínio público, embora seja facultado ao poder público, ao contrário da Lei de Proteção à Fauna Silvestre, permitir a pesca profissional com fins comerciais, além da pesca desportiva ou científica.³⁷

Na verdade, a legislação ordinária não reúne em uma única expressão os bens ambientais, dispondo que a flora é "bem de interesse comum", a fauna silvestre "propriedade do Estado" e que os peixes que se encontrem nas águas dominicais são "bens de domínio público".

Com a entrada em vigor do art. 1º da Lei 9.433/1997³⁸, porém a água passa também a ter natureza jurídica de "bem de domínio público, com valor econômico", de modo que todas as águas passam a ser dominicais, e as águas superficiais pertencem à União quando banharem mais de um Estado ou outros países, inclusive o mar territorial, enquanto as demais são de domínio dos Estados, não existindo mais águas particulares ou municipais.³⁹

No que se refere aos animais domésticos e domesticados, o novo Código Civil, embora não trate diretamente a questão, dispõe que os animais utilizados na indústria e os destinados à industrialização de carnes e derivado possam ser objeto de penhor mercantil ou industrial (CC, art. 1.447) e que as crias dos animais pertencem usufrutuário, logicamente, portanto, os animais pertenceriam ao proprietário da terra (CC, art. 1.397).⁴⁰

³⁶No acórdão o relator cita Passos de Freitas, Vladimir e Passos de Freitas, Gilberto. *Crimes contra a natureza*. São Paulo: RT, 2000. p. 52: "Regra geral, esses crimes serão da competência da justiça estadual. No entanto, poderão ser da atribuição federal quando o crime for praticado nas 12 milhas do mar territorial brasileiro (Lei 8.617, de 04.01.1993), nos lagos e rios pertencentes à União (internacionais ou que dividam Estados -CF, art. 20, II) e nas unidades de conservação da União (por exemplo, Parque Nacional do Iguaçu)",

³⁷BRASIL. Decreto-lei nº 221, de 28 de fevereiro de 1967, Art. 3: "São de domínio público todos os animais e vegetais que se encontrem nas águas dominicais". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0221.htm>.

³⁸BRASIL. Lei nº 9.433/1997, de 8 de janeiro de 1997. Da política Nacional de Recursos Hídricos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9433.htm>

³⁹FREITAS. Vladimir Passos. *Águas - Aspectos jurídicos e ambientais*. Curitiba: Juruá, 2000. p. 22.

⁴⁰BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Revogada pela Lei nº 10.406 de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>.



Com efeito, de acordo com o atual modelo jurídico os animais domésticos e domesticados, dentre eles os destinados a industrialização de alimentos, são considerados bens particulares e podem ser comercializados livremente, tendo inclusive o proprietário direito a receber indenização por qualquer dano provocado por terceiro ou pelo próprio Estado.

A natureza jurídica do meio ambiente não poderá ser compreendida se não os em conta o disposto na Constituição de 1988, que estabelece uma natureza jurídica comum para os bens ambientais ao definir o meio ambiente como um de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida", expressão e para muitos autores rompe com o enfoque tradicional de que os bens de uso comum do povo são bens públicos.⁴¹

Segundo este entendimento, o bem ambiental, ainda que inserido em uma propriedade particular, estaria submetido a limitações que asseguram a todos a fruição mediata do bem, no que se refere, por exemplo, à sua beleza cênica, produção de oxigênio, refúgio de animais silvestres etc.⁴²

Assim, o meio ambiente considerado em si mesmo não pode ser público nem particular, ficando numa faixa intermediária de bem de interesse difuso, que pertence a cada um e a todos ao mesmo tempo, sem que seja possível identificar o seu titular, pois o seu objeto é insuscetível de divisão.⁴³

Esta interpretação não é tão simples assim como parece, já que bens de uso comum do povo sempre foram considerados bens de domínio público: o próprio Código Civil os inclui entre as espécies de bens públicos.

A rigor, embora não seja da competência do Código Civil legislar sobre direito público, ele dispõe que os bens de uso comum são inalienáveis, enquanto conservarem esta qualificação, podendo o seu uso ser gratuito ou retribuído, de acordo com a vontade da entidade cuja administração pertencerem.

⁴¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

⁴² ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 68. Para FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *O direito de antena em face do direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 117 "[...] o art. 225 da Constituição, ao estabelecer a existência jurídica de um bem que se estrutura como sendo de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, configura uma nova realidade jurídica, disciplinando bem que não é público nem, muito menos, particular".

⁴³ SIRVINSKAS, Luis Paulo. *Manual de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2002. p.27.



Por certo que teria feito melhor o constituinte originário se repetisse o Código Florestal,⁴⁴ e definisse o meio ambiente como um "bem de interesse comum do povo", ou então "bem de interesse difuso", expressões que permitiriam mais facilmente caracterizá-lo como interesse híbrido, de alma pública e corpo privado, transcendente ao direito subjetivo privado e extensivo ao público, ou seja, interesse "plurindividual" de relevância pública e comunitário de natureza cultural.⁴⁵

Seja como for, a definição da natureza jurídica do meio ambiente ainda é objeto de controvérsias jurídicas, e, nesses casos, como se trata de norma principiológica de direito fundamental é preciso construir uma interpretação valorativa que "flexibilize" a sua literalidade com vista a uma "recriação" que nos conduza a lograr a justiça em concreto.⁴⁶

Com efeito, a Constituição Federal de 1988, ao mesmo tempo em que garantiu o direito de propriedade (CF, art. 5.º, XXII), impôs uma dimensão coletiva e intervencionista, exigindo que o seu uso atenda ao princípio função social da propriedade (CF, art. 5.º, XXIII), de modo que a acomodação dos conflitos ambientais daí resultantes deverão de ser resolvidos com a utilização do critério hermenêutico da proporcionalidade, através do balanceamento e ponderação dos direitos e interesses em conflito.⁴⁷

Parece-nos, portanto, que a expressão bem de *uso* comum do povo deve ser entendida como bem de *interesse* comum do povo, assim os animais silvestres pertenceriam ao Estado ou animais domésticos ou domesticados continuariam sendo bens particulares.

A utilização dos bens de domínio privado, no entanto, está submetida ao princípio da função social da propriedade, que estabelece restrições ao seu uso, sem contudo eliminar a sua natureza jurídica de direito privado.⁴⁸

Em suma, bens de interesse difuso são aqueles que, independentemente de serem públicos ou particulares, satisfazem ao mesmo tempo o interesse de toda a comunidade, que deverá protegê-lo através do Ministério Público ou das demais entidades co-legitimadas.

⁴⁴"Sem serem proprietários, todos os habitantes do País - é o que declara a lei - têm interesse legítimo no destino das florestas nacionais, privadas ou públicas". (BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. Desapropriação, reserva florestal legal e áreas de preservação permanente. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 65. Temas de Direito Ambiental e Urbanístico).

⁴⁵GIANNINI, M. S. La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi. In: AA.VV. *Le azioni a tutela di interessi collettivi* Padova, 1976. Disponível em: < [⁴⁶KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os \(des\)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 82-83.](http://www.treccani.it/enciclopedia/interessi-diffusi-e-collettivi-dir-amm_(Diritto-on-line)/>.</p></div><div data-bbox=)

⁴⁷LÔBO, Paulo L. N. Constitucionalização do Direito Civil. 'Revista de Informação Legislativa', Brasília, ano 36, n.141. p. 106, jan./mar. 1999.

⁴⁸PIVA, Ruy Carvalho. *Bem ambiental*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 120.



Se voltarmos à questão proposta no início desta sessão, de saber se o peixe, enquanto animal silvestre ao ser pescado licitamente deixa de ser um bem público, podemos afirmar que os bens ambientais de natureza pública permanecem como bens de uso comum, e embora não possam ser apropriados em seu conjunto, poderão sê-los em partes previamente autorizadas pelo próprio Estado.

De fato, embora não sejam alienáveis, os bens de uso comum do povo podem ser usados ou apropriados pelos particulares, desde que autorizados pelo Estado, e no caso de apropriação pela caça e pesca legal, o bem ambiental deixa de ser público e passa a ser particular.

É preciso ainda ressaltar que estas modificações na natureza jurídica dos animais silvestres pouco contribuíram para a garantia da integridade física e psíquica desses seres, pois se antes eles eram considerados coisas de ninguém agora são de todos, o que no fundo é a mesma coisa.

Além disso, como a caça e a pesca podem ser autorizadas, o sistema jurídico brasileiro não garante sequer o direito à vida desses animais, que continuam sendo capturados e mortos diariamente, legal ou clandestinamente,⁴⁹ tornando letra morta a norma constitucional que proíbe as práticas que coloquem em risco a função ecológica dos animais, provoquem a sua extinção ou submetam-os à crueldade (CF, art. 225, § 1º, VII).⁵⁰

Tão pouco o poder público, e muito menos a coletividade, tem logrado êxito na implementação das normas que proíbem o tráfico de animais silvestres, e isto em parte é devido às falhas na prestação real dos serviços públicos de proteção ambiental, falha esta que se encontra na formulação, implementação e manutenção das respectivas políticas públicas e na composição dos gastos nos orçamentos da união, dos estados e dos municípios.⁵¹

Dentre os motivos que concorrem para a ineficácia social das leis ambientais de proteção à fauna, está o fato de que foco central da sua proteção não é o animal em si mesmo, mas a sensibilidade do próprio homem.⁵²

⁴⁹"O tráfico de vida selvagem e seus subprodutos é um dos maiores negócios ilegais do planeta. Tais crimes, segundo fontes não-oficiais, movimentariam anualmente quantias astronômicas, que ficariam atrás, no mundo do crime *business*, apenas do tráfico de drogas e do de armas". (PONTES, Jorge Batista. *Animais silvestres: vida à venda*. Brasília: Dupligráfica, 2003. p. 175).

⁵⁰BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

⁵¹KRELL, Andreas I. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des)caminhos de um direito constitucional* comparado. Porto Alegre: Fabris. 2002. p. 31-32.

⁵²KELCH, Thomas G. *Toward a non-property status for animals*. *New York University Environmental Law Journal*. 1998. Disponível em: < <https://litigation->



Por outro lado, essas leis exigem o dolo na conduta humana de matar ou maltratar os animais, de modo que o abate, experiências científicas e a utilização de animais em diversões públicas ficam fora de sua esfera de incidência.

Ainda que estas leis proibam atos de crueldade contra os animais, elas procuram evitar apenas os sofrimentos desnecessários, permitindo que a maioria das condutas que provocam o sofrimento ou mesmo a morte não sejam punidas.

Por fim, a sua implementação é deficiente, seja por falta de recursos ou vontade política,⁵³ e mesmo quando são identificadas práticas cruéis as penas cominadas são muito pequenas. Enquanto isso, no mundo, 30 milhões de animais morrem todos os anos em experiências científicas e outros 20 bilhões são submetidos às mais degradantes condições de vida, enquanto aguardam o momento do abate, pois a despeito das normas ambientais, o caráter sagrado do direito de propriedade acaba sempre por prevalecer sobre os interesses dos animais.

Apesar de tudo, já começa a se desenhar no Brasil, timidamente é verdade, o movimento pelos direitos dos animais, que, contando com o apoio de setores do mundo acadêmico, artístico e cultural, começam a reivindicar uma mudança legislativa radical que conceda liberdade e igualdade de tratamento aos animais nos mesmos moldes concedidos aos homens, movimento este que denominamos abolicionismo animal, face as semelhanças encontradas em ambas as formas de emancipação.

4 A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL ABOLICIONISTA

Muitos defendem a extensão de direitos fundamentais aos animais, nos moldes da Declaração Universal dos Direitos dos Animais, que passariam a ser defendidos em juízo da mesma forma que os direitos humanos.

Filósofos como Paola Cavalieri e Peter Singer, por exemplo, lançaram no ano de 1993 o projeto *The Great Ape Project*, que conta com o apoio de primatólogos como Jane Goodall e intelectuais como Edgar Morin, onde defendem a imediata extensão dos direitos humanos,

essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=6+N.Y.U.+Envtl.+L.J.+531&srctype=smi&srcid=3B15&key=c944dfe4b8bb1477b906a985cf8d64e9>.

⁵³Ibid.



tais como o direito à vida, liberdade, saúde, a um meio ambiente sadio e equilibrado e direitos de personalidade, para os grandes primatas, antes que eles sejam extintos.⁵⁴

A questão principal é a seguinte: porque razão nós concedemos personalidade jurídica a crianças, mesmo aquelas que ainda não nasceram, a deficientes mentais que apenas levam uma vida vegetativa, a associação de pessoas, a até mesmo a conjuntos de bens patrimoniais, mas nos recusamos a concedê-la a seres que compartilham conosco até 99,5% de carga genética, e integram, por conseguinte, a nossa mesma família, a dos hominídeos, ou quando muito a nossa mesma subordem, a dos *antropoides*?

Porque razão não estendemos, nos termos da Declaração Universal dos Direitos dos Animais, proclamada pela Liga Internacional pelos Direitos dos Animais no ano de 1978, e submetida a apreciação da Unesco e da própria ONU, a eles direitos fundamentais como os direitos à vida, liberdade e a um meio ambiente equilibrado?

Cavaliere e Singer reclamam que é preciso conceder imediatamente direitos fundamentais aos grandes primatas, tais como direito à vida, proteção da liberdade individual e proibição de tortura, abolindo o seu aprisionamento em zoológicos, circos ou em experiências científicas ou industriais.⁵⁵

Para isto, no entanto, deve ser reconhecido aos grandes primatas capacidade jurídica semelhante à que concedemos aos recém-nascidos ou aos deficientes mentais, tendo em vista que estas espécies são geneticamente mais próximos dos homens do que de outras espécies de macacos.⁵⁶

É que para Singer o princípio que fundamenta a igualdade de todos os seres humanos é o princípio moral básico da igual consideração de interesses, de modo que a nossa preocupação com os outros não deve depender de como eles são, ou das aptidões que possuem. É com base nas ideias utilitaristas de Jeremy Bentham, que Singer vai sugerir que a capacidade de sofrimento é a característica vital capaz de conferir a cada ser o direito a igual consideração, de forma que não importa saber se um ser é capaz ou não de raciocinar, se consegue falar ou não, o que importa é saber se ele é passível de sofrimento.⁵⁷

⁵⁴GORDILHO, Heron. *Abolicionismo animal*. Salvador: Evolução. 2009, p. 115.

⁵⁵CAVALIERI, Paola; SINGER, Peter. (Ed.). *The Great Ape Project: equality beyond humanity*. New York: St. Martin's; 1993. p. 308.

⁵⁶LE PROJET grand singe. "Sciences et Avenir", Paris, p. 8, oct. 1995.

⁵⁷BENTHAM, Jeremy, Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. In: MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do Direito: leituras escolhidas em Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 268.



Uma pedra, por exemplo, não tem interesses, pois ela não é capaz de sofrer. Entretanto, um golpe com um pedaço de pau que é dado em um cavalo proporciona "igual quantidade de dor" que um tapa dado em uma criança.⁵⁸

Para Tom Regan esta concepção básica do direito, de que apenas os seres humanos são dignos de *status* moral é equivocada, e defende um valor inerente a todos os indivíduos que sejam "sujeitos de uma vida".⁵⁹

Steven Wise, advogado americano que dedica sua carreira na defesa em juízo dos interesses de cães, gatos, golfinhos, veados, cabras, carneiros, águias etc. , demonstra que essa noção de que as criaturas não-humanas possuem valor intrínseco, mas um mero valor instrumental, é uma decorrência da escravização mundial que esses seres foram submetidos em benefício dos homens.⁶⁰

Ele afirma que o fato de defender a inclusão dos animais no mundo jurídico o deixa passível de ridicularia e marginalização no meio acadêmico, mas ainda assim compara a sua posição à de Galileu, denunciando que o anacronismo cultural e religioso pode desestimular jovens juízes a agir de acordo com princípios corretos, da mesma forma que os contemporâneos de Galileu o forçaram a afirmar que a terra continuava a ser o centro do universo, apesar das provas em contrário.⁶¹

Talvez por esta razão David Favre defenda que os animais já podem ter seus interesses protegidos em juízo, sem que seja necessária a modificação de sua natureza jurídica, utilizando-se para isto da tradicional divisão que a *common law* faz do direito de propriedade em título legal e título equitativo, institutos que se aproximam da nossa distinção entre posse direta e posse indireta, institutos bem conhecidos pelo sistema romano-germânico.

Assim, utilizando o modelo contratual de sociedade fiduciária (*trust*), em que uma pessoa ou instituição concorda em administrar a propriedade de outra que lhe transfere o título legal, mas conserva o título equitativo, Favre defende que todo animal é detentor do título equitativo de propriedade de si mesmo.

Para o autor, da mesma forma que na sociedade fiduciária o administrador (*trustee*) não pode considerar a propriedade como sua, e apenas deve lidar e mantê-la à luz do que seja o melhor interesse da pessoa pela qual a sociedade fiduciária foi criada, o animal é

⁵⁸ SINGER, Peter. *Ética prática*. Trad. Jefferson Luís Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 69.

⁵⁹ REGAN, Tom. *Defending animal rights*. Urbana: Chicago; University of Illinois, 2001.

⁶⁰ WISE, Steven. *Rattling the cage: Toward legal rights for animais*. Cambridge: Massachussets; Perseus Books, 2000.

⁶¹ Ibid.



proprietário equitativo de si mesmo, enquanto o seu dono tem apenas o título legal da propriedade, atuando mais como um guardião, podendo inclusive representá-lo em juízo.

Assim, mesmo sendo considerados propriedades os animais podem mudar de *status* através de um ato privado, como uma declaração ou mesmo um testamento, tal como ocorria com os escravos em Roma, ou mesmo em países como o Brasil e os EUA; ou através de um ato público, como uma sentença judicial ou uma mudança na lei,⁶² como ocorreu com a abolição da escravidão no Brasil.

Muitos autores, porém, refutam a possibilidade de se estender aos animais direitos humanos, sob o argumento de que a real fronteira que existe entre o homem e os animais se encontra na distinção entre liberdade e determinismo.

Para esses autores, o homem seria o único sujeito moral no mundo, pois é o único capaz de um ato de liberdade, enquanto um ato não praticado em função de um instinto. Desse modo, não sendo o animal não-humano livre, não poderia ele ser moralmente responsável, de modo que o animal é sempre inocente.⁶³

Não nos parece, todavia, que tais argumentos sejam capazes de justificar a não concessão de dignidade moral aos animais não-humanos, pois, via de regra, se fundamentam na tradicional ética aristotélica de que entre o homem e os animais existem barreiras intransponíveis, a despeito de todas as evidências de que pelo menos os primatas são dotados de inteligência, senso moral e consciência social.⁶⁴

Mas, também os loucos e demais deficientes mentais, bem como as crianças e os adolescentes não são inimputáveis, isto é, incapazes de ter consciência dos seus atos, e nem por isso lhes é recusada a capacidade em adquirir e exercer direitos através de seus representantes?

Por outro lado, Freud não já demonstrou que o homem não é senhor nem mesmo dentro da sua própria casa, o "eu", uma vez que apenas uma reduzida quantidade de homens e mesmo assim em momentos bem delimitados utilizam a razão para guiar a própria conduta.⁶⁵

⁶²FAVRE, David. Equitable self-ownership for animals. *“Revista de Direito Ambiental”*, São Paulo, ano 8, n.29, jan./mar. 2003.

⁶³RABENHORST. Eduardo R. Sujeito de direito: algumas considerações em tomo do direito dos animais. *“Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco”*, Recife, n 2-3, p.126, jan./mar. 1997.

⁶⁴“Nós estamos hoje em dia em uma situação tal que é preciso reexaminar o famoso 'próprio do homem', que foi concebido a partir da nossa ignorância em relação aos primatas, afirmou Pascal Picq.” (Tradução nossa.) (RATTEL, Hervé. *La planête des singes. Sciences et Avenir*, Paris, n. 647 p. 50,54, jan. 2001.)

⁶⁵“Em verdade, a razão não constitui nem a essência do universo, nem a essência de Deus. Ao contrário, a razão me parece ser, e de forma duvidosa, a essência do pensamento humano; ou pior, a essência de apenas uma



De todo modo, a razão não deve ser um instrumento que liberta os homens dos preconceitos, dos mitos, das falsas opiniões enraizadas, das aparências, visando estabelecer um critério universal ou comum para a conduta em todos os campos? Uma força que liberta o homem dos apetites que tem em comum com os animais, submetendo-os ao controle e mantendo-os na justa medida.⁶⁶

Se entendermos a racionalidade como a faculdade de perceber e utilizar relações (racionalidade relacional) várias experiências já provaram que muitos animais podem perceber relações e responder a elas. Se entendermos, porém, a racionalidade como auto-análise, o saber sobre o saber, isto é, a capacidade de falar sobre a própria fala (racionalidade deliberativa), temos que admitir que, com exceção dos grandes primatas, a maioria dos animais são desprovidos. O problema, no entanto, é que os deficientes mentais e os recém-nascidos também não possuem esse tipo de racionalidade, e nem por isso nós cogitamos em negar-lhes direitos ou dignidade moral.⁶⁷

Convém ressaltar que a tese da incapacidade sempre foi utilizado como fundamento jurídico para manter fora do mundo do direito as pessoas não desejadas no âmbito da igualdade, como ocorreu com negros, mulheres, crianças etc., e com os animais não tem sido diferente.⁶⁸

Para Kelsen muitas vezes o direito se contenta em admitir um dever jurídico sem um direito reflexo que lhe corresponda, como ocorre com as normas jurídicas que prescrevem uma determinada conduta dos indivíduos em face dos animais, plantas ou objetos inanimados, sem qualquer cominação de pena, como por exemplo, o dever de não tratar os animais com crueldade, sob pena de detenção de até um ano (Lei 9.605/98).

Apenas quando um indivíduo está juridicamente obrigado a uma determinada conduta em face de um outro, esse outro tem, perante aquele, um "direito" a esta conduta. Desse modo, os animais já são sujeitos de direito, isto é, titulares de direito de não ser maltratados ou tratados de forma cruel.

tendência do pensamento humano". (COETZZE, John M. *A vida dos animais*. Trad. José Rubens Suqueira. São Paulo: Cia das Letras, 2002. p. 10).

⁶⁶ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Mestre Jou, 1982. p. 792.

⁶⁷KELCH, Thomas G. Toward a non-property status for animals. "*New York University Environmental Law Journal*". p. 7.1998. Disponível em: < <https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=6+N.Y.U.+Envtl.+L.J.+531&srctype=smi&srcid=3B15&key=c944dfe4b8bb1477b906a985cf8d64e9>>. 1998.

⁶⁸FELIPE, Sônia T. *Por uma questão de princípios: alcance e limites da ética de Peter Singer em defesa dos animais*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003. p. 27.



O fato de os animais não poderem sustentar uma pretensão em juízo nada tem que ver com a relação jurídica, posto que uma ação judicial é completamente diferente do direito reflexo que tem o animal de não ser maltratado.⁶⁹

A despeito das evidências apontadas, ainda que a razão fosse um atributo exclusivo dos homens, este fato não pode servir de fundamento moral para negarmos aos animais seus direitos fundamentais básicos, como o direito à vida, liberdade corporal e integridade física?

Ou será que esta recusa evidencia a própria animalidade humana, que via de regra, por um determinismo biológico hobbesiano qualquer, age instintivamente, desprezando e destruindo tudo aquilo que lhe seja estranho ou que não pertença ao seu grupo social, tribo, raça, religião, nacionalidade, família, opção sexual, classe social ou simplesmente à torcida do seu time de futebol?

Afirmar que os animais não sentem dor é outro argumento inconsistente, já que uma simples observação nos revela que os gestos e expressões dos animais submetidos a processos dolorosos são semelhantes aos nossos. De fato, várias pesquisas têm sido realizadas com animais justamente para compreender como funciona o processo fisiológico da dor humana, de modo que existem evidências científicas de que os animais sentem dor, que embora possa diferir em alguns aspectos, é muito semelhante à dor humana.⁷⁰

Segundo Thomas Kuhn os períodos de crise na ciência se iniciam quando um paradigma científico, enquanto estrutura de pensamento que forma os quadros teóricos, conceitos, resultados e os processos da atividade científica, acumula uma série de anomalias e dificuldades que não lhe permite mais oferecer soluções coerentes aos problemas que se compromete analisar. Muito embora durante o período de transição possa existir coincidência (nunca completa) entre os problemas que podem ser resolvidos pelo antigo paradigma e os que podem ser resolvidos pelo novo.⁷¹

A visão romana do mundo se constituiu a partir da herança intelectual do mundo grego, tradição esta que vai servir de fundamento para que o direito romano considere que apenas o homem livre possa ser considerado "pessoa", isto é, sujeito de direitos e obrigações.

⁶⁹KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 141- 142.

⁷⁰KELCH, Thomas G. Toward a non-property status for animals. *New York University Environmental Law Journal*. p. 6.1998. Disponível em: < <https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=6+N.Y.U.+Envtl.+L.J.+531&srctype=smi&srcid=3B15&key=c944dfe4b8bb1477b906a985cf8d64e9>>.

⁷¹KUHN, Thoma S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1962. p. 116.



É que para os romanos pessoa e homem eram conceitos diversos, pois apenas os homens que reuniam certos atributos podiam ser sujeito de direitos e obrigações, atributos estes de ordem natural, como o nascimento perfeito (nascimento com vida, forma humana e viabilidade fetal) ou de ordem civil (*status civile ou caput*).⁷²

O *status civile* se dividia em *status libertatis*, homens em livres ou escravos, *status civitatis*, cidadãos e não cidadãos e *statusfamiliae*, plenamente capazes (*pater familiae*), relativamente incapazes (*suijuris*) ou absolutamente incapazes (*alieni juris*). Assim, apenas o cidadão livre e plenamente capaz podia ser considerado pessoa,⁷³ enquanto mulheres, crianças, escravo, deficientes físicos, estrangeiros e os animais não eram considerados pessoa.

Kelsen, porém, ao enfrentar a questão dos direitos reais e pessoais, vai afirmar que todo direito sobre uma coisa é um direito em face de pessoas, pois a relação com a coisa é secundária e apenas serve para determinar com mais rigor a relação primária. Para o mestre de Viena o animal já é sujeito de direito, embora sujeito de direito de uma relação jurídica secundária, pois não possuem capacidade de exercício, da mesma forma que os incapazes, pois capacidade de direitos e capacidade de exercício não se confundem.⁷⁴

Para o autor: "O argumento de que os animais, plantas e os objetos inanimados dessa forma protegidos não são sujeitos de direitos reflexos porque estes objetos não são 'pessoas', não procede. Com efeito, 'pessoa' significa, como veremos, sujeito jurídico; e se sujeito de um direito reflexo é o homem em face do qual deve Ter lugar a conduta do indivíduo a tal obrigado, então os animais, plantas e objetos inanimados em face dos quais os indivíduos são obrigado a conduzirem-se de determinada maneira são 'sujeitos' de um direito a esta conduta no mesmo sentido em que o credor é sujeito do direito que consiste na obrigação (dever) que o devedor tem em face dele".

Os menores e os doentes mentais também não têm capacidade delitual e, portanto, não têm capacidade para se obrigarem, pois sua conduta não é pressuposto de uma sanção. Inobstante, quem não tem capacidade de exercício pode possuir direitos patrimoniais, especialmente o de propriedade. O sujeito do dever, no entanto, é o seu representante legal, que assume os encargos em nome e com o patrimônio do representado.

Com efeito, há muito que para o direito civil ser sujeito de direitos e obrigações não é privilégio apenas do ser humano, pois além das pessoas jurídicas, outras figuras se

⁷²CRETELLA JR., José. *Curso de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense. 1999. p.87.

⁷³Ibid., p.87.

⁷⁴KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 182.



assemelham às pessoas, embora isso apenas seja possível através de um processo artificial de ficção jurídica.

Além disso, mesmo entes jurídicos despersonalizados, ou seja, aqueles que não são pessoa física ou jurídica, como a massa falida, o espólio, a herança jacente, a herança vacante, o condomínio, a união estável ou homoafetiva, a sociedade de fato etc., podem ser sujeitos de direito e obrigações inclusive com capacidade jurídica, estando, portanto, autorizados a defender seus direitos em juízo.

Nesse sentido, um animal ou um conjunto deles, enquanto ente jurídico despersonalizado, pode ser admitido em juízo como titular de direitos e obrigações civis, representados pelo seu proprietário quando se tratar de animal doméstico ou domesticado, e pelo Ministério Público ou pelos demais co-legitimados para a ação civil pública, quando se tratar de animal silvestre.⁷⁵

Como vimos, o problema não consiste em saber se os animais podem ou não ser sujeito de direito ou ter capacidade de exercício, mas de concedê-los ou não direitos fundamentais básicos, como a vida, a igualdade, a liberdade e até mesmo propriedade.

5 CONCLUSÕES

A hermenêutica constitucional abolicionista no Brasil vai fornecer os fundamentos teóricos para que, em um futuro próximo, o homem se liberte da verdadeira escravidão moral a que também está submetido, ao estruturar suas indústrias alimentícia, farmacêutica, científica, de roupas e de entretenimento na exploração institucionalizada dos animais.

É preciso ter em vista que a questão não é apenas jurídica, ela é, antes de tudo uma questão política, cabendo ao jurista fornecer os instrumentos teóricos que possam ser utilizados pela sociedade, quando estiverem presentes as condições objetivas para a abolição total de um sistema injusto, que se recusa reconhecer a dignidade a criaturas que compartilham conosco muitos atributos biológicos e culturais.

⁷⁵ Os animais serão assistidos em juízo pelos representantes do Ministério Público, seus substitutos legais e pelos membros das sociedades protetoras dos animais. (BRASIL. Decreto n. 24.645/1934, de 10 de julho de 1934. Artigo 3.º). Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=39567>>.



Não tenho dúvida de que, pouco a pouco a sociedade brasileira, junto com as democracias avançadas, vai se dar conta de que um sistema baseado na crueldade contra os animais, além de injusto e imoral, é lesivo à saúde humana e ao meio ambiente.

Este processo de libertação, tal como ocorreu com a abolição da escravidão humana no Brasil, pode ocorrer sem que seja necessária qualquer emenda constitucional, pois quando o inciso VII do § 1 do art. 225 da CF dispõe que incube ao poder público e à coletividade proteger os animais, sem qualquer distinção, proibindo condutas que comprometam a sua função ecológica ou submetam essas criaturas a maus-tratos ou atos de crueldade, ela abre a possibilidade de, através de uma interpretação evolutiva, ser decretada a abolição total da escravidão dos animais e reconhecimento de que muitos animais possuem direitos fundamentais básicos que devem ser respeitados.

Com efeito, tal como ocorreu com quase todos os movimentos de emancipação, é preciso um movimento abolicionista forte e efetivo, formado por professores, estudantes, políticos, cientistas, artistas, profissionais liberais, sociedades protetoras dos animais, advogados, juízes, promotores de justiça, delegados de polícia e muito mais, para que sejam criadas as condições de possibilidade de uma efetiva mudança social.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Mestre Jou, 1982.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004.
ARISTÓTELES. **Da alma** Trad. Carlos Humberto Gomes. Lisboa: Edições 70. 2001. Título original Da Anima.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. **Desapropriação, reserva florestal legal e áreas de preservação permanente**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 65. Temas de direito ambiental e urbanístico.

BENTHAM, Jeremy, Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. In: MORRIS, Clarence. (Org.). **Os grandes filósofos do Direito: leituras escolhidas em Direito**. São Paulo :Martins Fontes. 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

_____. **Decreto n. 24.645/1934, de 10 de julho de 1934**. Artigo 3.º). Disponível em:<<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=39567>>.



_____. **Decreto-lei nº 221, de 28 de fevereiro de 1967**, Art. 3. São de domínio público todos os animais e vegetais que se encontrem nas águas dominiais". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0221.htm>.

_____. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Revogada pela Lei nº 10.406 de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>.

_____. **Lei 5.197, de 3 de janeiro de 1967**. Dispõe sobre a fauna e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5197.htm>. Acesso em: 20 out. 2016.

_____. **Lei nº 9.433/1997, de 8 de janeiro de 1997**. Da política Nacional de Recursos Hídricos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9433.htm.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Súmula nº 91, de 26 de outubro de 2016**. Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra a fauna. Cancelada na sessão de 8 de novembro de 2000 da 3ª Seção. Lei 9.605/98. Disponível em: <<https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=stj&num=91>>.

CAVALIERI, Paola : SINGER, Peter. (Ed.) **The Great Ape Project: equality beyond humanity**. New York: St Martin's, 1993.

COETZZE, John M. **A vida dos animais**. Trad. José Rubens Suqueira. São Paulo: Cia das Letras, 2002.

COPERNICO, Nicolau. **As revoluções dos orbes celestes**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CRETELLA IR., José. **Curso de direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
DESCARTES, René. **Discurso sobre o método**. São Paulo: Humus. 1637.

DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 1998. p. 432.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 75.

DUNBAR, R. I. M. What's in a Classification. In: CAVALIERI, Paola; SINGER, Peter. **The Great Ape Project: equality beyond humanity**. New York: St. Martin's, 1993.

DURKHEIM, Émile. **Formas elementares de vida religiosa: o sistema totêmico na Austrália**. Trad. Joaquim Pereira eto. São Paulo: Paulinas. 1989.

FAVRE, David. Equitable self-ownership for animals. *"Revista de Direito Ambiental"*, São Paulo, ano 8, n.29, jan./mar. 2003.

FELIPE, Sônia T. **Por uma questão de princípios: alcance e limites da ética de Peter Singer em defesa dos animais**. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2003.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **O direito de antena em face do direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 2000.

FISCHETTI, Antonio; MAYET, Laurent. Le proper de l animal. **Sciences et Avenir**. Paris, oct. 1995.



FREITAS, Vladimir Passos. **Águas: aspectos jurídicos e ambientais**. Curitiba: Juruá, 2000.

GIANNINI, M. S. La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi. In: AA.VV. **Le azioni a tutela di interessi collettivi**. Padova, 1976. Disponível em: < [http://www.treccani.it/enciclopedia/interessi-diffusi-e-collettivi-dir-amm_\(Diritto-on-line\)/>](http://www.treccani.it/enciclopedia/interessi-diffusi-e-collettivi-dir-amm_(Diritto-on-line)/>).

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GORDILHO, Heron. **Abolicionismo animal**. Salvador: Evolução. 2009.

_____. Why animals are spiritual beings? “*Revista Brasileira de Direito Animal*”, v.7, n.1, jan/jun. 2012. Disponível em: <<http://www.portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/8401>>. Acesso em: 20 out. 2016.

KELCH, Thomas G. Toward a non-property status for animals. “*New York University Environmental Law Journal*”. 1998. Disponível em: < <https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&ocid=6+N.Y.U.+Envtl.+L.J.+531&srctype=smi&srcid=3B15&key=c944dfe4b8bb1477b906a985cf8d64e9>>.

KELSEN, Hans. **A ilusão da justiça**. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

_____. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 1987.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional "comparado"**. Porto Alegre: Fabris. 2002.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva. 1962.

LÔBO, Paulo L. N. Constitucionalização do Direito Civil. “*Revista de Informação Legislativa*”, Brasília, ano 36, n.141. 99-109, jan./mar. 1999.

MAYET, Laurent. *Homo intellectus*, “*Sciences et Avenir*” 103, Paris, oct., 1995.

PIVA, Ruy Carvalho. **Bem ambiental**. São Paulo: Max Limonad. 2000.

PONTES, Jorge Batista. **Animais silvestres: vida à venda**. Brasília: Dupligráfica, 2003.

PRADA, Irvênia Luiz de Santis. **A alma dos animais**. Campos do Jordão: Mantiqueira. 1997.

LE PROJET grand singe. ”*Sciences et Avenir*, Paris, p. 8, oct. 1995.

RABENHORST, Eduardo R. Sujeito de direito: algumas considerações em tomo do direito dos animais. “*Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco*”, Recife, n. 2-3, p.126, jan./mar. 1997.



RATTEL, Hervé. La planète des singes. “*Sciences et Avenir*”, Paris, n. 647 p. 50,54, jan. 2001.

REGAN, Tom. **Defending animal rights**. Urbana: Chicago: University of Illinois, 2001.

SANTANA, Heron José de . Os crimes contra a fauna e a Filosofia Jurídica Ambiental. In: SOARES JÚNIOR, Jarbas; GALVÃO, Fernando (Coord.). **Direito Ambiental na visão da Magistratura e do Ministério Público**. Belo Horizonte : Del Rey. 2003.

SINGER, Peter. **Ética prática**. Trad. Jefferson Luís Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Vida ética**. Trad. Alice Xavier. Rio de Janeiro: Ediouro. 2002.

SIRVINSKAS, Luis Paulo. **Manual de direito ambiental**. São PauJo: Saraiva. 2002.

WISE, Steven. **Rattling the cage**: toward legal rights for animals. Cambridgel: Massachussets; Perseus Books. 2000.