



VEDAÇÃO DA CRUELDADE CONTRA ANIMAIS: REGRA OU PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL?

PROHIBITION OF CRUELTY AGAINST ANIMALS: RULE OR CONSTITUTIONAL PRINCIPLE?

Daniel Braga Lourença

Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade de Guanambi (UniFG). Professor de Biomedicina e de Direito Ambiental da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e de Direito Ambiental do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC). Membro do Oxford Centre for Animal Ethics. Professor convidado do FGV Law Program (FGV) e da Pós Graduação em Direito Ambiental Brasileiro da PUCRio. Coordenador do Laboratório de Ética Ambiental/UFRJ-UFF e da Pós-Graduação em Direito dos Animais das Faculdades Integradas Helio Alonso - FACHA. É autor da obra "Direito dos Animais: Fundamentação e Novas Perspectivas" (Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, 566p.). Possui diversos artigos publicados relacionados ao Direito Ambiental, Ética Ambiental, Bioética, e Direito dos Animais

Fábio Corrêa Souza de Oliveira

Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor do Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Estácio de Sá. Diretor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito do Centro Universitário Guanambi (UNIFG/Bahia). Coordenador do Centro de Ética Ambiental/UFRJ e do Laboratório de Pesquisa em Direito Administrativo/UFRJ. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Mestre em Direito e Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ/CAPES). Pesquisador Visitante e Pós-Graduação Lato Sensu na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (UC), 2004/CAPES. Pós-Doutorado em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC/CNPQ).

Resumo

Este artigo pretende, a partir do dispositivo constitucional que determina a não submissão dos animais a crueldade, abordar criticamente o julgamento da ADI n. 4983/CE e indicar os principais problemas decorrentes da percepção de que o caso envolve um suposto conflito entre os princípios da liberdade de manifestação cultural e de tutela e proteção da fauna, ambos protegidos constitucionalmente. O caso é emblemático por revelar as dificuldades de enfrentamento do problema da exploração e abuso de animais no país, questão diretamente vinculada ao estatuto moral e

jurídico dos animais. A metodologia utilizada envolveu a análise de precedentes judiciais acerca da temática analisada, especialmente os provenientes do Supremo Tribunal Federal - STF, bem como revisão da doutrina constitucional e da teoria geral do Direito.

Palavras-chave: Animais. Crueldade. Princípios. Regras. Vaquejada.

Abstract

This article intends to critically address the judgment of ADI 4983 and to indicate the main problems arising from the perception that the case involves a supposed conflict between the principles of freedom of cultural manifestation and protection and protection of animals, both of which are constitutionally protected. The methodology used involved the analysis of judicial precedents, especially those coming from the Federal Supreme Court (STF), as well as a review of the constitutional doctrine and the general theory of Law. In reality, it tries to demonstrate that technically the lawsuit involves the application of a constitutional rule and not of balancing or weighing rights. The application of the rule, in this case, should operate in favor of understanding the unconstitutionality of the law of Ceará that regulates the activity of the "vaquejada". The case is emblematic because it reveals the difficulties of facing the problem of the exploitation and abuse of animals, a problem that is directly linked to legal thinghood of animals.

Key-words: Animals. Cruelty. Principles. Rules. Vaquejada.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este artigo dedica-se ao enfrentamento do problema concernente à (in)adequação da aplicação da técnica da ponderação principiológica para a solução da suposta antinomia normativa existente entre o disposto no art. 225, § 1º, VII, da Constituição Federal, que veda a submissão dos animais a crueldade, e o princípio da tutela e promoção das manifestações culturais, acolhido pelos arts. 215 e 216 do texto constitucional.

Em 2017 foi apreciada e julgada pelo Supremo Tribunal Federal a ADI n. 4983/CE. O tema central objeto dessa Ação Declaratória de Inconstitucionalidade tratava da aferição da constitucionalidade da Lei n. 15.299/13 do Estado do Ceará que então pretendia regulamentar a prática da atividade conhecida como "vaquejada". A relevância do tema é multifacetada, seja por tratar da complexa e sempre tormentosa relação homem-natureza, seja por exigir a fixação de um critério decisório/procedimental em âmbito jurisdicional ou mesmo por ter acarretado, em autêntico processo de ativismo congressional, a modificação do texto da Constituição

Federal por meio da EC n. 96/17.

O objetivo do presente trabalho é o de demonstrar que a norma constitucional que traz o mandado proibitivo expresso da crueldade (art. 225, § 1º, VII) consiste tecnicamente em regra constitucional e não em um princípio constitucional. Por essa razão, a decisão poderia ter se dado a partir da adoção de critérios mais objetivos e menos complexos, com a simples subsunção do fato ("vaquejada") à regra supramencionada, e não mediante uso da ponderação principiológica.

Para demonstrar esse equívoco acerca desta compreensão, percorreremos a necessidade de repensar o próprio estatuto jurídico da animalidade, dando especial atenção ao debate sobre a natureza jurídica da referida norma constitucional que veda a submissão dos animais a crueldade para chegar à conclusão sobre o reconhecimento da inconstitucionalidade do uso dos animais para finalidade de entretenimento no âmbito da "vaquejada".

Nesse sentido, é importante assinalar que o pensamento ocidental caracteriza-se por demarcar grandes oposições entre as quais pode-se citar: natureza e cultura; natural e artificial; corpo e alma; primitivo e civilização; razão e emoção; humano e animal. Muito embora o objeto deste trabalho não seja o de examinar o fundamento de validade das diferentes posições filosóficas a respeito do valor (valor intrínseco vs. valor instrumental) dos animais, pode-se afirmar que, em relação a estes últimos, esse modelo de visão de mundo dualista passou sistematicamente a corroborar a pré-compreensão no sentido de que os animais representariam uma condição de falta, de ausência, quando comparados à humanidade.

É curioso perceber que existe hoje ampla aceitação social relacionada ao fato de que a humanidade encontra-se inafastavelmente inserida na dimensão biológica da animalidade, afinal não há dúvida alguma sobre o fato de a espécie *Homo sapiens* integrar o reino animal, noção segundo a qual todos os animais são singulares e os homens são apenas mais uma espécie dentre tantas outras que comungam de uma ancestralidade comum. De outro lado, a condição animal revela uma fronteira praticamente intransponível que separa essas duas categorias.

Os animais representariam, no âmbito da categoria da condição animal, aquilo que se contrapõe ao fenômeno humano (condição humana), todo um enorme bloco de seres que estão excluídos, por ausência de singularidade, do padrão considerado relevante para ingresso na subjetividade moral e jurídica. Esse sistema de exclusão funciona como uma espécie de espelho negativo da dimensão humana.

A cultura, neste sentido, sublinha a exclusividade da participação do homem na condição humana, tornando-o um sujeito (*agente*) moral, uma pessoa, um alguém e, não, algo. Será um ente que possui dignidade existencial própria, imanente, fato que lhe concede imediato e automático acesso aos direitos fundamentais:

Ao se verificar a dignidade enquanto princípio e escopo de interpretação, é preciso imaginar um sujeito dotado de valor intrínseco, que conta com garantias (e com Direitos Humanos) e que deve ser encarado como um fim em si mesmo, em que pesem as consequências que suas ações (ou omissões) possam trazer à sociedade de que faz parte, dado que a dignidade humana condecora um ser racional, que carrega um fim em si mesmo (SANTOS; VARELLA, 2016, p. 173).

A animalidade, por sua vez, ficará tradicionalmente conectada apenas e tão somente ao mundo instrumental. A posição que confere estatuto moral próprio ao homem e, paralelamente, nega esta atribuição aos animais, está conectada ao fenômeno do antropocentrismo¹, que significa justamente afirmar que o mundo não humano possui valor somente na medida em que atenda, direta ou indiretamente, a interesses, preferências, necessidades, utilidades ou conveniências humanas (valor relacional).

Neste sentido, os processos implícitos e explícitos de instrumentalização dos animais revelam e refletem variadas modalidades de uso dessas criaturas. São utilizados para o consumo alimentar, vestuário, práticas esportivas, companhia, experimentação didática e científica, trabalho, simbologia ritualística/religiosa, entretenimento, exposição, entre tantas outras.

A questão fundamental reside em investigar se deve haver limites, morais e jurídicos, ao dos animais pelos seres humanos.

2. A REDESIGNAÇÃO DO ESTATUTO JURÍDICO DOS ANIMAIS

A despeito deste processo de reificação da animalidade, o que se percebe é

¹ A negação do *antropocentrismo* não passa necessariamente pela atribuição de valor intrínseco à natureza ou aos entes naturais não humanos. Explicando melhor, poderíamos nos opor ao antropocentrismo sustentando que o valor de cada organismo é medido em função da sua contribuição para o equilíbrio ou a estabilidade do ecossistema; ou, ainda, que não existe a própria categoria “valor intrínseco”. A única coisa certa é que para contraporermos a posição antropocêntrica precisamos de negar que o centro da preocupação moral sejam os interesses humanos. No entanto, este centro pode ser ocupado por outra coisa ou propriedade ou mesmo partir-se da noção de que não exista centro algum.

que as mais diversas sociedades, ao longo do tempo, optaram por regular as instituições de uso dos animais. O principal fator que motivou o surgimento de normas especificamente voltadas à tutela e proteção dos animais reside na percepção, pertencente tanto à comunidade científica como ao senso comum, a respeito da analogia dos processos anatômico-fisiológicos relacionados à manutenção da vida e do bem-estar experimental existente entre animais e homens.

O sofrimento sempre foi visto como um autêntico "mal moral". Os seres que possuem a capacidade de sentir dor, ditos sencientes, sejam humanos ou não, empreendem esforços biológicos relevantes no sentido de evitar esta sensação negativa. Embora possua evidente valor evolutivo, a dor, a angústia, o estresse, a privação, representam situações aversivas e claramente indesejadas pelos animais capazes de tal percepção.

O reconhecimento deste fato elementar, que não indica moralmente que devemos em todas as situações tratar de maneira equivalente humanos e animais, atesta que a capacidade de sofrer é atributo essencial no que diz respeito à limitação de condutas que podem impor sofrimento/lesão a terceiros. Nesse sentido uma pessoa só agiria moralmente se respeitasse a boa vida (bem-estar experimental) de humanos e animais. Essa visão já está presente entre importantes pensadores do século XIX. Isso se faz notar especialmente no âmbito do utilitarismo clássico, onde a capacidade para o sofrimento demarca a medida da inclusão na comunidade moral e jurídica, construindo-se um possível paralelo entre a tirania para com humanos, escancarada pela escravidão, e a opressão contra os animais.

A capacidade de sentir dor, portanto, seria uma condição necessária e suficiente para que possamos assegurar que um ser possui um interesse fundamental, que consiste no interesse de não sofrer. A dor é um evento mental e podemos inferir razoavelmente, com base nas observações sobre o comportamentos alheios que seres biologicamente semelhantes estão equipados com o mesmo arsenal fisiológico que os habilita a tal capacidade. A maior parte dos sinais externos que indicam dor em humanos podem ser claramente percebidos em outras espécies de animais. Trata-se de um fato inconteste no meio acadêmico e que decorre mesmo do senso comum.

Darwin, por exemplo, já em 1872, escrevia a respeito dessa similitude de reações de comportamentos na obra "A Expressão das Emoções nos Homens e nos Animais". Nela, narra à exaustão, tal paralelismo fundamental derivado da ancestralidade comum existente entre homens e animais, concluindo pela existência

de sentimentos complexos nas demais criaturas, tais como o sofrimento, a angústia, a ansiedade, o prazer, o medo, o desespero, entre outros tantos (DARWIN, 2000).

No mesmo período, na Inglaterra vitoriana, em um contexto histórico de intensa reforma social (e.g. contestação da escravidão, do trabalho infantil e da situação das mulheres), a realidade da experiência sensível dos animais fez com que surgisse um movimento que procurou identificar a necessidade de combater a opressão e exploração dirigidas aos animais não humanos. O grande marco legislativo protetivo dos animais foi o denominado Martin's Act, de 1822, seguido da formalização, em 1824, da primeira associação civil exclusivamente voltada à tutela dos animais, a *Society for the Prevention of Cruelty to Animals*.

No Brasil o fenômeno ocorreu de forma bastante similar. No mesmo período em que se debatia a abolição da escravidão com a Lei do Ventre Livre (1871), dos Sexagenários (1885), e a Lei Áurea (1888), o município de São Paulo inseria o art. 220 em seu Código de Posturas, de 6 de outubro de 1886:

É proibido a todo e qualquer cocheiro, condutor de carroça, pipa d'água, etc., maltratar os animais com castigos bárbaros e imoderados. Esta disposição é igualmente aplicada aos ferradores. Os infratores sofrerão a multa de 10\$, de cada vez que se der a infração.

Em 1924 tivemos a edição do Regulamento das Casas de Diversões Públicas, Decreto Federal n.º 16.590, de 10 de setembro de 1924, cujo artigo 5º vedava a concessão de licenças para corridas de touros, garraios, novilhos, brigas de galo e canários e quaisquer outras diversões desse gênero que causassem sofrimento aos animais.

Durante o Governo Provisório, o então Presidente Getúlio Vargas expediu o Decreto n.º 24.645, de 10 de julho de 1934, proibindo a prática de maus-tratos contra animais. Dentre as condutas tipificadas criminalmente foram incluídos trinta e um incisos contendo situações abrangidas pelo crime de abuso ou crueldade. Cabe observar que o entendimento mais acertado a respeito da vigência do Decreto n.º 24.645/34 (norma formalmente executiva, mas materialmente com força de lei por conta do período de exceção em que foi editado) é o de que não teria sido revogado pelo Dec. 11/91 (norma formal e materialmente executiva) em razão da disparidade hierárquica entre as duas normas.

A evolução legislativa, vale dizer, passou ainda pela inclusão da conduta de

maus tratos no âmbito da Lei de Contravenções Penais – Decreto n.º 3.688, de 3 de outubro de 1941 (art. 64) e a elaboração de várias outras leis, de âmbito federal, que contemplam direta ou indiretamente a proteção aos animais, como é o caso da própria Lei n. 5.197/67, do Código Florestal, dentre tantas outras, sendo certo que atualmente as condutas abusivas são tipificadas como crime de acordo com o art. 32 da Lei de Crimes e Infrações Administrativas Ambientais - Lei n.º 9.605/98.

A despeito da preocupação legislativa com a tutela mínima dos animais, que culminará com a previsão constitucional de vedação à crueldade, o que se percebe, como se afirmou anteriormente, é que o ordenamento jurídico ainda está preso atavicamente à concepção do animal-coisa, do animal-objeto.

Embora o capítulo dedicado ao meio ambiente traga importante norma constante do art. 225, § 1º, VII, que determina o dever do Poder Público proteger a fauna e de coibir os atos que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade, tal dispositivo é usualmente interpretado pela doutrina e pela jurisprudência no sentido de conferir apenas uma proteção indireta ou reflexa aos animais.

A interpretação vigente é a de que o vocábulo crueldade, que vem do latim *crudelitas*, de *crudus*, originário de *cruor* (sangue vivo), está normalmente associado à causação de um ato impiedoso ou insensível. Nesta linha, somente os atos flagrantemente teratológicos, associados a um estado ou predisposição mental individual por parte do agente de causar dor, lesão ou sofrimento, de forma deliberada e sem motivo razoável (“sofrimento desnecessário”), mereceriam o repúdio do ordenamento jurídico. Por oposição, atos que causam sofrimento, mas que sejam supostamente motivados pelo preenchimento de demandas humanas consideradas relevantes, seriam, via de regra, justificáveis².

Não é por outro motivo que o próprio texto constitucional, no art. 23, VIII, estabelece como atribuição comum do Estado “fomentar a atividade agropecuária, e organizar o abastecimento alimentar”. A criação, o manejo e o abate de animais para consumo humano é enxergado, sob a ótica constitucional, como atividade econômica que deve ser estimulada.

² A pretendida equivalência entre o conceito de *crueldade* e o de *sofrimento desnecessário* é, em si, bastante problemática na medida em que admite, *a contrario sensu*, a existência de causação de um sofrimento *necessário*. No entanto, as hipóteses de transferibilidade de dano e risco a terceiros são normalmente vistas como absolutamente excepcionais e, em princípio, só deveriam ser aceitas se acarretassem benefícios efetivos e relevantes para a vítima que sofre (o que, na ampla maioria dos casos, não traduz as hipóteses de uso de animais pelos humanos).

O Direito Penal, por sua vez, trabalha com a concepção de que deixar atos cruéis impunes poderia colaborar para o embrutecimento do homem em relação ao seu próprio semelhante. Esta tese recebe o nome de “transbordamento moral”, pois seu fundamento está em afirmar que aquele que reiteradamente pratica o mal para com os animais poderá, ao menos potencialmente, tornar-se insensível ao sofrimento humano.

Portanto, quando a legislação penal, regulamentando a norma constitucional que veda a crueldade, estabelece tipos penais associados aos maus-tratos, como é o caso paradigmático do art. 32 da Lei n. 9.605/98, estaria em realidade tutelando a própria humanidade e não os animais, que não seriam vistos como vítimas ou sujeitos passivos das condutas abusivas e sim meros objetos materiais do tipo penal, tal como ocorre, por exemplo, com uma cadeira ou um telefone celular, no crime de dano previsto no art. 163 do Código Penal. É como se houvesse uma projeção de atentado à dignidade humana na violação perpetrada diretamente contra o animal. Podemos exemplificar esta colocação com o caso de danos corporais impingidos aos animais³. O entendimento predominante é de que a mutilação meramente recreativa de um animal deve ser punida em função deste ser vivo refletir a vida e a integridade físico-psíquico humanas e, por tal razão, tal atentado ao animal atingiria reflexamente a própria dignidade humana e não a integridade a dignidade existencial do próprio animal

Do ponto de vista do Direito Civil, o cenário não se altera. A dicotomia clássica entre sujeitos e objetos de direito assinala um regime jurídico claramente distinto aplicável a essas categorias. O Livro I do Código Civil, composto pelos arts. 1º a 78, cuida das pessoas naturais e jurídicas, seguido do Livro II, arts. 79 a 103, que disciplina e classifica os bens. Pessoas naturais são o exemplo paradigmático de sujeitos de direito que têm assegurado, desde o nascimento, automaticamente, uma variada gama de direitos fundamentais pelo mero fato de ostentarem tal qualificação. De outro lado, os animais foram tradicionalmente classificados como bens móveis, ou, para utilizarmos uma nomenclatura já abandonada pelo art. 82 do novo Código Civil, Lei n.º 10.406/12, como bens semoventes, isto é, aqueles bens “susceptíveis de

³ O próprio Código Penal traduz a visão instrumental dos animais ao tipificar no art. 162 o crime de supressão ou alteração de marca em animais, punindo a conduta de “suprimir ou alterar, indevidamente, em gado ou rebanho alheio, marca ou *senal indicativo de propriedade*”. Outro dispositivo com tal conotação é o constante do art. 259, consistente em “difundir doença ou praga que possa causar dano a floresta, plantação ou *animais de utilidade econômica*”.

movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social”.

Não é por outra razão que em vários dispositivos do referido diploma legal encontramos referência expressa aos animais como coisas. O art. 445, § 2º⁴, trata da venda de animais ao dispor sobre os vícios redibitórios; no art. 936⁵, há menção à responsabilidade do “dono ou detentor do animal” pelos danos causados a terceiros pelo fato do animal; no art. 1.297, § 3º⁶, novamente aparece menção à figura do proprietário do animal; o art. 1.313, II⁷, cuida do apoderamento de coisas, “inclusive animais”; o art. 1.397⁸ afirma o direito do usufrutuário à propriedade das crias dos animais que estiverem mantidos sob os seus cuidados; os art. 1.442⁹, 1.444¹⁰ e 1.447¹¹ disciplinam o penhor agrícola, pecuário e industrial, respectivamente, deixando clara a possibilidade dos animais serem objeto do instituto do penhor, cabendo mencionar que no art. 1.446¹², faz-se alusão à possibilidade de se comprar animais da mesma espécie para substituir os eventualmente mortos (além de móveis, são em princípio fungíveis, substituíveis). A proteção à fauna aparece no art. 1.228, § 1º¹³, do Código Civil apenas como uma das dimensões da chamada função socioambiental da propriedade privada. Em outras palavras, o direito de propriedade deve ser exercitado tendo em mira a necessidade de proteger a “fauna” onde o valor dos animais continua

⁴ Art. 445, § 2º. Tratando-se de venda de animais, os prazos de garantia por vícios ocultos serão os estabelecidos em lei especial, ou, na falta desta, pelos usos locais, aplicando-se o disposto no parágrafo antecedente se não houver regras disciplinando a matéria.

⁵ Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

⁶ Art. 1.297, § 3º. A construção de tapumes especiais para impedir a passagem de animais de pequeno porte, ou para outro fim, pode ser exigida de quem provocou a necessidade deles, pelo proprietário, que não está obrigado a concorrer para as despesas.

⁷ Art. 1.313. O proprietário ou ocupante do imóvel é obrigado a tolerar que o vizinho entre no prédio, mediante prévio aviso, para: (...) II - apoderar-se de coisas suas, inclusive animais que aí se encontrem casualmente.

⁸ Art. 1.397. As crias dos animais pertencem ao usufrutuário, deduzidas quantas bastem para inteirar as cabeças de gado existentes ao começar o usufruto.

⁹ Art. 1.442. Podem ser objeto de penhor: (...) V - animais do serviço ordinário de estabelecimento agrícola.

¹⁰ Art. 1.444. Podem ser objeto de penhor os animais que integram a atividade pastoril, agrícola ou de laticínios.

¹¹ Art. 1.447. Podem ser objeto de penhor máquinas, aparelhos, materiais, instrumentos, instalados e em funcionamento, com os acessórios ou sem eles; animais, utilizados na indústria; sal e bens destinados à exploração das salinas; produtos de suinocultura, animais destinados à industrialização de carnes e derivados; matérias-primas e produtos industrializados.

¹² Art. 1.446. Os animais da mesma espécie, comprados para substituir os mortos, ficam sub-rogados no penhor.

¹³ Art. 1.228, § 1º. O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

sento trabalhado apenas em sentido instrumental, como meio de atender à melhoria da qualidade de vida do homem.

Esse mesmo sentido derivativo de proteção da natureza como meio de promoção da dignidade existencial humana reflete, ainda, a compreensão que predomina no Direito Ambiental. O tratamento dispensado aos animais ocorre sempre diante do enquadramento destes como recursos ou microrganismos ambientais (art. 3, V, da Lei nº. 6.938/81¹⁴). Tal como já se mencionou, via de regra, neste ramo do direito, os seres vivos são tratados em bloco (fauna), como espécie, e não como indivíduos. Nesta linha, poderíamos utilizá-los para fins considerados como supostamente necessários como é o caso típico da experimentação animal, atualmente regulada pela Lei n. 11.794/08, ou, de acordo com o art. 37 da Lei n.º 9.605/98, abatê-los para saciar a fome, proteger lavouras ou por ser o animal considerado nocivo pela autoridade ambiental.¹⁵

Os exemplos supramencionados, provenientes do Direito Constitucional, Civil, Penal e Ambiental, são bastante ilustrativos da forma como a qual o ordenamento jurídico realiza o enquadramento dos animais. Embora alguns sustentem que ao vedar a crueldade a Constituição Federal tenha garantido, a partir daí, um “direito a não ser tratado de maneira cruel”, titularizado pelos próprios animais, percebe-se, com clareza, que esta interpretação não é consentânea e não se harmoniza com as demais normas do sistema jurídico, conforme a compreensão tradicional.

Esclareça-se, a esse respeito, que ao afirmarmos que o Direito não acolhe atualmente o animal como sujeito de direito não se está fazendo uma afirmativa de mérito, ou seja, não se está concluindo ou concordando que haveria bons fundamentos, especialmente de ordem moral, para excluirmos os animais da comunidade jurídica. Estamos apenas descrevendo a forma pela qual o Direito enxerga e enquadra a animalidade em suas categorias dogmáticas. O ponto determinante para a questão que aqui se ventila é que o ordenamento jurídico é

¹⁴ Art. 3º, V, da Lei n. 6.938/81 - *recursos* ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a *fauna* e a flora. ([Redação dada pela Lei nº 7.804, de 1989](#))

¹⁵ Art. 37. Não é crime o abate de animal, quando realizado:

I - em estado de necessidade, para saciar a fome do agente ou de sua família;

II - para proteger lavouras, pomares e rebanhos da ação predatória ou destruidora de animais, desde que legal e expressamente autorizado pela autoridade competente;

III - ([VETADO](#))

IV - por ser nocivo o animal, desde que assim caracterizado pelo órgão competente.

É o que vem acontecendo com o javali (animal “exótico à fauna brasileira”, aqui introduzido por obra humana), que teve a caça autorizada pelo IBAMA. Instrução Normativa nº 03, de 31 de janeiro de 2013.

produto de uma contínua construção cultural que consolidou ao longo do tempo a captura da animalidade pelo mundo das coisas. A tese dos Direitos dos Animais não é, portanto, um conceito que surge, por assim dizer, “naturalmente”, a partir da experiência jurídica tal como ela tradicionalmente é trabalhada.

É justamente a partir do esforço empreendido pela Ética Animal, principalmente a partir da década de setenta, com a publicação das obras referenciais de Singer¹⁶ e Regan¹⁷, em 1975 e 1983, respectivamente, que ressurge a inquietação em relação a se tentar reexaminar, do ponto de vista do Direito, de que maneira poder-se-ia cogitar de modificar esta tradição (no sentido Gadameriano) e alterar este tratamento seletivamente discriminatório dispensado aos animais. Deveríamos romper dramaticamente com este caminho, ou, para utilizar a terminologia empregada por Dworkin, que faz a analogia do Direito com um “romance em cadeia” (*chain novel*), rasgar esse romance e produzir um outro a partir de novas bases que acolhessem a subjetividade jurídica pretendida para a animalidade, ou poderíamos pensar em, utilizando as categorias existentes, repensar a realidade jurídica para acomodar os animais em um novo estatuto?

A se compreender como possível utilizar as categorias preexistentes do Direito para reconfigurar o estatuto jurídico dos animais, o que entendemos ser uma tarefa das mais complexas, surgem algumas possibilidades teóricas que, rapidamente, gostaríamos de abordar¹⁸.

Como primeira alternativa, poderíamos cogitar a respeito do enquadramento da animalidade no âmbito da categoria dos sujeitos de direito por meio da personalização dos animais, ou seja, algumas espécies de animais seriam equiparadas às pessoas absolutamente incapazes. Embora o conceito e as percepções valorativas que gravitam em torno do conceito de pessoa sejam um tanto quanto nebulosos e fluidos, a ideia principal é a de que o Direito positivo possuiria a legitimidade e os instrumentos necessários para ampliar o rol de entes sobre os quais recai essa qualificação. Qualificar-se como pessoa significa compartilhar uma condição específica que restringe automaticamente o arbítrio de terceiros e do próprio Estado e garante uma posição de vantagem em termos de titularidade de direitos

¹⁶ SINGER, Peter. **Animal liberation**. New York: Harper Collins, 1975.

¹⁷ REGAN, Tom. **The case for animal rights**. Berkeley: University of California Press, 1983.

¹⁸ Um tratamento mais detalhado dessas alternativas está disponível no capítulo III da obra LOURENÇO, Daniel Braga. **Direito dos Animais: Fundamentação e Novas Perspectivas** (Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008).

subjetivos, razão pela qual pode-se qualificar esta hipótese de subjetivação forte.

Um outro caminho disponível seria nos valermos da categoria dos entes despersonalizados ou despersonificados para realizar este reposicionamento haja vista não existir identidade conceitual entre pessoa e sujeito de direito.

Tradicionalmente os civilistas costumam incidir no equívoco da equiparação absoluta entre pessoa e sujeito de direito. Toda pessoa é sujeito de direito e todo sujeito de direito é pessoa. No entanto, esta equiparação nos parece um tanto quanto simplista, pois existiriam sujeitos de direito que não ostentam a qualidade de pessoa (e.g. nascituro, massa falida, herança jacente ou vacante, sociedade irregular, espólio, condomínio, etc.). Pontes de Miranda há muito rechaçava tal sinonímia pois ser pessoa "(...) é apenas ter a possibilidade de ser sujeito de direito. Ser sujeito de direito é estar na posição de titular de direito. Não importa se esse direito está subjetivado, se é munido de pretensão e ação, ou de exceção" (MIRANDA, 1954, p. 153). Neste sentido, pode-se destacar que a categoria de sujeito de direito é mais ampla que a de pessoa, podendo existir sujeitos de direito personalizados e outros, despersonalizados.

Em outras palavras, mesmo não ostentando tecnicamente o *status* de pessoa, por ausência de personalidade jurídica, os entes despersonalizados podem possuir determinados direitos subjetivos a serem conferidos com especificidade pelo ordenamento jurídico. Assim é que não é necessário ser pessoa para ser sujeito de direito. Entretanto, a titularidade de direitos subjetivos fica neste cenário condicionada à vontade do legislador (subjetivação branda ou leve).

A terceira via seria construir um estatuto intermediário, uma espécie de terceiro gênero, para conformar a realidade animal. Tal qual passaremos a demonstrar, esta corrente normalmente propõe que deixemos de aplicar aos animais o regime relativo às coisas¹⁹, propondo uma natureza jurídica que se situa entre o mundo das coisas e o dos sujeitos.

Em termos de direito comparado citemos, exemplificativamente, os exemplos provenientes da Áustria, Alemanha, Suíça, e França. A Áustria foi a pioneira ao aprovar, em 1988, lei federal regulamentando um estatuto jurídico próprio para os animais. Seu Código Civil (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* - ABGB) foi

¹⁹ No âmbito da própria União Europeia, temos que o Protocolo n.º 31 ao Tratado de Amsterdam, de 1997, previu a necessidade de que o bem-estar dos animais fosse levado em consideração na formulação das políticas públicas, no que foi seguido, no mesmo sentido, pelo Tratado de Lisboa, de 2007.

modificado e passou a prever no §285-A o afastamento dos animais do regime das coisas. Este regime seria aplicável somente de forma subsidiária, em caso de lacuna legislativa. Curiosamente, o parágrafo 1.3332a estipula que no caso de lesão a um animal, são reembolsáveis as despesas efetivas com o seu tratamento, ainda que estas sejam superiores ao valor de mercado do próprio animal.

Na vizinha Alemanha, seguindo a modificação da Constituição Alemã de 2002 que passou a prever em seu art. 20-a²⁰, no quadro dos deveres do Estado de proteção da natureza, o dever genérico de proteção dos animais, o parágrafo 90-A do Código Civil (*Bürgerliches Gesetzbuch* - BGB) afirma expressamente a exclusão dos animais do regime das coisas, determinando sua regulação por lei especial, com recurso apenas subsidiário a esta categoria. O §903 do mesmo código condiciona expressamente o exercício do direito de propriedade à observância dos preceitos especiais relativo à proteção e à garantia de bem-estar dos animais. Tal qual a Áustria, o §251 da legislação civil determina que o montante indenizatório não se limita ao valor de mercado do animal. O Código de Processo Civil alemão (*Zivilprozessordnung* - ZPO), previu no §811 que os animais de companhia não podem ser objeto de penhora²¹.

A Constituição suíça (*Bundesverfassung* - BV), por meio de processo de referendo²², realizado em 1992, tornou-se a primeira nação a expressamente aludir à “dignidade das criaturas”^{23 24} (*Würde des Tieres*)²⁵ em sede constitucional²⁶. Esta

²⁰ “Art. 20a - Proteção dos recursos naturais vitais e dos animais – Tendo em conta também a sua responsabilidade frente às gerações futuras, o Estado protege os recursos naturais vitais e os animais, dentro do âmbito da ordem constitucional, através da legislação e de acordo com a lei e o direito, por meio dos poderes executivo e judiciário”. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 17 set. 2015.

²¹ Cabe ressaltar que em termos de legislação especial, vigora a *Tierschutzgesetz* de 1972, alterada pela última vez em 2010, cujo objetivo central reside em proteger a vida e o bem-estar dos animais, reconhecendo a responsabilidade dos seres humanos pelos animais, enquanto criaturas semelhantes (art. 1º), ninguém podendo infligir dor, sofrimento ou dano aos animais sem justificativa razoável (art. 1º, segunda parte). A mesma lei regula os aspectos relativos à detenção, abate, criação e ensino, comércio e importação de animais, bem como a experimentação animal.

²² Grande parte das reformas legislativas suíças envolvem a participação popular. Importantes referendos já foram realizados sobre temas relacionados à causa animal. Recentemente foram rejeitadas iniciativas para abolir, ou ao menos reduzir drasticamente, os experimentos científicos envolvendo animais, ou e para introduzir advogados especializados em defesa animal em todo o país.

²³ Existe certo debate sobre o pano de fundo dessa expressão. Para alguns protege a dignidade existencial individual dos seres vivos, enquanto que para outros a previsão diria respeito a uma dignidade existencial dos seres vivos como um todo. Importante e curioso que, de uma forma ou de outra, ela abraça uma perspectiva nitidamente *biocêntrica*, incorporando animais e vegetais.

²⁴ Outro debate importante diz respeito ao alcance da dignidade existencial das criaturas. Em uma decisão judicial da *Suprema Corte Suíça* de 2009, afirmou-se que “mesmo que a dignidade existencial dos animais não possam e não devam ser equiparadas à dignidade existencial humana, as criaturas naturais, ao menos em alguns aspectos, podem ser consideradas e valorizadas em pé de igualdade com

previsão influenciou decisivamente a legislação civil que, em 2003, modificou seu art. 641, passando com isto a determinar que os animais não são coisas (aplicando-lhes tal regime jurídico apenas na falta de legislação especial). Prevê-se igualmente, no art. 43, n.1, *bis*, que os tutores ou seus familiares têm direito à indenização pelo valor afetivo do animal no caso de ferimento ou morte deste (dano moral pela perda ou lesão de animal de companhia), sendo possível, por conta do art. 482-4, que os animais sejam beneficiários de disposições testamentárias. Além disto, no caso de divórcio há previsão no art. 651a que a partilha da herança deverá levar em consideração o melhor interesse do animal (averiguação que levará em conta tanto as relações de afinidade quanto a análise de quem poderá promover as melhores condições de acomodação e tratamento).

O Código Civil francês sofreu recente modificação em 2015 e embora não tenha expressamente retirado os animais do capítulo das coisas, afirmou em seu Título XIV (das medidas de proteção às vítimas de violência), em seu art. 515-14, que “os animais são seres vivos dotados de sensibilidade e, sujeitos às leis que os protegem, são submetidos ao regime dos bens”.

O Brasil, de forma geral, não acompanha esta tendência de criar um estatuto intermediário para os animais entre as pessoas e coisas. Dos variados projetos que atualmente tramitam no Congresso Nacional, a maior parte propõem realizar o enquadramento dos animais como sujeitos de direitos, seja personalizando-os, seja tratando-os como entes despersonalizados, ou mantendo-se omissos quanto a este ponto. Não se soluciona adequadamente, portanto, com clareza, a questão atinente à redesignação do estatuto jurídico da animalidade e de seus efeitos sobre o sistema jurídico.

os seres humanos. (...) a consanguinidade existente entre a dignidade dos animais e a dos humanos pode ser claramente percebida no caso dos primatas” (*Swiss Federal Supreme Court*, decision No. 135 (2009) II 385 et seq., at 403). Embora o art. 3a do *Animal Protection Act* (TSchG) de 2005 defina dignidade animal, não há proteção efetiva contra a morte do animal, desde que essa se processe de uma maneira que respeite minimamente os parâmetros gerais do TSchG, o que gera uma tensão inafastável entre dignidade e morte. Um julgado da *Suprema Corte Suíça* deixa esse paradoxo evidente: “Only a comprehensive protection of the animal’s life can do justice to today’s ethical notions, and certain exceptions (food production, pest control) cannot unsettle its foundations. As within the scope of the *Animal Protection Act*, this principle at least applies to vertebrates” (*Swiss Federal Supreme Court*, decision No. 115 IV 248 et seq., at 254).

²⁵ Seu art. 120 prevê que: os seres humanos e o meio ambiente devem ser protegidos contra o uso abusivo das técnicas de manipulação genética. A Confederação deve legislar a respeito do uso reprodutivo e genético dos animais, plantas e outros organismos. Ao fazê-lo levará em consideração a dignidade existencial de todos os seres vivos assim como a segurança dos seres humanos, animais e do meio ambiente, devendo proteger a diversidade genética das espécies animais e vegetais.

²⁶ O próprio preâmbulo da Constituição suíça afirma o compromisso do povo suíço perante a criação.

3. VEDAÇÃO DA CRUELDADE CONTRA ANIMAIS: REGRA OU PRINCÍPIO?

A despeito desse possível movimento em direção a uma redesignação do estatuto moral e jurídico dos animais, é preciso retornar à análise do modo pelo qual a tutela dos animais vem sendo interpretada e aplicada. Como se mencionou, em 1988, alinhando-se ao chamado movimento do constitucionalismo “verde”, o Brasil dedicou um capítulo específico para o tratamento da questão ambiental em sede constitucional. Em seu art. 225, § 1º, VII, dispõe que incumbe ao Poder Público o dever de proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Há, portanto, uma clara determinação, dirigida ao Poder Público e à coletividade, no sentido de proteger a fauna e de coibir os atos que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Ponto fundamental consiste em examinar a norma insculpida no supramencionado art. 225, § 1º, VII, da Constituição Federal. Seria ela uma regra ou um princípio? A distinção das normas entre regras e princípios se tornou lugar-comum na teoria jurídica contemporânea. É elaboração que tem pioneirismo em Ronald Dworkin, ainda na década de 70 (DWORKIN, 1977), e que teve em Robert Alexy outro influente teórico (ALEXY, 1993). A distinção foi incorporada pela academia brasileira no final da década de 90 e, ao longo deste período, aqui e alhures, foi conhecendo novas elaborações, críticas e reformulações (OLIVEIRA, 2007; 2010).

Como comumente se afirma, as regras são operadas ao modo disjuntivo, ou seja, na forma do tudo ou nada (*all or nothing*). Logo, a contradição entre duas (ou mais) regras aplicáveis a um mesmo caso pressupõe a regulação integral por apenas uma delas com a nulidade da(s) restante(s). Apesar da doutrina corrente afirmar que o conflito entre regras é resolvido no plano da validade, não é exato. Isto porque também abarca o plano da vigência e o plano da eficácia.

Na lição de Alexy, as regras são *mandados definitivos*: “Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posibles” (ALEXY, 1993, p. 87). Em caso de conflito normativo, são regularmente empregados os

métodos *lex posterior derogat priori*, *lex superior derogat inferiori* e *lex specialis derogat generali*. O método cronológico de superação de conflitos, os quais vale dizer são aparentes e não reais, mostra como a problemática não se põe apenas no âmbito da validade, mas também abarca o plano da vigência. Portanto, na hipótese de antinomia entre duas regras, ou há uma *cláusula de exceção* que exclui o conflito ou se conclui pela eliminação de uma em razão da impossibilidade de coexistência entre elas.

Segundo a doutrina corrente, os princípios são sempre razões *prima facie* sob as quais se baseiam também direitos *prima facie*. A característica *prima facie* revela que os princípios não expõem comandos definitivos, mas que estabelecem disposições passíveis de uma complementação de sentido diante de outros princípios. É o que explica, como já antes mencionado, que em função de certas circunstâncias o princípio *A* prevaleça sobre o *B* e sob outros fatores seja o princípio *B* a sobrepujar o *A*. Isto é a denominada dimensão do peso que cada princípio tem a variar de acordo com as especificidades do caso

A questão é crucial para determinar como tal norma se comporta quando confrontada com outros dispositivos constitucionais. Em outras palavras, em hipóteses de manifestações culturais que fazem uso de animais, haveria uma aparente antinomia a ser sanada, qual seja a proteção dos animais contra a crueldade e, concomitantemente, a proteção destas mesmas manifestações no âmbito genérico da tutela da liberdade de expressão.

Sem qualquer pretensão de recuperar com a profundidade devida todo o importante debate sobre o tema atinente às regras e princípios, é útil rememorar sinteticamente a distinção proposta por Ávila:

[...] as regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência. Além disso, a sua aplicação exige a avaliação da correspondência [...] entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. [...] Princípios, por sua vez, são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação de correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção (ÁVILA, 2008, p. 78).

Apesar das diferenças estruturais, a perspectiva comum de que os princípios possuem uma dimensão desconhecida às regras, a dimensão do peso, sendo as

regras aplicadas pelo modelo do *tudo ou nada*, conforme as proposições de Alexy e Dworkin, e a visão de Humberto Ávila de que ambas as espécies são passíveis de ponderação, terminam se aproximando em essência.

Caso se entenda a ponderação como um balanceamento de valores inerente ao processo de interpretação e aplicação, sempre há ponderação, independente de se tratar de regras. Também aqui a importância de se perceber que o estabelecimento da *cláusula de exceção* é realizado por meio de uma conjugação de valores onde se conclui pelo afastamento de uma regra em benefício da outra em função de razões prevalentes. E isto nada mais é do que um sopesamento valorativo.

Como fica óbvio, não se poderia sustentar que as regras não se sujeitam ao balanceamento de valores sem que se afirmasse a existência da *cláusula de exceção*. Isto porque, como já visto, não é por haver uma regra que, em tese, rege o fato, que esta regra irá, ao final, regular a situação. O ponto é que a própria *cláusula de exceção*, que pode ser tomada como a solução para a tese de que não se pondera regra, é ela mesma expressão de ponderação.

Observe-se bem: a única maneira de se permanecer afirmando que os conflitos entre regras não são decididos pela ponderação é se entender que não são as próprias regras colidentes que são ponderadas, mas sim os princípios nos quais elas se baseiam. Quando existem regras envolvidas na ponderação o tipo de ponderação é diferente daquele que engloba somente princípios. No caso das regras, a ponderação, normalmente, se mostra mais circunscrita, mais delimitada, pois que decorrência da maior concretude desta espécie normativa. No caso dos princípios, em função da maior generalidade, abstração, fundamentalidade, a ponderação, em tese, acaba por apresentar uma margem mais elástica, mais imprecisa ao jurista

Nos termos em que se expôs, calha repetir que para que não se chegue à conclusão da existência de ponderação entre regras será sempre necessário encontrar os respectivos princípios nos quais as ditas regras têm fundamento para, a partir daí, dizer que a colisão é entre princípios. Uma vez decidido que o princípio *A* deve prevalecer sobre o *B*, a regra *A'* alicerçada em *A* prevalece (ou exclui) a regra *B'* fundada em *B*. E isto sem que *A'* ou *B'* sejam consideradas obrigatoriamente inválidas. Este raciocínio é, por muitos, feito sem que se aperceba que o conflito pode ser tido como existente no âmbito das próprias regras. Em qualquer hipótese, inegável o fato de que a *cláusula de exceção* expressa um juízo de ponderação.

Admitir a ponderação de regras pode gerar a impressão de perda de segurança

dos comandos normativos que estariam sendo relativizados em desrespeito à literalidade do dispositivo legal. Seria possível, então, querer ponderar tudo e relativizar comandos *definitivos*. Esta sensação de insegurança, porém, não vence. Dizer que as regras se submetem a um tipo diferente de ponderação significa que para se superar uma regra é preciso que existam razões muito fortes. Ora, as regras possuem uma pretensão de regulação específica e terminativa e, normas que são, gozam da presunção de serem aplicadas desta maneira. Neste sentido, pode-se afirmar que é mais difícil sopesar ou superar uma regra do que um princípio: são necessárias razões mais fortes para balancear (relativizar) regras do que princípios.

Uma vez ultrapassadas estas questões, cabe agora perguntar se todas as regras comportam ponderação não no sentido mais largo e sempre existente de valoração da interpretação, mas no sentido de sopesamento por normas contrárias. A resposta é não. Ressalte-se para evitar confusão que aqui se faz uma distinção. Ponderação em sentido amplo: sempre há por inerente à interpretação. Ponderação em sentido estrito: apenas existe quando de um conflito por normas antagônicas.

Neste sentido, o enunciado normativo contido no art. 225, § 1º, VII, parte final, que veda a infligência de atos cruéis aos animais traduz hipótese de uma regra que descreve um comportamento proibido específico. Estabeleceu-se um comando definitivo, um dever específico (impedir práticas cruéis) e não um mandado de otimização (e.g. garantir a minimização do sofrimento animal ou o bem-estar dos animais).

Ainda que possamos admitir que o conceito jurídico de “crueldade” seja indeterminado, ou aberto, quando a norma constitucional veda terminantemente a crueldade revela uma opção prévia do legislador constituinte originário em não admitir que tais atos sejam praticados. Houve, portanto, uma opção valorativa prévia adotada pela norma constitucional: atos cruéis, seja em nome de que forem praticados (e.g. religião, esporte, entretenimento, lazer, ou quaisquer outras manifestações culturais), são proibidos, são ilícitos, violam diretamente o texto constitucional.

Objetivamente, estamos diante de uma regra tal qual, exemplificativamente, a que determina a proibição da tortura. Quando o art. 5º, III, da Constituição Federal estabelece que ninguém será submetido a tortura, indica, via regra, que não há, em princípio, admissibilidade da tortura, sejam quais forem os motivos que supostamente a legitimam. Ainda que o conceito jurídico de tortura seja também indeterminado, já regulamentado, tal como ocorre no caso da crueldade, se chegarmos à conclusão que

determinada conduta implica no cometimento de tortura, ou crueldade, não deve ser admitida. Não há cálculo possível ou ponderação *a posteriori* de interesses ou valores a serem realizados nestas situações.

No mesmo sentido, esta é a lição que se colhe de Andreas Krell:

Ao examinar a parte final do art. 225, § 1º, VII, é possível identificar que o enunciado que objetiva a vedação de práticas cruéis contra animais define um comportamento não admissível. Trata-se de uma regra que descreve imediatamente uma conduta proibida, não de um princípio que se refere a um estado de coisas a ser promovido ou atingido, “em virtude do qual deve o aplicador verificar a adequação do comportamento a ser escolhido ou já escolhido para resguardar tal estado de coisas”. Na verdade, houve uma prévia ponderação do legislador constituinte, que optou por privilegiar um determinado comportamento em razão da necessidade de assegurar a efetividade do direito previsto no caput do art. 225 e de sua relevância, ante uma possível colisão com outros princípios constitucionais. Uma vez constatado que o tratamento ao qual foi submetido o animal é considerado cruel, ele necessariamente deve ser proibido ou sancionado. Ao contrário dos princípios, as regras não permitem uma ponderação com princípios ou valores constitucionais. A Constituição de 1988 podia ter estabelecido a proteção animal em forma de princípio ou “norma fim de Estado” (ex.: “O Estado promoverá o bem-estar dos animais”). Não o fez, mas escolheu a forma mais direta e protetiva, instituindo uma regra proibitiva no próprio texto do art. 225 da Constituição Federal (KRELL, 2015, p. 19).

Apenas para tornar mais claro o exemplo da aplicabilidade de uma regra, imagine-se a situação hipotética da criação de uma nova religião que demandasse que seus adeptos, de tempos em tempos, oferecessem sacrifícios rituais de seres humanos às suas divindades. Embora a Constituição, com toda razão, proteja genericamente a liberdade religiosa, inclusive a própria liberdade de culto, existe regra clara que proíbe expressamente a prática do homicídio. Excetuando-se, evidentemente, as hipóteses clássicas de exclusão da ilicitude (e.g. legítima defesa), não há como admitir que em nome da religião pessoas sejam mortas. Em casos como este, não há antinomia. Não há que se cogitar acerca da realização de ponderação entre o bem jurídico vida (e integridade física e psicológica) e a liberdade religiosa. Isso porque já houve previamente a determinação de que vidas não podem ser eliminadas como determinação do Legislativo. Não importa que as mortes eventualmente integrem simbolicamente a religiosidade de um determinado grupo social ou mesmo práticas culturalmente arraigadas ou tradicionais.

Na mesma linha, os casos envolvendo o art. 225, § 1º, VII, da Constituição Federal, envolvem interpretação judicial sobre a existência e configuração, no caso

concreto, de crueldade, e, não, de ponderação judicial entre princípios constitucionais. Conforme dissemos, ao concluirmos que determinada prática, ainda que representativa de valores culturais tradicionais seja cruel, deve ser classificada como inconstitucional por atentar contra a regra constitucional acima referida.

Não há um caminho do meio. Regras não são aplicadas de acordo com a conveniência do intérprete ou apenas parcialmente. Novamente, uma vez constatada a crueldade não cabe mais sopesamento com outros princípios constitucionais, como é o caso da liberdade de manifestação cultural. A ponderação neste caso já foi previamente realizada pelo legislador constituinte e ele não relativizou ou introduziu exceções a este comando definitivo de não admissibilidade da crueldade.²⁷

O próprio Supremo Tribunal Federal, em julgamentos anteriores, já foi chamado a decidir sobre a aplicabilidade do art. 225, § 1º, VII, em situações envolvendo manifestações culturais que faziam uso de animais. Tal foi o caso do precedente envolvendo a denominada “Farra do Boi” (RE n.º 153.531-8). O objeto da ação consistia na proibição de evento que tem por finalidade central a perseguição e lesão a bovinos com a finalidade de derrubá-los ou matá-los. Cabe inclusive lembrar que tal prática está intimamente atrelada à religiosidade destas comunidades (associação com a prática da “malhação do Judas”); traduzindo, portanto, manifestação cultural qualificada pela vinculação religiosa.

No julgamento desta prática, por maioria de votos, decidiu o Supremo Tribunal Federal pelo provimento ao recurso extraordinário com fundamento na supramencionada norma constitucional que veda práticas que submetam os animais a crueldade. Não se utilizou a técnica da ponderação para resolver o caso. Entendeu-se que a prática é, concretamente, cruel e que, portanto, por conta disto viola flagrantemente a restrição constitucional.²⁸

Wilson Steinmetz, em análise do referido julgado, elucida tal fato, afirmando que:

No caso da *Farra do Boi*, a colisão é aparente. No texto constitucional, há expressamente uma regra, um mandamento definitivo, cuja aplicação soluciona

²⁷ Segundo uma posição mais recente acerca dos critérios concernentes à tipologia *regras* e *princípios*, as *regras* poderiam ser ponderadas, embora excepcionalmente ou com mais dificuldade do que os *princípios*, isto é, as *regras* trariam uma pretensão de regulação do caso mais forte do que os *princípios*. Sem embargo, é possível sustentar a existência de regras que não admitem ponderação e que a regra em questão é deste tipo.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n.º. 153.531/SC, 2a Turma, rel. Min. Marco Aurélio, j. 3/6/1997, DJ de 13/03/1998.

o caso sem necessidade de uma adicional ponderação judicial de princípios ou direitos. Para este caso, já houve uma ponderação dos constituintes institucionalizada por meio de uma regra: proibição de práticas que submetam os animais a crueldade (art. 225, § 1º, VII, *in fine*). [...] A proibição da submissão de animais a tratamento cruel está para o direito à liberdade de manifestação cultural como a proibição de reuniões não pacíficas, com armas estão para o direito fundamental de reunião. Uma prática cultural que implica, necessariamente e/ou incontrolavelmente, tratamento cruel a animais está, de plano, por força de um mandamento definitivo, proibida. É um não direito definitivo. Não é necessária uma ponderação judicial adicional. Ela somente seria necessária se a Constituição tivesse institucionalizado o princípio da proteção da fauna (CB, art. 225, § 1º, VII, primeira parte), sem especificar um mandamento definitivo de proibição de práticas cruéis contra animais (mesmo dispositivo, *in fine*) (STEINMETZ, 2009, p. 7-9).

Em outras situações análogas que envolviam o questionamento de leis estaduais que regulamentavam a prática das “rinhas de galos”, tanto no Estado do Rio Grande do Norte (ADI n.º 3.776²⁹) quanto no Estado do Rio de Janeiro (ADI n.º 1.856³⁰), o Supremo Tribunal Federal também adotou a mesma linha de entendimento sobre a questão proibindo tal atividade por considerá-la atentatória ao art. 225, §1º, VII, da Constituição Federal.

Torna-se claro que o Poder Público deve zelar pela não submissão dos animais à crueldade. Qualquer tentativa legislativa que vise regulamentar um uso que é inerentemente cruel incorre no vício, pois, de inconstitucionalidade. Não há possibilidade de transigirmos ou consentirmos com a norma constitucional. Ela não parte de um ponto de vista relativista.

Embora as mais diversas culturas e formas de manifestação cultural devam, em princípio, ser respeitadas e fomentadas, há determinados limites imanentes trazidos pelo ordenamento jurídico que devem ser observados. Já trouxemos exemplos neste sentido, mas basta imaginar que houvesse determinada comunidade, no Brasil, que entendesse fazer parte de seus valores e tradições a discriminação “racial”. Imaginemos que esta comunidade acreditasse firmemente na supremacia dos brancos sobre outras etnias e, conseqüentemente, praticasse abertamente atos discriminatórios, de abuso e de violência baseados nesta crença. É bastante evidente que o ordenamento jurídico, que embora proteja genericamente as mais variadas formas de pensar e de se expressar culturalmente, não poderia dar suporte a fatos

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3.776/RN, Trib. Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, j. 14/6/2007, DJ de 29/06/2007.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1.856/RJ, Trib. Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 26/05/2011.

sobre os quais incide claramente a legislação penal.

As culturas não são *locus* imutáveis de valores, engessadas no tempo e no espaço. Não são imunes ao embate ético e jurídico. Por milênios se entendeu aceitável subjugar e escravizar outros povos. Hoje não mais. A posição das mulheres, crianças e pessoas com impedimentos físicos e mentais se modificou. Os direitos fundamentais foram ampliados de maneira incontestável. Tais exemplos denotam a modificação dinâmica das tradições e padrões culturais previamente estabelecidos.

O mesmo vale para a relação homem-animal. Como devemos tratar os animais não é uma questão de opinião ou gosto pessoal ou cultural. Os princípios morais que alimentam o Direito e lhe dão consistência não são de ordem exclusivamente privada. Tal como alerta o filósofo Carlos Naconecy, as pressões das convenções sociais podem influir ou condicionar o que as pessoas pensam sobre o justo, mas é algo completamente diferente afirmar que os costumes determinam o que é o justo:

Se o correto ou o bom é aquilo que uma pessoa sinceramente pensa que é, ou aquilo que uma sociedade considera correto, então pessoas ou culturas seriam eticamente infalíveis. Mas é óbvio que indivíduos ou sociedades podem estar eticamente equivocadas. De fato, muitos de nós frequentemente descobrimos que estávamos enganados em ocasiões passadas, mudamos então nosso parecer ético e consideramos isto como um progresso moral pessoal. [...] O fato é que pessoas, sociedades e culturas não são eticamente infalíveis. Escravidão, combate de gladiadores romanos, tortura para extração de confissões e execução de hereges em fogueiras, hoje, ferem nossas intuições morais mais básicas. [...] Se tudo em Ética fosse matéria de preferência pessoal, então você não poderia persuadir as pessoas, racionalmente, de que alguma outra posição é pior, melhor, não importando quão hediondas fossem as ações em questão (NACONECY, 2014, p. 77-80).

Tampouco deveria impressionar o argumento econômico segundo o qual a interrupção da atividade poderia trazer prejuízos no sentido de perda de empregos e de renda. Como já se afirmou, o constituinte originário optou por demarcar uma zona rígida de interdição a atividades que fazem uso de animais. Não há cálculo consequencialista a ser feito *a posteriori*. Não há como sopesar o interesse em não ser submetido a crueldade, consubstanciado em autêntico e expresso dever normativo dirigido ao Poder Público e à coletividade, com outros fatores, tal como seria o econômico. Aliás, a este respeito vale dizer que há inúmeras atividades que o Estado interdita, que são consideradas portanto ilícitas, que têm grande potencial de geração de renda para as pessoas envolvidas. Nem por isso deixam de ser ilícitas e coibidas pelo aparato estatal. O mesmo vale para o caso de atividades que implicam em

tratamento cruel dos animais. A intervenção estatal é obrigatória no sentido de vedá-las, não importa o quão lucrativas possam vir a ser.

4. A INCONSTITUCIONALIDADE DA PRÁTICA DA VAQUEJADA

No dia 6 de outubro de 2016, o plenário do STF, pela maioria mais estreita, 6 a 5, declarou, no julgamento da ADI nº 4.983, a inconstitucionalidade de lei cearense que regulamentava a vaquejada. Em favor da jurisprudência do próprio tribunal, a decisão não surpreendeu, muito pelo contrário, o que espantou foi o placar apertado. Ora, há mais de vinte anos atrás, o Supremo afirmou, em respeito ao art. 225, 1º, VII, da Constituição,³¹ que a *farra do boi* (melhor seria chamar *farra com o boi*) é inconstitucional.³² Oito anos após, o STF pronunciou a invalidade de lei catarinense que normatizava a *rinha de galos* e no mesmo sentido o fez em ocasiões posteriores.³³

O art. 225, § 1º, VII versa uma regra que proíbe que os animais sejam alvo de tratamentos cruéis.³⁴ Ainda quando não se adote a tese de que as regras não admitem ponderação (relativização), uma norma que é regra, descrevendo (no caso, proibindo) uma hipótese, possui uma alta pretensão de reger o seu objeto. O que se extrai do preceito é que, se uma conduta implica em crueldade aos animais, é vetada pela Constituição. Não é cabível reconhecer a crueldade e simultaneamente, em nome de algum interesse, concluir pela sua constitucionalidade. Portanto, sendo a vaquejada uma prática cruel, que acarreta sofrimento, dor, lesões e morte aos animais, mesmo que se alegue a cultura, o comércio e o trabalho como valores contrapostos, ela é, simplesmente, inconstitucional.

O que se seguiu ao julgado do Supremo foi uma espécie de *backlash* (POST, 2007; OLIVEIRA, 2011a). Impulsionado por grupos que exploram a prática da

³¹ Art. 225, § 1º, VII: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...) VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.”

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal Recurso Extraordinário nº 153.531-8-SC. Julgamento em 3 de junho de 1997. Esta decisão foi tomada pela segunda turma, com apenas um voto discordante (Ministro Maurício Corrêa).

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2.514-SC: julgamento em 29 de junho de 2005. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3.776-RN: julgamento em 14 de junho de 2007. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1.856-RJ: julgamento em 26 de maio de 2011. Sublinhe-se que todos os julgamentos foram por unanimidade.

³⁴ O comando tem desdobramento na legislação ordinária, por exemplo, no crime de maus-tratos, conforme a Lei nº 9.605/98, em seu art. 32.

vaquejada, a qual movimentava vultuosas somas financeiras, em *lobby* ostensivo, o Congresso Nacional aprovou primeiro uma lei e depois, de modo concatenado, uma emenda constitucional em reação contrária ao STF. A Lei nº 13.364/2016 qualificou a vaquejada, o rodeio e outras “expressões decorrentes” como “patrimônio cultural imaterial do Brasil”. Há um problema de devido processo legal aqui. É que, consoante preconiza o Decreto nº 3.551/2000, o patrimônio cultural imaterial brasileiro é enunciado por meio do “Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial”, que está a cargo do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN). O diploma normativo, ademais de criar o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial, disciplina minuciosamente o “processo do registro”: quatro livros de registro, iniciativa para a instauração do procedimento de registro, competência decisória do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural, instrução do processo, publicidade, manifestações de interessados e obrigações do IPHAN e do Ministério da Cultura após a inscrição registral.

O IPHAN endereçou ofício ao Senado no qual reafirma a sua atribuição exclusiva para a catalogação, mediante registro, dos *bens culturais de natureza imaterial* e se posiciona no sentido de não reconhecer como constitucional o projeto de lei que deu origem à Lei nº 13.364/2016.³⁵ Deveras, o registro, previsto no art. 216, § 1º, da CR, é o instrumento para a consignação do título de patrimônio cultural imaterial. É tarefa do IPHAN e não do legislativo exatamente pelo exame cuidadoso, criterioso, dialógico que deve informar o juízo, que não deve ficar refém de pressões ou barganhas políticas, mas também pelos resultados que decorrem da qualificação. É flagrante que a aludida lei é consequência de um encaminhamento apressado, feito na base do atropelo, pensado estrategicamente em resposta ao STF e que termina por esvaziar o instituto do registro e, neste passo, o próprio IPHAN.

Além deste ato legislativo ser inédito, a Lei nº 13.364/2016 gerou uma situação insólita, um paradoxo: uma prática declarada inconstitucional é, ao mesmo tempo, considerada patrimônio nacional imaterial (logo, tutelada pela Constituição). Isso nunca aconteceu na história. Uma atividade cruel aos animais pode ser elevada a bem cultural imaterial, motivo de orgulho, a ensejar o fomento da prática a bem da sua preservação? Evidentemente que não.

Na sequência, aprovou-se a Emenda Constitucional (EC) nº 96/2017, que acrescentou o § 7º ao art. 225 dispondo: “Para fins do disposto na parte final do inciso

³⁵ Ofício nº 852/2016-PRESI/IPHAN.

VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.” Veja-se a confusão causada!

Em primeiro lugar, segundo posicionamento do próprio IPHAN, apesar da lei, não houve registro da vaquejada (a própria lei não utiliza a palavra *registro*). Por conseguinte, não pode ser reputada patrimônio imaterial. Por outro lado, e este é o aspecto mais impressionante, a Emenda Constitucional padece de uma incoerência lógica. Ela dispõe que uma prática não é cruel desde que seja desportiva e qualificada como de “natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro”. Ora, um comportamento não deixa de ser cruel por ser considerado bem cultural imaterial. A crueldade é uma qualidade da conduta, uma característica intrínseca, não pode ser apagada pela concessão de um título. Não se pode artificialmente transformar uma prática que incorre em crueldade em algo que não é cruel. Ou a adjetivação é pertinente em função da ação em si ou não é. Mesmo que o IPHAN viesse a proceder o registro da vaquejada, uma vez que a prática é cruel, o ato seria inconstitucional. A EC nº 96 é inconstitucional e se encontra impugnada por duas ADIs.³⁶

O sentido da compreensão da inconstitucionalidade da vaquejada se baseia, fundamentalmente, na vulneração ao princípio da vedação de retrocesso socioambiental. A garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado, prevista constitucionalmente no *caput* do art. 225 da Constituição Federal traduz uma proteção ao meio ambiente e à dignidade existencial humana. O próprio dispositivo constitucional alude à inarredável essencialidade deste bem em relação à sadia qualidade de vida. Assim é que o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu tal fato no âmbito da ADI 3540-1/DF e da ADI 1856/RJ, onde afirmou textualmente que o acesso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado constitui um direito humano de terceira geração, inserindo-se, portanto, no núcleo temático das limitações materiais explícitas estabelecidas pelo art. 60, § 4º, da Constituição da República e inibindo o poder reformador legislativo.

³⁶ Uma ADI (nº 5772) foi proposta pelo Procurador Geral da República e a outra (ADI nº 5728) pelo Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal. Ambas aguardam julgamento. Enquanto o STF não aprecia os pedidos das ADIs, o Ministro Marco Aurélio julgou prejudicada ADI (nº 5713, ajuizada pela Procuradoria da República) que tinha por objeto lei da Paraíba que regulava a vaquejada, sob o argumento de que, com o advento da EC 96, a ADI perdeu o objeto.

A proteção conferido pelo constituinte originário em relação à vedação de submissão dos animais a crueldade deve ser compreendida como integrante do núcleo essencial de proteção à natureza e ao meio ambiente estabelecida pelo referido art. 225 da Constituição da República. A sua flexibilização para pior (inclusive com o aumento das hipóteses de exceção da incidência da vedação da crueldade para com animais em relação às discutidas no âmbito da ADI 4983/CE), fere o núcleo essencial dessa garantia, consubstanciando hipótese de violação material do direito fundamental sob exame e de consequente proteção deficiente.

Sem embargo de todo este imbróglio, o julgamento da ADI nº 4.983 é um marco histórico, podendo significar uma mudança paradigmática. Pela primeira vez na história do Supremo Tribunal Federal a Ética Animal ingressou no debate do tribunal. E tal se deu pelo voto do Ministro Luís Roberto Barroso. Barroso é o primeiro (e até agora o único) ministro do STF que trata da Ética Animal, cita Peter Singer, Tom Regan e Gary Francione, entre outros, referência o critério da senciência e o debate entre *bem-estarismo x direitos animais*. Não empreende uma tomada de posição, não se assume como adepto da tese de que animais são titulares de direitos ou que possuem interesses a serem levados com igual consideração, mas se mostra receptivo à argumentação da Ética Animal, reconhece a sua força de convencimento e é sugestivo sobre um futuro em que ela pode se expandir e, assim, operar uma enorme transformação.

Em trecho especialmente significativo: “Se os animais possuem algum interesse incontestável, esse interesse é o de não sofrer. Embora ainda não se reconheça a titularidade de direitos jurídicos aos animais, como seres sencientes, têm eles pelo menos o direito moral de não serem submetidos a crueldade.”³⁷

É verdadeiramente curioso e simbólico que, em nenhum dos julgamentos anteriores que versaram sobre a crueldade contra os animais, o STF tenha feito menção à Ética Animal. Isto pode ser explicado, em parte, pelo fato de que as justificativas dos pedidos de inconstitucionalidade não fizeram alusão à Ética Animal. Impressiona porque a vedação de crueldade contra os animais é comando autônomo, não está atrelado à proteção do meio ambiente, dos ecossistemas, não está associado à preservação das espécies, ao risco de extinção e nem à preocupação com as gerações humanas futuras. Galos ou cães em rinhas, bovinos sendo torturados, feridos e mortos na *farra do boi* e cavalos e bovinos sujeitados a sofrimento e morte na

³⁷ Voto do Ministro Luís Roberto Barroso, p. 55 do referido acórdão.

vaquejada em nada acarretam prejuízo ao meio ambiente, nenhuma espécie está, por causa disso, sendo ameaçada de extinção. A proibição da crueldade é preceito que se basta, que se exaure, protege os animais porque não se quer que a eles seja dispensado tratamento cruel, degradante, indigno, independentemente do ambiente e das espécies. O Ministro Barroso acerta também em ressaltar tal fato, tal inconsistência de fundamentação.

Digno de nota e louvor – e talvez até mesmo mais impactante – é a manifestação da Ministra Rosa Weber, que admite a dignidade para além dos seres humanos e afirma que a Constituição encampou a matriz biocêntrica. Aduz Rosa Weber: “A Constituição, no seu artigo 225, § 1º, VII, acompanha o nível de esclarecimento alcançado pela humanidade no sentido de superação da limitação antropocêntrica que coloca o homem no centro de tudo e todo o resto como instrumento a seu serviço, em prol do reconhecimento de que os animais possuem uma dignidade própria que deve ser respeitada.”³⁸ Esta assertiva é especialmente modelar e tem efeitos revolucionários. A postura tradicional e majoritária – na Filosofia, no Direito –, de esteio kantiano, não vê dignidade nos animais (não-humanos). A concatenação é: valor intrínseco = ser reconhecido como um fim em si = dignidade > sujeito de direitos. Como se sabe, esta foi a alegação histórica em prol dos direitos humanos. Afirmar que a Constituição acolhe a *dignidade animal* é afirmar que ela dá guarida a enxergar o valor em si (inerente) dos animais, o que abre as portas para a admissão dos direitos dos animais, abertura esta que, por sua vez, abala (ou melhor reforça) os alicerces do edifício jurídico construído até agora (OLIVEIRA, 2013).³⁹

Diga-se, ademais, como anotado por integrantes do STF, que, ao contrário do previsto pela EC nº 96, nenhuma lei pode garantir o bem-estar dos animais na vaquejada pelo simples motivo de que a crueldade é ínsita a esta prática. Se uma lei viesse a estabelecer uma regulação que afastasse a crueldade (maus-tratos, sofrimento, dor, lesão, morte), a prática já não poderia ser chamada de vaquejada.

Quiçá esteja em curso uma mutação do art. 225, § 1º, VII, da Carta Constitucional na direção de reconhecer, a partir da constatação de que a argumentação forte/vencedora que confere fundamento a direitos humanos encontra

³⁸ Voto da Ministra Rosa Weber, p. 73 do referido acórdão.

³⁹ É que as consequências são variadas e essenciais. Se animais têm direito à vida, é permitido, em condições usuais, matá-los para a alimentação ou para vestuário? Se animais possuem direito à liberdade, é possível mantê-los em gaiolas, jaulas, confinados em zoológicos? Se animais têm direito à vida, à liberdade e à integridade física, é viável prendê-los, causar danos físicos e psicológicos e matá-los em experimentos científicos?

paralelo nos direitos animais, que animais também possuem interesses e que tais interesses são juridicamente embasados e protegidos, isto é, que é devido reconhecer que animais são titulares de direitos (OLIVEIRA, 2015). Isto, pois, para além da tese segundo a qual os animais seriam, já de acordo com a legislação vigente, sujeitos de um único direito, qual seja, o direito de não serem submetidos a crueldade ou a maus-tratos.⁴⁰ Esta modificação de interpretação enfrenta tensões fáticas e normativas, inclusive no âmbito da própria Constituição, mas parece ser uma tendência, embora lenta apesar de urgente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão essencial em casos como o do exame da ADI n. 4983/CE não é equipararmos homens e animais para todos os fins, nem de tornar a vida dos animais mais relevante que a vida de seres humanos, mas, sim, de reconhecer que as mais variadas formas de opressão, tanto entre humanos, como entre humanos e animais, funcionam a partir dos mesmos mecanismos. Precisamos trazer os animais para a esfera de nossas preocupações morais e jurídicas e interromper práticas que tratam seus corpos e suas vidas como descartáveis para propósitos frívolos, que podem ser evitados.

Conforme se procurou demonstrar, o surgimento da tutela jurídica dos animais está atrelado ao reconhecimento destes como seres sensíveis, que possuem o mesmo aparato anatômico-fisiológico ligado às sensações primárias (dor e prazer) que nós, humanos, possuímos. Decorre desta analogia a necessidade de protegê-los contra atos cruéis e abusivos.

A proteção contra a crueldade decorre desta percepção de que a violação de corpos e mentes de seres vulneráveis ao sofrimento fragiliza não só as vítimas diretamente, mas a própria dignidade existencial humana. Por esta razão é que o comando constitucional, expresso no art. 225, § 1º, VII, traduz uma pré-compreensão axiológica do legislador constituinte no sentido de estabelecer uma clara limitação ao uso dos animais. Traduz um mandamento proibitivo expresso da crueldade e, a

⁴⁰ Passa-se, então, a entender, com razão, que a vítima do crime de maus-tratos é o próprio animal. Afinal é ele quem sente a dor, quem sofre, quem é lesionado. Nesta linha, na Argentina, Eugenio Zaffaroni. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La Pachamama y el humano. In: **La naturaleza con derechos: de la Filosofía a la Política**. Orgs. ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza. Quito: Abya-Yala, p. 25-139, 2011. No Brasil, v.g., STRECK, Lenio. Quem são esses cães e gatos eu nos olham nus? **Revista Consultor Jurídico**, Senso Incomum, 6 de junho de 2013. <http://www.conjur.com.br/2013-jun-06/senso-incomum-quem-sao-caes-gatos-olham-nus>.

despeito de crueldade consistir em um conceito jurídico indeterminado, o fato é que é uma regra e não um princípio constitucional.

Assim é que todas as formas de uso que importarem em causação de crueldade devem ser tidas como ilícitas, inconstitucionais, não importa sua motivação, se religiosa, artística, desportiva, econômica, entretenimento, ou qualquer outra. Não há tecnicamente ponderação a ser feita. A vedação constitucional traduz regra com mandamento definitivo no sentido de proteger os animais contra a crueldade. Não há, portanto, que se cogitar de sopesar a prática que faz uso cruel do animal com a liberdade de manifestação cultural. Esta última está previamente limitada pelos contornos normativos do comando restritivo protetivo.

Mesmo que assim não se entendesse, permitir que animais sejam aterrorizados, perseguidos, tracionados, derrubados e seriamente lesionados para o divertimento e geração de receita, seria algo flagrantemente desproporcional e não razoável, além de fragilizar o próprio mandado expresso de criminalização da conduta de maus tratos contra animais, resultado da combinação do art. 225, § 1º, VII, com o art. 225, § 3º, ambos da Constituição Federal, revelando uma proteção deficiente do bem jurídico digno de tutela penal e um retrocesso social e jurídico do ponto de vista da tutela dos animais contra atos abusivos e cruéis.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução por Ernesto Garzón Vades. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ÁVILA, Humberto B. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DARWIN, Charles. **A expressão das emoções no homem e nos animais**. São Paulo: Companhia Das Letras, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977.

KREBS, Angelika. **Ethics of nature**: perspectives in analytical philosophy. New York: Walter de Gruyter, 1999.

KRELL, Andreas Joachim; LIMA, Marcos Vinícius Cavalcante. A vedação constitucional de práticas cruéis contra animais e a correta interpretação das normas legais sobre

vivisseção pelas comissões de ética no uso de animais. **Revista Brasileira de Direito Animal**, v. 10, n. 19, 2015, p. 113-153.

LEITÃO, Geuza. **A voz dos sem voz, direito dos animais**. Fortaleza: INESP, 2002.

LOURENÇO, Daniel Braga. **Direito dos animais: fundamentação e novas perspectivas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

LOURENÇO, Daniel Braga; OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Em prol do Direito dos Animais: inventário, titularidade e categorias. In: **Juris Poiesis**, Revista do Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Estácio de Sá. Ano 12, nº 12, p. 113-157, 2009.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, v. 1, 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

NACONECY, Carlos M. **Ética & animais: um guia de argumentação filosófica**. 2ª edição. Porto Alegre: EDIPURS, 2014.

OLIVEIRA, Larissa Pinha de; OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Abrindo, lendo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, *backlash* e hermenêutica. In: **Juris Poiesis**, nº 14, p. 103-132, 2011a.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade**. 2.ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. Voltando à problemática da tipologia regras e princípios: primeiro ensaio. In: **Juris Poiesis**, Revista do Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Estácio de Sá. Ano 13, n. 13, p. 201-228, 2010.

_____. Direitos humanos e direitos não-humanos. In: **Direito Público e evolução social**. Coords. FLORES, Nilton César; KLEVENHUSEN, Renata Braga Klevenhusen. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 63-113, 2011.

_____. Bases de sustentação da Ecologia Profunda e a Ética Animal aplicada (o Caso Instituto Royal). In: **Direito, democracia e sustentabilidade**. Anuário do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade Meridional. Orgs. TRINDADE, André Karam; ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira; BOFF, Salete Oro. Passo Fundo: IMED, p. 35-64, 2013.

_____. Direito e Ética Animal: uma leitura a partir da categoria Romance em Cadeia, de Ronald Dworkin. In: **Direito, democracia e sustentabilidade**. Anuário do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade Meridional. Orgs. TRINDADE, André Karam; ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira; BOFF, Salete Oro. Passo Fundo: IMED, p. 163-188, 2015.

POST, Robert. Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, p. 373-433, 2007.

REGAN, Tom. **The case for animal rights**. Berkeley: University of California Press, 1983.

SAMPAIO, José Adércio Leite. O "esverdeamento" da Convenção Europeia de Direitos Humanos: vícios e virtudes. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 22, n. 3, 2017, p. 169-196.

SANTOS, Rafael Seixas; VARELLA, Marcelo Dias. Fundamento dos Direitos Humanos e sua invocação em decisões do STF e da CIDH. **Opinião Jurídica**, Fortaleza, CE, v. 14, n. 19, jul/dez 2016, p. 171-194.

SINGER, Peter. **Libertação animal**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

STEINMETZ, Wilson. "Farra do boi", fauna e manifestação cultural: uma colisão de princípios constitucionais? **Direito Fundamental**, n. 9, out/dez, 2009, p. 260-273.

STRECK, Lenio. Quem são esses cães e gatos eu nos olham nus? **Revista Consultor Jurídico**, Senso Incomum, 6 de junho de 2013. <http://www.conjur.com.br/2013-jun-06/senso-incomum-quem-sao-caes-gatos-olham-nus>

ZAFFARONI, Raúl. La Pachamama y el humano. *In*: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (Orgs.). **La naturaleza con derechos: de la Filosofía a la Política**. Quito: Abya-Yala, p. 25-138, 2011.

Recebido em 23/08/2018

Aprovado em 12/04/2019

Received 23/08/2018

Approved 12/04/2019