

Habeas Corpus impetrado em favor da chimpanzé Suíça na 9ª Vara Criminal de Salvador (BA)

Heron J. de Santana, Luciano R. Santana e outros

**EXCELENTÍSSIMO SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA
VARA CRIMINAL DA COMARCA DE SALVADOR - BA**

HERON JOSÉ DE SANTANA, brasileiro, casado, RG 12.22.763, SSP/BA, Promotor de Justiça do Meio Ambiente e Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia e da Universidade Católica de Salvador, residente na rua Prof. João Mendonça, nº 52, Ondina; **LUCIANO ROCHA SANTANA**, brasileiro, casado, RG 02.448.086 – 00, SSP/BA, Promotor de Justiça do Meio Ambiente, residente na rua Waldemar Falcão, nº 889, ap. 1901, Candeal; **ANTONIO FERREIRA LEAL FILHO**, brasileiro, casado, RG 2.859.801, Promotor de Justiça e Professor de Direito Constitucional das Faculdades de Direito da UCSal e Ruy Barbosa, residente na av. 7 de setembro, nº 2.592, ap. 801, Vitória; **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA TERRA VERDE VIVA**, com sede na rua Rodrigo Argolo, nº 196, Rio Vermelho, representada por sua presidente Ana Rita Tavares Teixeira; **UNIÃO DEFENSORA DOS ANIMAIS BICHO FELIZ**, com sede na rua da Grécia, nº 165, Ed. Serra da Raiz, sala 504, Comércio, CEP 40.010-070, representada por sua diretora Dra. Gislane Junqueira Brandão, **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA PROTETORA DOS ANIMAIS**, com sede na rua Marquês de Olinda, nº 160, Paripe, CEP 40.820-420, representada por sua presidente Dra. Edna Rita Teixeira, **GEORGE COHAMA D. A. ARCHANJO**, brasileiro, casado, Professor de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da UCSal, residente na rua Edith Gama Abreu,

nº 445, ap. 201, Itaigara, CEP 41.815-010; **SAMUEL SANTANA VIDA**, brasileiro, solteiro, Professor de Introdução ao Estudo do Direito das Faculdades de Direito da UFBA e da UCSal, residente na rua Manuel Galiza, nº 22 A, Piatã; **JOSÉ AMANDO SALES MASCARENHAS JÚNIOR**, brasileiro, solteiro, RG 08.575.267-31 SSP/BA, Presidente da Comissão de Constituição e Justiça da OAB/BA e professor de Direito Constitucional da Faculdade Jorge Amado, residente na rua Clarival Prado Valadares, nº 241, Ed. Rosa Branca, ap. 1001 – Caminhos das Árvores; **TAGORE TRAJANO DE ALMEIDA SILVA**, brasileiro, solteiro, RG 08.777.774 – 62 SSP/BA, estudante de Direito da UFBA, residente na av. Amaralina, nº 818, Ed. Marcelo, Ap. 102, Amaralina; **THIAGO PIRES OLIVEIRA**, brasileiro, solteiro, RG 09.504.459-08 SSP/BA, estudante de Direito da UFBA, residente na rua Rio Amazonas, nº 33, edf. Diná, apto. 202, Matatu de Brotas; **OTTO SILVEIRA DE JESUS**, brasileiro, solteiro, RG 07.738.977-80 SSP-BA, estudante de Direito da UCSal, residente na rua Dr. Boureau, 342, Ed. Matisse, ap. 302, Costa Azul; **ANA PAULA DIAS CARVALHAL BRITTO**, brasileira, solteira, RG 08.850.797-10 SSP/BA, estudante de Direito da UCSal, residente na praça Almeida Couto, nº 07, Ed. Engenheiro Adolpho Freire de Carvalho, ap. 601, Nazaré; **FERNANDA SENA CHAGAS DE OLIVEIRA**, brasileira, solteira, RG 09.717.867-55 SSP/BA, estudante de Direito da UFBA, residente na rua Pedro de Souza Pondé, nº 2526, ap. 802, Jardim Apipema; **ARIVALDO SANTOS DE SOUZA**, brasileiro, solteiro, estudante de Direito da UFBA, residente na rua Democrata s/n, Fazenda Grande; **SARA RIOS BARBOSA**, brasileira, solteira, RG 08884865-53 SSP/BA, estudante de Direito da UCSal, residente na Avenida Cardeal da Silva, nº 137, aptº 302, Federação; **DIMITRI GANZELEVITCH**, estrangeiro, RNE – W.678.397-B, presidente da Associação Cultural Viva Salvador, residente na rua Direita do Santo Antônio, nº 177; todos residentes na cidade de Salvador/BA; **ANA THAÍS KERNER DUMMOND**, brasileira, solteira, RG 08.603.936-90 SSP/BA, estudante de Direito da UCSal, residente na av. Praia de Copacabana, Quadra C-8, lote 13, Vilas do Atlântico, Lauro de Freitas-BA; com fulcro no art. 5º, LXVIII da Constituição da República Federativa do Brasil e art. 647 do Código de Processo Penal, vêm, perante Vossa Excelência, impetrar:

ORDEM DE HABEAS CORPUS

em favor de “**Suíça**”, chimpanzé (nome científico: *Pan troglodytes*), que se encontra aprisionada no Parque Zoobotânico Getúlio Vargas (Jardim Zoológico), situado na Av. Ademar de Barros, nesta Capital, contra ato ilegal e abusivo perpetrado pelo Diretor de Biodiversidade da Secretaria de Meio Ambiente e Recursos Hídricos - SEMARH, Sr. Thelmo Gavazza.

1. DOS FATOS

Conforme cópia anexa do Inquérito Civil nº 08/2005, instaurado pela 2ª Promotoria de Justiça do Meio Ambiente a paciente, integrante da espécie chimpanzé (Ordem: Primates; Sub-ordem: Antropoidea; Super-família: Hominoidea; Família: Hominidae, sub-família: Gorillinae, Espécie: Homo Troglodytes) se encontra aprisionada no Jardim Zoológico de Salvador, numa jaula com área total de 77,56 m² e altura de 4,0 metros no solário, e área de confinamento de 2,75 metros de altura, (fls.79), privada, portanto, de seu direito de locomoção.

Inicialmente, é importante ressaltar que os chimpanzés, assim como os humanos, são animais altamente emotivos e quando aprisionados passam a viver em constante situação de estresse, que geralmente os levam a disfunções do instinto sexual, automutilações e a viver em um mundo imaginário, semelhante a um autista.

Para Dra. Clea Lúcia Magalhães, médica veterinária, residente no santuário de Grandes Primatas do GAP, em Sorocaba-SP :

Eles são animais sociais e geneticamente programados para a vida em grupo. Necessitam de haverem contato com outros de sua espécie para desenvolverem seus instintos e seus potenciais hereditários, pois na natureza, convivem em grupos, que podem variar até mais de 100, possuindo relações bastante intensas e altamente emocionais. Comunicam-se, constantemente entre si, através de vocalizações, posturas corporais, expressões faciais e contato físico. Demonstram intenso interesse e curiosidade em relação uns aos outros, estando permanentemente atentos a quem está fazendo o quê, onde e com quem. A companhia dos outros chimpanzés parece constituir um elemento essencial para o sentimento de segurança individual, para a consolidação de relações, especialmente as de cunho afetivo através do contato corporal.¹

Segundo o Relatório de Vistoria nº 005/2005 - NUFAU/BA (fls. 78 a 80), a jaula em que Suíça se encontra aprisionada apresenta problemas sérios de infiltrações na estrutura física, o que estaria impossibilitando o acesso do animal à área de cambiamento direito, que possui tamanho maior e ainda o corredor destinado ao manejo do animal.

No relatório indicado, fez-se, ainda, a sugestão de colocação de troncos verticais para que o animal possa se exercitar, um dado que só intensifica a constatação da total impropriedade do enclausuramento deste indivíduo.

¹ MAGALHÃES, Clea Lúcia. “Chimpanzés Órfãos e com as Mães” In: Pedro Ynterian (Ed). *Nossos Irmãos Esquecidos*. São Paulo:Arujá: Terra Brasilis, 2004. p.124.

Na verdade, aquela estrutura física não possui a menor condição de abrigar um Chimpanzé, fato este que constitui um ato de crueldade, uma vez que esses animais não conseguem viver enclausurados e, em função das peculiaridades da espécie, eles podem perder de forma permanente a própria identidade.

Segundo Pedro Ynterian, microbiologista e empresário brasileiro, representante do Projeto Grandes Primatas (GAP) no Brasil e fundador do Santuário de Grandes Primatas:

Para nós, que conhecemos profundamente o quanto sofre um chimpanzé para viver em um lugar onde é observado, humilhado, controlado em seu horário, ao ir e vir, onde nem sequer tem um cobertor para as noites frias, temos que concluir que chimpanzés e, em geral, qualquer Grande Primata, não poderiam viver em zoológicos.²

2. DA ADMISSIBILIDADE DO WRIT:

O instituto do *Habeas Corpus* é, historicamente, a primeira garantia de direitos fundamentais, concedido, pela primeira vez, em 1215, pelo monarca inglês João Sem Terra, sendo que, somente em 1679, foi formalizado pelo *Habeas Corpus Act*.

No Brasil, um Alvará emitido por Dom Pedro I, em 23 de maio de 1821, já assegurava a liberdade de locomoção. Contudo, a denominação *Habeas Corpus* só foi utilizada pelo Código Criminal de 1830. Em 1891, no entanto, o *Habeas Corpus* foi alçado à categoria de garantia constitucional e, a partir de então, foi mantido pelas demais Constituições.

Atualmente, a Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, LXVIII, dispõe:

Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que **alguém** sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (grifo nosso).

Acontece que numa sociedade livre e comprometida com a garantia da liberdade e com a igualdade, as leis evoluem de acordo com a maneira que as pessoas pensam e se comportam e, quando as atitudes públicas mudam, a lei também muda, embora essa mudança costume ser lenta e vagarosa, pois as forças do conservadorismo são invariavelmente mais poderosas a curto prazo do que as forças reformistas.³

² YNTERIAN, Pedro. „Zoológicos no Brasil“ In: Pedro Ynterian (Ed). *Nossos Irmãos Esquecidos*. São Paulo: Arujá: Terra Brasilis, 2004. p.92

³ Clive Hollands. *Animal Rights in Political Area*.

Na verdade, toda idéia responde a um padrão de mudança no tecido moral da sociedade, e não há dúvida de que o lugar dos animais tem mudado da periferia para o centro do debate ético, e o próprio fato da expressão “direitos dos animais” ter se tornado comum ao vocabulário jurídico é um sintoma dessa mudança.⁴

Muitas pessoas admitem que os animais possuem um valor sentimental e que, embora não sejam iguais aos humanos, eles não devem receber o mesmo tipo de tratamento que as coisas inanimadas.

É preciso, porém, ter em conta que a própria idéia de igual dignidade moral entre os homens foi fruto de um longo processo de desenvolvimento histórico,⁵ que somente se consolidou com o advento da concepção da lei escrita como regra geral e uniforme, aplicável indistintamente a todos os membros de uma sociedade organizada.⁶ Ainda hoje, muitos povos desconhecem o conceito de ser humano como uma categoria geral, e acreditam que os membros de outras tribos pertencem a uma espécie distinta.⁷

Não obstante, apesar desses bloqueios ideológicos e psicológicos, muitos autores crêem que o Judiciário pode ser um poderoso agente no processo de mudança social, por não apenas ter o poder, mas o dever de agir, quando o Legislativo se recusa a fazê-lo, pois, na maior parte das vezes, ele é o único capaz de corrigir as injustiças sociais, quando os demais poderes estão comprometidos politicamente ou presos aos interesses dos grandes grupos econômicos.⁸

Na verdade, a hermenêutica jurídica tem acumulado uma série de experiências na criação de mecanismos de mudança e adaptação jurídica, desde juízos de equidade a interpretações analógicas, tornando possível a convivência de várias normas que, mesmo contraditórias, continuam válidas.⁹

Com efeito, muitas vezes há um desacordo entre antigas regras jurídicas e novas situações fáticas que ensejam lacunas de imprevisão ou supervenientes, e foi justamente isso que ocorreu quando o Supremo Tribunal Federal (STF), antes mesmo do advento da lei da correção monetária, autorizou a sua aplicação sobre o montante das indenizações decorrentes de ato ilícito.¹⁰

⁴ Idem. Ibidem. P.168.

⁵ RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade Humana e Moralidade Democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001. p. 9.

⁶ Fábio Konder Comparato. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo Saraiva, 2001, p.12.

⁷ Segundo Fábio Konder Comparato: “Mas foram necessários vinte e cinco séculos para que a primeira organização internacional a englobar a quase totalidade dos povos da Terra proclamasse, na abertura de uma Declaração Universal de Direitos Humanos, que ‘todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos’”. In: *Ob. Cit*, p.11-12.

⁸ PAYNE, Ruth. *Animal Welfare, Animal Rights, and the Path to Social Reform*, p.600.

⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito e Transformação Social: Ensaio Interdisciplinar das Mudanças no Direito*. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997. p.94-95.

¹⁰ Idem. Ibidem, p. 95.

Outras vezes, são os valores sociais que tornam uma norma obsoleta, a exemplo do art. 219, IV, do Código Civil de 1916, que facultava ao marido propor a anulação do casamento por erro de pessoa, quando ocorresse o defloramento da mulher e esse fato fosse por ele ignorado.¹¹

Uma máxima jurídica pouco difundida entre nós estabelece que “quando a razão da norma cessa, a regra também deve cessar”, pois nenhuma norma pode sobreviver mais tempo do que sua razão de ser.¹²

Segundo Kelch, a razão das normas pode deixar de existir quando ocorrerem mudanças na lei, nos fatos empíricos, na ciência ou, simplesmente, quando aumenta o nível de esclarecimento da sociedade.¹³

Outro importante fator de mudança jurídica são as antinomias, entre duas ou mais normas, cuja aplicação simultânea torna as decisões judiciais contraditórias e excludentes, seja nos casos de recepção de antigas normas que encontram fundamento de validade em uma nova ordem constitucional ou quando ocorrem inconstitucionalidades legais supervenientes.¹⁴

O próprio instituto do *Habeas Corpus* já passou por esse tipo de mudança, pois a Constituição de 1891 não fazia referência à liberdade de locomoção, quando então surgiu a “*doutrina brasileira do habeas corpus*”, que, a partir das posições de Rui Barbosa, passou a estendê-lo a todos os casos em que um direito estivesse ameaçado, manietado ou impossibilitado de seu exercício pela intervenção de um abuso de poder ou ilegalidade, no âmbito civil ou criminal.¹⁵

Com a Reforma Constitucional de 3 de setembro de 1926 restringiu o âmbito do remédio à liberdade de locomoção, até a criação do mandado de segurança pela Constituição de 1934, os juristas passaram a utilizar os interditos possessórios na defesa dos demais direitos fundamentais.¹⁶

¹¹ Constituição Federal de 1988. Art. 218, *caput* e 219, inciso VI do Código Civil de 1916.

¹² KELCH, Thomas G. “Toward a Non-property Status for Animals”. In: *New York University Environmental Law Journal*, nº 6. New York, 1998, p.549.

¹³ KELCH, Thomas G. “Toward a Non-property Status for Animals”. In: *New York University Environmental Law Journal*, nº 6. New York, 1998, p.549.

¹⁴ Idem. *Ibidem*, p.97.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar 2003, p.180. Segundo J M Othon Sidou “A teoria era simplíssima, autêntico ovo de Colombo, à mais singela observação do texto constitucional. Que garante o habeas corpus? A resposta universal é: a liberdade de locomoção. Qual o pressuposto objetivo, letra constitucional à vista do remédio heróico? A violência ou coação ilegal. E qual o seu pressuposto subjetivo? A ilegalidade ou o abuso de poder, ou seja, a afronta a qualquer princípio constitucionalmente consagrado. Desde pois que essa afronta se cometa em forma de privação da liberdade de locomoção, caso é de habeas corpus. In: J M Othon Sidou. *Habeas data, mandado de injunção, habeas corpus, mandado de segurança, ação popular*. Rio de Janeiro: Forense, pp. 126-127.

¹⁶ Idem. *Ibidem*, p. 181

Além disso, com o advento do Estado Social, o Poder Judiciário se tornou um “espaço de confronto e negociação de interesses”, de modo que os juízes se tornaram co-responsáveis pelas políticas públicas dos outros poderes.¹⁷

Assim como as idéias, a jurisprudência também muda e, até a abolição, os escravos ainda eram registrados nos cartórios como um bem semovente. Mas, quando a opinião pública fica de um lado, dificilmente o Judiciário se opõe a ela.

As mudanças na cultura jurídica, portanto, dizem respeito tanto ao nível de profissionalização dos operadores jurídicos (juizes, promotores, advogados, legisladores, *vg.*) quanto ao processo de sua formação, especialmente quanto ao tipo de enfoque filosófico predominante nas universidades.¹⁸

De fato, o conceito de direito subjetivo tem sido um importante instrumento teórico, pois ele permite ao indivíduo operacionalizar as situações jurídicas que restringem o seu comportamento, e isto lhe permite fazer valer uma posição de vantagem em face dos outros.

Kelsen, por exemplo, não considerava nenhum absurdo que os animais fossem considerados sujeitos de direito, pois para ele a relação jurídica não se dá entre o sujeito do dever e o sujeito de direito, mas entre o próprio dever jurídico e o direito reflexo que lhe corresponde. Para o mestre de Viena, o direito subjetivo nada mais é do que o reflexo de um dever jurídico, uma vez que a relação jurídica é uma relação entre normas, ou seja, entre uma norma que obriga o devedor e outra que faculta ao titular do direito exigí-lo.¹⁹

Muitas vezes, todavia, as leis não outorgam direitos de forma direta ao sujeito, simplesmente obrigando os demais a se omitirem de realizar determinada conduta, sob pena de uma sanção,²⁰ e seria mesmo incoerente admitir que um sujeito possua um dever sem que exista um direito que lhe seja reflexo.

O direito subjetivo (*facultas agendi*) é a faculdade, assegurada pela ordem jurídica, de exigir determinada conduta de alguém, que por lei ou por ato jurídico, está obrigado a cumpri-la. Ao direito subjetivo, entretanto, via de regra corresponde um

¹⁷ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p.73-74. Com efeito, se na Alemanha a experiência do regime nazista foi capaz de provocar a mudança ideológica até mesmo de autores positivistas como Gustav Radbruch, que a partir de então passou a admitir a existência de “injustiças legais” e “direitos supra-legais”, a experiência do regime ditatorial brasileiro não foi capaz de provocar uma ruptura semelhante, e ainda hoje a maioria dos nossos juristas ainda estão presos a antiga concepção formalista da interpretação jurídica, baseada na absoluta prevalência das formas e operações lógico-sistemáticas.

¹⁸ José Reinaldo Lima Lopes. *Op. Cit.*, p.108.

¹⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*;1987, p.180.

²⁰ Segundo Laurence Tribe a mesma situação ocorre com a Oitava Emenda que proíbe a imposição de castigos cruéis e com a Décima Terceira Emenda que proíbe a escravidão”. TRIBE, Laurence. “Ten Lessons our Constitutional Experience can Teach us About the Puzzle of Animal Rights: The Work of Steven M. Wise.” In: *Animal Law Review*. 2001. p.3.

dever, que se não for cumprido, faculta ao seu titular exigir do Estado-juiz a sua execução forçada ou uma reparação, embora excepcionalmente, o titular possa defender seu direito diretamente, como ocorre nos casos de estado de necessidade e legítima defesa.²¹

Alguns autores decompõem o direito subjetivo nos conceitos de *ilicitude*, que é a possibilidade jurídica de agir nos limites da lei para a satisfação dos próprios interesses; e da *pretensão*, que é o poder do titular do direito subjetivo de exigir, judicial ou extra-judicialmente, uma ação ou uma omissão de quem deve praticá-la ou abster-se.²²

Seja como for, o direito subjetivo implica sempre uma vantagem para o beneficiário, que tem a prerrogativa de exigir em juízo, por si próprio ou através de representação o cumprimento dos deveres que lhes são correlatos.

Para Tércio Sampaio Ferraz Jr., o direito subjetivo não é apenas o correlato de um dever, mas um conjunto de modalidades relacionais, de modo que o direito de propriedade, por exemplo, inclui tanto relações de direito, dever, liberdade e não-direito, como relações de poder, sujeição, imunidade e indiferença.²³

Desta forma, muitos poderão perguntar por que a utilização desse instrumento e não de outros disponíveis em nosso ordenamento jurídico. Responder-se-á afirmando que o *habeas corpus*, desde o seu aparecimento histórico é o writ adequado quando se trata de garantir a liberdade ambulatorial (*Freedom of Arrest*).

Com efeito, o próprio texto constitucional, em seu inciso LXIX, dispõe que o Mandado de Segurança será concedido para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*.

Destarte, o motivo fulcral desse writ não é evitar possível dano ao meio ambiente e proteger o interesse difuso da sociedade na preservação da fauna, o que poderia ser amparado pelo instrumento processual da ação civil pública, disciplinada pela Lei 7.347/85, mas possibilitar o exercício mais lídimo da expressão liberdade ambulatorial – o deslocamento livre de obstáculos a parcializar a sua locomoção.

2.1. EXTENSÃO DOS DIREITOS HUMANOS AOS GRANDES PRIMATAS

A partir de 1993, um grupo de cientistas começou a defender abertamente a extensão dos direitos humanos para os grandes primatas, dando início ao movimento denominado “Projeto Grandes Primatas” (*The Great Ape Project*), liderado pelos professores Peter Singer e Paola Cavalieri, e contando com o apoio de primatólogos como Jane Goodall, etólogos como Richard Dawkins e intelectuais como Edgar Morin.

²¹ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução à Ciência do Direito*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p.20.

²² GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio Janeiro: Forense, 1983. p. 94-95.

²³ Idem, *Ibidem*, p.160.

Este projeto parte do seguinte ponto de vista: humanos e primatas se dividiram em espécies diferentes há mais ou menos 5 ou 6 milhões de anos, com uma parte evoluindo para os atuais chimpanzés e bonobos e outra para os primatas bípedes eretos, dos quais descendem o *Homo Australopithecus*, o *Homo Ardipithecus* e o *Homo Paranthropus*.²⁴

Na verdade, o nosso ancestral comum com os chimpanzés e gorilas é muito mais recente do que o ancestral comum entre eles e os primatas Asiáticos (gibões e orangotangos), de modo que biologicamente não pode haver nenhuma categoria natural que inclua os chimpanzés, os gorilas, e exclua a espécie humana.²⁵

Em 1984, os biólogos Charles Sibley e Jon Ahlquist aplicaram o método da biologia molecular à taxonomia, realizando um estudo sobre o DNA dos humanos e chimpanzés, bonobos ou chimpanzés pigmeus, gorilas e orangotangos, duas espécies de gibões e sete espécies de macacos do Velho Mundo, chegando ao surpreendente resultado de que os homens e os grandes primatas são mais próximos entre si do que dos macacos.²⁶

Na verdade, o gorila se distanciou da nossa família um pouco antes de nos separarmos dos bonobos e chimpanzés, que são nossos parentes mais próximos, da mesma forma que é o homem, e não o gorila, o parente mais próximo dos chimpanzés. Segundo Jared Diamond, a taxonomia tradicional tem reforçado a equivocada visão antropocêntrica que estabelece uma dicotomia fundamental entre o poderoso homem isolado no alto e os humildes grandes primatas juntos ao abismo da bestialidade:²⁷

Agora, a futura taxonomia deverá ver as coisas da perspectiva dos chimpanzés: uma frágil dicotomia entre os ligeiramente superiores (os três chimpanzés, incluindo o chimpanzé humano) e os primatas ligeiramente inferiores (gorilas, orangotangos, gibões). A tradicional distinção entre grandes primatas (definida como chimpanzés, gorilas²⁸ e humanos distorce os fatos (**tradução nossa**).

²⁴ WISE, Steven. *Rattling the Cage; Toward Legal Rights for Animals*. Cambridge/Massachusetts: Perseus Books, 2000. p. 242.

²⁵ Segundo Richard Dawkins, juntamente com chimpanzés, gorilas e bonobos, o homem também é um primata africano. DAWKINS, Richard. "Gaps in the Mind.", in: CAVALIARI, Paola and SINGER, Peter (Ed). *The Great Ape Project.: Equality Beyond Humanity*, New York: St. Martin's Press, 1993. p. 82-83.

²⁶ SINGER, Peter. "Prefácio". In: Pedro Ynterian (Ed). *Nossos Irmãos Esquecidos*. São Paulo:Arújá: Terra Brasilis, 2004.

²⁷ SINGER, Peter. *Vida Ética*. trad. Alice Xavier. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p.111.

²⁸ Segundo Jared Diamond. a nossa distancia dos chimpanzés e bonobos (1,6 %) é aproximadamente o dobro da distância entre eles (0,7%), embora seja menor do que à distância que separa as duas espécies de gibões (2,2%). De acordo com evidências fósseis os macacos se separaram dos grandes primatas entre 25 a 30 milhões de anos atrás, dos quais diferem geneticamente quase 7,3%, enquanto os orangotangos se separaram dos chimpanzés e dos gorilas entre 12 e 16 milhões de anos atrás, dos quais diferem geneticamente em 3,6%. In: *The Third Chimpanzee*. p. 94-95.

Como a diferença genética é um relógio que reflete fielmente o tempo de separação das espécies, Silbley e Ahlquist estimam que os homens divergiram da linha evolucionária dos outros chimpanzés há aproximadamente 6 a 8 milhões de anos atrás, enquanto os gorilas se separaram dos chimpanzés por volta de 9 milhões de anos e os chimpanzés se separaram dos bonobos a apenas 3 milhões.²⁹

O gênero *Homo* teria surgido há 2.5 milhões de anos com o trio *Homo Habilis*, *Homo Ergaster* e o *Homo Rudolfensis*. O *Homo Erectus* há 1.8 milhões de anos, seguido pelo *Homo Sapiens* e pelo *Homo Heidelbergensis*, enquanto o *Homo Sapiens Sapiens* e o *Homo Neandertals* só vão surgir um milhão de anos depois.³⁰

Segundo Richard Dawkins, se nossa mãe segurar na mão de nossa avó e assim por diante, em menos de quinhentos quilômetros, encontraremos uma ancestral comum com os chimpanzés, e isto em termos evolutivos não é um tempo muito longo.³¹

Seja como for, à medida que o tamanho da estrutura cerebral aumenta, os membros do gênero *Homo* passam a desenvolver habilidades mais complexas, como a matemática e o uso de linguagens.³²

É com base neste argumento evolucionista que Singer e Cavalieri reclamam a concessão imediata de direitos fundamentais aos grandes primatas, tais como o direito à vida, à liberdade individual e à integridade física, pondo fim a toda sorte de aprisionamento em zoológicos, circos, fazendas ou laboratórios científicos, outorgando-lhes uma capacidade jurídica semelhante a que concedemos aos recém nascidos ou deficientes mentais.³³

A maioria dos cientistas ainda adota a taxonomia tradicional de Linneus, que leva em consideração a importância das diferenças entre as espécies, de modo que o homem integraria a família *Hominidae*, o gênero *Homo* e a espécie *Homo sapiens*, enquanto os antropóides, chimpanzés, por exemplo, pertenceriam à família *Pongidae*, ao gênero *Pan* e às espécies *Pan troglodytes* (chimpanzé comum) e *Pan paniscus* (bonobos).

Desde o fim do século XIX, com o surgimento da biologia como uma disciplina fundada na teoria da evolução, que o sistema de classificação tenta refletir a história evolutiva das espécies, embora de forma circular e subjetiva, primeiro decidindo mais ou menos os parentescos e depois procurando evidências anatômicas que comprovem aquelas presunções.

²⁹ Idem. Ibidem, p. 96.

³⁰ WISE, Steven. *Ob. cit.*, p. 242.

³¹ DAWKINS, Richard. DAWKINS, Richard. "Gaps in the Mind", In: CAVALIERI, Paola and SINGER, Peter (Ed). *The Great Ape Project.: Equality Beyond Humanity*, New York: St. Martin's Press, 1993. p. 85: "Na verdade, não somos simplesmente monos, somos monos africanos. A categoria "monos africanos" é uma categoria natural, desde que não se faça a exclusão dos humanos. A área sombreada não levou nenhuma "mordida" artificial.

³² Idem. Ibidem p. 242.

³³ FRIESS, Michel. *Le Projet Grand Singe*. p. 8.

Na segunda metade do século XX, surgiu um novo modelo taxonômico denominado cladístico, que passou a classificar os animais com base na similaridade anatômica, levando, ainda, em consideração a distância genética e o tempo de separação entre as espécies.

Diferentemente da taxonomia tradicional, no modelo cladístico as inferências sobre a história evolucionária vem antes da classificação e não depois, de modo que existem provas científicas suficientes para afirmar que o homem e os grandes primatas pertencem à mesma família (*hominidae*) e ao mesmo gênero (*Homo*).³⁴

Na verdade, além de características anatômicas fundamentais, como o peito liso, um particular caminho dos dentes molares, a ausência de rabo *v.g.* revelam que não faz muito tempo eles tiveram um ancestral comum com os homens.

O *Smithsonian Institute*, por exemplo, já adota essa nova taxonomia e, nas últimas edições da publicação *Mammals Species of the World*, os membros da família dos grandes macacos passaram a integrar a família dos homínídeos³⁵, antes integrada apenas pelo homem, de modo que os grandes primatas já são classificados como *Homo troglodytes* (chimpanzés), *Homo paniscus* (bonobos) e *Homo sapiens* (homens)³⁶ e *Homo gorilla* (gorilas)³⁷.

A questão principal é a seguinte: por qual razão nós concedemos personalidade jurídica até mesmo a universalidades de bens, como a massa falida, e nos recusamos a concedê-la a seres que compartilham até 99,4% da nossa carga genética?

Por que razão permitirmos que chimpanzés, bonobos, gorilas e orangotangos sejam aprisionados em circos e zoológicos e, ao mesmo tempo, asseguramos direitos fundamentais para seres humanos capazes de cometer os mais abomináveis crimes contra a própria humanidade?

2.2. OS CHIMPANZÉS COMO PESSOAS

Para Gary Francione, é preciso enfrentar a questão dos direitos dos animais não-humanos a partir da necessidade de se expandir o rol dos sujeitos de direito para além da espécie humana, outorgando-lhes personalidade jurídica. Para ele, se examinarmos

³⁴DUNBAR, R. I. M.. "What's in a Classification.", DAWKINS, Richard. Ob. cit, p.110.

³⁵CAPRA, Fritjof. *As Conexões Ocultas: Ciência para uma Vida Sustentável*. trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix. 2002. p. 69.

³⁶DIAMOND, Jared. "The Third Chimpanzee", In: Idem. Ibidem p.97.

³⁷BURGIERMAN, Denis Russo. "*Chimpanzés são Humanos*", In: Superinteressante, São Paulo: Abril, Julho de 2003, p.24. Outras pesquisas apontam um percentual menor, mas que ainda assim permitem a mesma conclusão. Para Peter Singer: "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. Ob. Cit., p.111.

a história do Direito, não é difícil perceber que nem todos os homens são (ou foram) considerados pessoas, assim como nem todas as pessoas são seres humanos.³⁸

A própria expressão “ser humano” costuma ser utilizada em sentidos que nem sempre se harmonizam e, se num primeiro momento, ela se refere ao conjunto dos integrantes da espécie *Homo sapiens*, outras vezes ela exige “indicadores de humanidade”, como a consciência de si, autocontrole, senso de passado e futuro, capacidade de se relacionar, se preocupar e se comunicar com os outros e curiosidade,³⁹ o que poderia excluir os portadores de deficiência mental ou intelectual grave e irreversível, como a idiotia, a imbecilidade, a oligofrenia grave *v.g.*

Em verdade, na palavra *pessoa* já se encontra a idéia de representação, pois o vocábulo latino *persona* designava a máscara que era usada pelos atores do teatro greco-romano para interpretar seus personagens.⁴⁰

Na Roma Antiga, por exemplo, *pessoa* era somente aquele indivíduo que reunia determinados atributos, como o nascimento com vida, forma humana, ou seja, viabilidade fetal e perfeição orgânica suficiente para continuar a viver; assim como o *status* de cidadão livre e capaz,⁴¹ uma vez que mulheres, crianças, escravos, estrangeiros e os próprios animais tinham o *status* jurídico de *res* (coisa).⁴²

Esse processo de identificação entre o conceito de pessoa e o de ser humano é fruto da tradição cristã, que pretendia com essa identificação desconstituir a distinção romana entre cidadãos e escravos.⁴³

Foi o Cristianismo que trouxe para o mundo romano a idéia de que os homens estavam destinados a uma vida após a morte do corpo, de modo que a vida humana passou a ser considerada sagrada, até mesmo a vida de um feto.⁴⁴

No Direito, porém, esse processo de humanização somente se consolidou a partir de autores como Francisco Juarez, Hugo Grócio, Cristian Wolf e outros,⁴⁵ como John Locke, que definia a pessoa como todo ser inteligente e pensante, dotado de razão, reflexão e capaz de considerar a si mesmo como uma mesma coisa pensante em diferentes tempos e lugares.⁴⁶

³⁸ FRANCIONE, Gary. “Personhood, Property and Legal Competence”. In: *The Great Ape Project*. Paola Cavalieri and Peter Singer ed) New York: St. Martin, p.252. Segundo Eduardo Rabenhorst “Sujeito de direito não é o homem entendido como ser biológico, mas qualquer ente susceptível de contrair direitos e obrigações.”, RABENHORST, Eduardo. *Humana e Moralidade Democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p.68.

³⁹ SINGER, Peter. *Ética Prática*. trad. Jefferson Luís Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 96.

⁴⁰ Eduardo Rabenhorst. *Op. cit.*, p.58.

⁴¹ Segundo José Cretella Júnior “pessoa é noção eminentemente jurídica, que não se confunde com homem.”. CRETELLA JR, José. *Curso de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

⁴² Idem. *Ibidem* p.252.

⁴³ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1990. p.148.

⁴⁴ SINGER, Peter. *Libertação Animal*. trad. Marly Winckler. Lugano. 2004. p.217.

⁴⁵ Eduardo Rabenhorst. *Op. cit.*, p.58.

⁴⁶ LOCKE, John. *An Essay Concerning Human Understanding*, London: George Routledge and Sons Limited. p. 246.

Para Kant, pessoa é todo ser racional e auto-consciente, capaz de agir de maneira distinta de um mero espectador, de tomar decisões e executá-las com a consciência de perseguir interesses próprios.⁴⁷

Segundo Robert Mitchel, embora os grandes primatas não sejam pessoas no sentido completo do termo, eles têm capacidades psicológicas que os fazem merecer a nossa proteção.⁴⁸

O grande constitucionalista norte-americano, Laurence Tribe, no entanto, considera que os argumentos que normalmente são utilizados para negar o reconhecimento dos direitos dos animais não-humanos não passam de mitos, já que há muito tempo o Direito desenvolveu a teoria da pessoa jurídica, permitindo que mesmo seres inanimados possam ser sujeitos de direito.⁴⁹

Durante muito tempo, autores com Brinz e Bekker refutaram a idéia de pessoa jurídica, sob o argumento de que somente a pessoa física podia ser sujeito de direito e consideravam desnecessária essa construção técnica, uma vez que o fenômeno podia muito bem ser explicado pela teoria dos direitos sem sujeito.⁵⁰

Bolze e Ihering, por exemplo, argumentavam que eram os próprios associados que, considerados em seu conjunto, constituíam o sujeito de direito, enquanto Planiol e Barthélémy afirmavam que a pessoa jurídica não passava de uma propriedade coletiva.⁵¹

Seja como for, a teoria da pessoa jurídica não é uma criação arbitrária do Estado, mas um fato real reconhecido pelo Direito, através do processo técnico da personificação.⁵² Para que um ente venha a ter personalidade é preciso apenas que incida sobre ele uma norma jurídica outorgando-lhe *status* jurídico.⁵³

⁴⁷ KANT, Emanuel. *Doutrina do Direito*. trad. Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993. p.37: “Uma pessoa é o sujeito cujas ações são suscetíveis de imputação. De onde se conclui que uma pessoa pode ser submetida tão-somente às leis que ela mesma se dá (seja a ela sozinha, seja a ela ao mesmo tempo que a outros).”

⁴⁸ MITCHEL, Robert W. “Humans, Nohumans and Personhood.” in: *The Great Ape Project*. Paola Cavalieri and Peter Singer(Ed) New York: St. Martins Press, 1994. p.245.

⁴⁹ Segundo Laurence Tribe: “Ampliar o círculo dos sujeitos de direito, ou mesmo ampliar a definição de pessoa, eu admito, é é amplamente uma questão de aculturação. Não é uma questão de quebrar alguma coisa, como uma conceitual barreira do som.” Cf. TRIBE, Laurence. “Ten Lessons our Constitutional Experience can Teach us About the Puzzle of Animal Rights: The Work of Steven M. Wise.” In: *Animal Law Review*. 2001. p.3.

⁵⁰ Idem. Ibidem, p.164.

⁵¹ Idem. Ibidem, p.164.

⁵² Idem Ibidem, p.165.

⁵³ Segundo Fernando Antonio Barbosa Maciel: “Tal necessidade emanou da indubitável adequação do direito aos fatos, do mundo jurídico normativo ao mundo fático sociológico, pois que, na vida real, existiam tais unificações de pessoas que não agem mais em nome de cada um de seus membros, mas sim, em nome próprio, desenvolvendo atividades, travando negócios com terceiros, que deveriam Ter suas relações regulamentadas e protegidas.” MACIEL, Fernando Antonio B. *Capacidade e Entes não Personificados*. 2001. p.42:

Tratando-se de uma ficção e não de uma realidade, a pessoa jurídica de direito privado pode ser titular de determinados direitos conferidos pela lei, tais como o direito ao devido processo legal, à igualdade, direito de ação, participação em contratos, aquisição de bens móveis e imóveis.⁵⁴

Atualmente, a partir dos recentes avanços na medicina e nas ciências biomédicas, têm surgido várias questões éticas acerca da personalidade, como a existência de seres humanos que não são considerados necessariamente como pessoas, a exemplo dos indivíduos acometidos de morte cerebral, mas ainda mantidos vivos através de aparelhos, do feto anencéfalo ou que tenha sido concebido em decorrência de estupro, pois, nesse caso, o Código Penal admite o seu abortamento.

De fato, até bem pouco tempo, um indivíduo era considerado morto apenas quando as atividades vitais do seu corpo cessavam, mas, com o desenvolvimento das técnicas de transplante de órgãos, as doações tiveram que ser viabilizadas pelo Direito, de modo que o antigo conceito de morte (biológica) foi abandonado em favor do conceito de morte cerebral, e isto não vai ficar sem conseqüências no mundo jurídico, que passa a distinguir entre vida biológica e a vida pessoal dos seres humanos.⁵⁵

Junto ao conceito de morte cerebral, conceito aceito até mesmo pela Igreja frente à questão da doação de órgãos, o direito teve de admitir três proposições: (1) que o conceito de pessoa é maior do que o conceito de vida vegetativa; (2) que a vida vegetativa, embora seja um valor, não possui direitos e (3) que o funcionamento de um órgão sensorio-motor como o cérebro é a condição necessária para que um ser vivo possa ser considerado pessoa.

Para Joseph Fletcher, a personalidade exige os seguintes atributos: inteligência mínima, auto-consciência, auto-controle, noção de tempo, passado e futuro, capacidade de se relacionar e de se preocupar com os outros, comunicabilidade, controle da existência, curiosidade, mudança e mutabilidade, equilíbrio entre racionalidade e sentimento, idiosincrasias e funcionamento neocortical.⁵⁶

Conforme diz Peter Singer:

Portanto, devemos rejeitar a doutrina que coloca as vidas dos membros da nossa espécie acima das vidas

⁵⁴ Segundo Rebecca J. Huss a Suprema Corte americana considerou que uma corporação tem o status jurídico de cidadã para as finalidades do devido processo legal e para a proteção igual, sob as garantias da Décima Quarta Emenda, podendo ainda processar e ser processada, celebrar contratos, comprar e vender e ser responsabilizada criminalmente e administrativamente. In: *Valuing Man's and Woman's Best Friend: The Moral and Legal Status of Companion Animals*. 2002. p.73.

⁵⁵ H. Tristram Engelhardt Jr: "Medicine and the Concept of Person". In: *What Is a Person?*. Michael F Goodman (Ed). New Jersey: Humana, 1988, p. 170. O autor afirma que "Desta forma Dr. Willard Gaylin tem argumentado que corpos vivos, mas com morte cerebral poderiam proporcionar uma excelente fonte de material para experimentação médica e educativa, recomendando o prolongamento da vida do morto cerebral".

⁵⁶ FLETCHER, J. "Humanness", in: *Humanhood: Essay in Biomedical Ethics*. Prometheus, New York, 1979. p. 12-16.

de membros de outras espécies. Alguns membros de outras espécies são pessoas; alguns membros da nossa espécie não são[...]⁵⁷.

Seja como for, já existem provas científicas suficientes para constatar que os grandes primatas, os golfinhos, as orcas, os elefantes e animais domésticos, como cachorros e porcos, são considerados atualmente pela ciência como seres inteligentes, capazes de raciocinar e de ter consciência de si⁵⁸.

O art. 2º do novo Código Civil, por exemplo, embora repita quase literalmente o art. 4º do Código Civil de 1916, substituiu a palavra *homem* por *pessoa* ao indicar o início da personalidade civil, demonstrando claramente que pessoa natural e ser humano são conceitos independentes, uma vez que existem seres humanos (anencéfalos, morto cerebral e feto decorrente de estupro) que não são vistos juridicamente como pessoas.

Em suma, se forem considerados os esclarecimentos trazidos por cientistas dos principais centros de pesquisa do mundo e a legislação vigente no país, ter-se-ia de admitir que os chimpanzés devem, através de uma interpretação extensiva, ser abarcados pelo conceito de pessoa natural, a fim de que lhes seja assegurado o direito fundamental de liberdade corporal.

2.3. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DA MUDANÇA

A Constituição Federal, em seu art. 225, § 1º, VII, impõe a todos o dever de respeitar a fauna, proibindo expressamente as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção das espécies ou submetam os animais à crueldade.

Ora, como toda norma constitucional tem eficácia, é muito difícil negar que os chimpanzés possuem ao menos uma posição mínima perante o Direito: o de não serem submetidos a tratamentos cruéis, a práticas que coloquem em risco a sua função ecológica ou ponham em risco a preservação de sua espécie.

Segundo Laerte Levai, essa norma constitucional desvinculou completamente o Direito brasileiro da perspectiva antropocêntrica a favor de uma ética biocêntrica⁵⁹, tornando materialmente inconstitucionais as leis ordinárias que regulam a exploração dos animais em circos, zoológicos e laboratórios.

⁵⁷ SINGER, Peter. *Ética Prática*. Trad. Jefferson Luis Camargo. 2. Ed. São Paulo: Martin Fontes, 1998, p.126-127.

⁵⁸ SINGER, Peter. "Prefácio". In: Ob. Cit., 2004.

⁵⁹ Segundo Laerte F. Levai Em 1928, Cesare Goretta, professor de Filosofia do Direito da Universidade de Ferrara, escreveu um artigo denominado *L'animale Quale Soggetto di Diritto* onde afirmava que os animais não devem ser considerados simplesmente propriedade humana, isto é, como simples objeto passível de apropriação, mas sujeitos de direito com capacidade jurídica *sui generis*. In: *Direito dos Animais*. p.128.

Para Robert Garner, porém, não tem sentido acreditar que a proibição de práticas cruéis sejam dirigidas apenas aos próprios homens, pois, na maioria dos países desenvolvidos, a legislação ambiental visa o benefício dos próprios animais, que são considerados um tipo especial de propriedade.⁶⁰

Muitos autores acreditam que não é necessário recorrer ao Direito natural para que os juízes profiram decisões políticas, pois a “carga ética” já se encontra presente nos princípios constitucionais que elevam a categoria de obrigação jurídica a realização aproximativa de ideais morais⁶¹.

De fato, com o fracasso político do positivismo⁶², uma nova hermenêutica jurídica, fundada no denominado constitucionalismo pós-positivista, aponta para um “direito de princípios”, capaz de atribuir aos valores um importante papel na interpretação constitucional,⁶³ o que, hoje em dia, já é visto como obrigatório.

Um dos maiores expoentes desta doutrina é Ronald Dworkin, que, a partir do contratualismo de Rawls e dos princípios do liberalismo individualista promoveu uma crítica rigorosa das escolas positivistas e utilitaristas, as quais acusa de excluir da teoria geral do Direito o argumento moral e filosófico.⁶⁴

Segundo Dworkin, ao defender a separação absoluta entre o Direito e a moral, o positivismo acabou por desprezar a distinção lógica entre normas, diretrizes e princípios, a partir de uma hermenêutica que submete as normas a uma lógica do tudo ou nada, posição esta que deve ser superada pelos operadores do Direito.

Hoje, sabemos que é impossível uma separação completa entre o Direito e a moral, já que se tratam de conceitos logicamente inseparáveis, assim como os conceitos de pai e filho, considerando-se que muitas leis afetam a moralidade pública, da mesma forma que a moralidade exerce uma forte influência nos processos de elaboração e aplicação do Direito.⁶⁵

É que o Direito não é um simples conjunto de normas, pois, ao seu lado, existem princípios e diretrizes políticas, que, independentemente da origem, se identificam pelo conteúdo e força argumentativa, de modo que a literalidade de uma norma

⁶⁰ Para Robert Garner “esse erro, de que a finalidade da legislação anti-crueldade está voltada para os seres humanos, nasce, aparentemente, da incorreta suposição de que sendo os animais considerados propriedade ele são equivalentes a objetos inanimados”. GARNER, Robert. *Animals, Politics and Morality*. Manchester: Manchester University .1993. p. 83.

⁶¹ KRELL, Andreas. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*. 2002, p. 82.

⁶² BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*. p.40.

⁶³ Para Luís Roberto Barroso esta nova hermenêutica é perfeitamente aplicável ao sistema jurídico brasileiro, uma vez que, ao contrário da maioria dos países, nós temos um controle difuso de constitucionalidade que permite a qualquer juiz exercer a jurisdição constitucional. Idem. Ibidem, p.40.

⁶⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.XIV.

⁶⁵ ROLLIN, Bernard. *Animal Rights and Human Morality*. 1992, p.109.

jurídica concreta pode ser desatendida pelo juiz se ela estiver em desacordo com algum princípio fundamental.⁶⁶

Como a lei não pode cobrir todas as hipóteses possíveis, freqüentemente os juízes precisam apelar para as noções morais normativas, que se encontram inseridas em princípios que não foram previstos pelo legislador, uma vez que o sistema jurídico contém um imenso jogo de valores que guiam, limitam e influenciam as decisões judiciais.⁶⁷

Seja como for, os direitos não são apenas aqueles que estão inseridos no ordenamento jurídico, pois, ao lado de direitos subjetivos, como o direito de propriedade, existem os direitos morais, como o direito à liberdade, e, no caso de conflito, nem sempre o direito subjetivo deve triunfar, pois os direitos morais podem ser tão fortes que imponham uma obrigação moral ao juiz de aceitá-los e de aplicá-los.⁶⁸

Uma argumentação jurídica que venha sendo desenvolvida lentamente pela doutrina e pela jurisprudência vai sempre depender de uma argumentação moral, pois os princípios morais desempenham um papel muito importante no processo de evolução do direito.⁶⁹

A todo direito subjetivo corresponde a faculdade de exigir de outrem uma prestação, e a toda prestação corresponde uma ação, que é a faculdade de pleitear a prestação jurisdicional do Estado.

A ação judicial, portanto, é um dos modos de exercício de direitos, e, via de regra, ela é facultativa, embora seja obrigatória quando se tratar de um direito outorgado em proveito de outras pessoas, como no caso dos incapazes.

O direito de ação, por sua vez, é a faculdade que tem o sujeito de direito de intervir diretamente na produção de uma decisão judicial para condenar o réu a cumprir um dever ou obrigação.⁷⁰

No entanto, somente o indivíduo que pode exigir seus direitos em juízo é considerado sujeito de direito, embora nas situações atípicas ele só possa fazê-lo através de substitutos processuais, uma vez que o acesso à justiça nada tem a ver com a relação jurídica, sendo o processo judicial completamente diferente da relação jurídica de direito material.⁷¹

⁶⁶ DWORKIN, Ronald. *Ob. Cit.* p. XIII

⁶⁷ ROLLIN, Bernard. *Animal Rights and Human Morality*, 1992. p. 115.

⁶⁸ Para DWORKIN: “[...] a teoria dominante é falha porque rejeita a idéia de que os indivíduos podem ter direitos contra o Estado, anteriores, aos direitos criados através de legislação explícita”. In: Idem. *Ibidem*, p. 199. p. XIII.

⁶⁹ Segundo DWORKIN: “[...] a teoria dominante é falha porque rejeita a idéia de que os indivíduos podem ter direitos contra o Estado, anteriores aos direitos criados através de legislação explícita” In: Idem. *Ibidem*. p.XIII..

⁷⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p.181.

⁷¹ KELSEN, Hans. Idem. *Ibidem*. p. 141-142. O artigo 75 do antigo Código Civil dispunha: “a todo direito corresponde uma ação que o assegura.”

Acontece que um dos principais obstáculos à extensão dos direitos humanos aos grandes primatas tem sido a recusa dos operadores jurídicos em considerá-los sujeitos de direito, capaz de fazer valer em juízo seu direito constitucional de não serem submetidos à crueldade.

Para Alf Ross, porém, essa idéia metafísica de que o direito subjetivo é uma entidade simples e indivisa que tem de existir num sujeito não passa de uma falácia que pode trazer conseqüências desastrosas para o tratamento de questões jurídicas práticas, especialmente, quando se depara com as denominadas *situações atípicas*, onde o sujeito do direito não coincide com o sujeito do processo.⁷²

Não obstante, para ingressar em juízo visando à condenação do réu ao cumprimento de seu dever ou à reparação do dano, o autor precisa preencher alguns pressupostos ou requisitos de constituição e desenvolvimento regular do processo, como a capacidade civil, a representação por advogado, a competência do juízo, a petição inicial não inepta, citação *v.g.*, cuja ausência impede a instauração da relação processual ou torna nulo o processo.

Quando as figuras do titular do direito e da faculdade de fazer valer esse direito coincidem, estamos diante de situações típicas, e, quando isto não ocorre, a situação é atípica, como nos casos em que o sujeito não pode exercer diretamente esses direitos, por não ter capacidade de fato ou de exercício.⁷³

É que a capacidade de ser sujeito de relações jurídicas difere da capacidade de exercer direitos, pois, muitas vezes, o titular de um direito não pode exercê-los diretamente, mas somente através de um representante legal, que assume os encargos em nome e com patrimônio do representado.

A capacidade de fato consiste no pleno exercício da personalidade, pois somente o indivíduo plenamente capaz pode praticar certos atos jurídicos, sem a necessidade da assistência ou representação⁷⁴.

Essa capacidade pode ser negocial ou delitual, a primeira produzindo efeitos jurídicos para si e para os outros com a celebração de negócios jurídicos, e a segunda se refere à possibilidade do indivíduo de ser responsabilizado criminalmente pelos seus atos.

Pelo exposto, percebe-se que, enquanto a capacidade de direito é a capacidade de ser sujeito de direito,⁷⁵ a capacidade de fato consiste no pleno exercício da

⁷² Segundo Alf Ross “o menor de idade é beneficiário (sujeito do interesse), o fideicomissário sujeito da administração (sujeito do processo e de alienação). A despeito disto, costuma-se considerar que o direito (right) pertence ao menor, isto é, ao beneficiário.” In: *Direito e Justiça*. trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000. p.213-214.

⁷³ Idem. Ibidem. p.209.

⁷⁴ Na legislação brasileira são absolutamente incapazes de exercer diretamente os atos da vida civil os menores de 16 anos, os deficientes mentais e aqueles que não puderem exprimir a sua vontade (art. 3º do CC), e relativamente incapazes os maiores de 16 e menores de 18 anos, os ébrios. Adictos, alguns tipos de deficientes mentais e os pródigos (art.4º do CC).

⁷⁵ Segundo o art. 2. do Código Civil: “Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil.”

personalidade e no potencial de agir dentro dos limites da lei, sem depender de outros para fazê-lo,⁷⁶ permitindo ao indivíduo (a) praticar atos-fatos jurídicos, (b) praticar atos jurídicos *stricto sensu*, (c) manifestar uma vontade capaz de ingressar no mundo do direito como um negócio jurídico (capacidade negocial) ou (d) praticar atos ilícitos em geral.⁷⁷

Para Laurence Tribe, as situações atípicas demonstram claramente que a objeção de que os animais não podem ser sujeitos de direitos, por não poderem ser submetidos a deveres, é inconsistente, uma vez que isto já ocorre com os nascituros, as crianças e os deficientes mentais.⁷⁸

Em 1972, por exemplo, a Suprema Corte dos EUA julgou o famoso caso *Sierra Club v. Morton*, que pode ser resumido da forma seguinte: a Associação Sierra Club ingressou com uma ação contra a US Forest Service, pedindo a anulação da licença administrativa que autorizava a construção de uma estação de desportos de inverno no *Mineral King Valley*, um vale da Sierra Californiana bastante conhecido por abrigar várias espécies de sequóias.⁷⁹

Como o Tribunal de Apelação da Califórnia havia indeferido o pedido, por considerar que nenhum membro da associação havia sofrido qualquer prejuízo, Christopher Stone escreveu um ensaio seminal denominado *Should Trees have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects*, que foi anexado ao processo quando este já se encontrava próximo de ser julgado pela Suprema Corte.⁸⁰

Nesse artigo, Stone apresenta o argumento da continuidade histórica, onde afirma que o Direito tem ampliado cada vez mais sua esfera de proteção: das crianças às mulheres, dos escravos aos negros, até as sociedades comerciais, associações e coletividades públicas, não havendo porque recusar a titularidade de direitos para os animais e plantas, ali representados pela Associação Sierra Club⁸¹.

Contrariando todas as expectativas, três dos sete juízes da Suprema Corte americana se declararam favoráveis aos argumentos apresentados por Stone, e, embora a tese tenha sido derrotada, o voto do juiz Marshall se tornou antológico, ao afirmar que, da mesma forma que nos EUA um navio ou uma corporação podem ser titulares de direitos, nada impede que a natureza também o seja.⁸²

⁷⁶ MACIEL, Fernando Antonio B. *Capacidade e Entes não Personificados*. 2001. p.49

⁷⁷ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Civil*, p.211.

⁷⁸ Laurence H. Tribe. *Ob. Cit.*, p.3.

⁷⁹ OST, François. *A Natureza à Margem da Lei*. 1995, p.199. No direito processual civil norte-americano o direito de ação exige que o autor demonstre (1) a existência de um dano efetivo; líquido e certo, atual ou iminente; (2) o nexo de causalidade entre esse dano e a conduta em questão; e (3) que dano alegado pode ser reparado ou compensado por remédio judicial adotado. Cf. Thomas G Kelch. "Toward a Non-property Status for Animals", in: *New York University Environmental Law Journal*, 1998, p.535.

⁸⁰ Idem. *Ibidem*, p.199.

⁸¹ STONE, Christopher. *Should Trees have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects*, p. 3-9.

⁸² OST, François. *Ob. Cit.*, p.202.

3. DO PEDIDO

Ex positis, espera a paciente que, num gesto de estrita JUSTIÇA, considerando-se a Lei e o Direito, o insigne magistrado, conhecendo do pedido, defira **LIMINARMENTE** o presente *mandamus*, uma vez que encontram-se presentes os pressupostos do *fumus boni iuris* (elementos da impetração que indicam a existência da ilegalidade no constrangimento) e *periculum in mora* (probabilidade de dano irreparável).

Ultimando, constitui o presente *writ*, único instrumento possível para, ultrapassando o sentido literal de pessoa natural, alcançar também os homenídeos, e, com base no conceito de segurança jurídica (ambiental), conceder ordem de *habeas corpus* em favor da chimpanzé “Suiça”, determinando a sua transferência para o Santuário dos Grandes Primatas do GAP, que, inclusive, já disponibilizou o transporte para a execução da devida transferência (fls.124).

Nesse Santuário, “Suiça” poderá conviver com um grupo de 35 membros de sua espécie, num local amplo e aberto, ter uma vida social condizente com sua espécie, inclusive constituindo família e procriando, e, de uma forma ou de outra, garantindo a sobrevivência de uma espécie que possui antepassados comuns com a nossa.

Pedem deferimento, esperando JUSTIÇA!

Cidade de Salvador – Bahia, 19 de setembro de 2005

HERON JOSÉ DE SANTANA
LUCIANO ROCHA SANTANA
ANTONIO FERREIRA LEAL FILHO
ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA TERRA VERDE VIVA
ASSOCIAÇÃO BICHO FELIZ
ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DEFESA DOS ANIMAIS
GEORGE COHAMA D. A. ARCHANJO
SAMUEL SANTANA VIDA
JOSÉ AMANDO SALES MASCARENHAS JÚNIOR
TAGORE TRAJANO DE ALMEIDA SILVA
THIAGO PIRES OLIVEIRA
ANA PAULA DIAS CARVALHAL BRITTO
ANA THAÍS KERNER DUMMOND
FERNANDA SENA CHAGAS DE OLIVEIRA
ARIVALDO SANTOS DE SOUZA
SARA RIOS BARBOSA
OTTO SILVEIRA DE JESUS