

A Plataforma do “mínimo realizável” e as “linhas” de Wise

Daniel Braga Lourenço¹

“Se humanos titularizam direitos fundamentais, por que não animais? Consideramos que direitos não constituem exclusividade dos seres humanos, devendo ser estendidos para além da fronteira da humanidade, logrando, com isso, destruir o falacioso abismo legal existente entre humanos, de um lado, e não humanos, de outro. Da mesma forma com que a lei protege determinadas espécies da extinção, nega, aos mesmos animais, de maneira geral, o acesso aos direitos mais básicos, um anacronismo que deve ser urgentemente solucionado.

N.R. Nair v. Union Of India (KERALA HIGH COURT OF INDIA, 6 de junho de 2000)²..

¹ DANIEL BRAGA LOURENÇO é advogado no Rio de Janeiro e professor convidado do curso de pós-graduação em “Direito do Estado” da *Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ*. Mestre em “Direito, Estado e Cidadania” pela *Universidade Gama Filho- UGF/RJ* e pós-graduado em Direito Ambiental e em Direito Econômico e Empresarial pela *Fundação Getúlio Vargas – FGV/RJ*. É advogado membro do *Animal Legal Defense Fund – ALDF*.

² WISE, Steven M. *Drawing the Line*. Cambridge: Perseus Books, 2002. p. 1, tradução nossa.

“Escravo é ‘aquele que, privado da liberdade, está submetido à vontade absoluta de um senhor, a quem pertence como propriedade’”.³

O advogado STEVEN M. WISE leciona “Animal Rights Law” na Universidade de *Harvard, Vermont, John Marshall* e no programa de pós-graduação de “Animais e Políticas Públicas” na *Tufts University School of Veterinary Medicine*. Foi também um dos mentores do aclamado “Animal Legal Defense Fund – ALDF” e atualmente ocupa a presidência do “Center for the Expansion of Fundamental Rights”, órgão que ajudou a fundar em 1995. É autor de diversas obras que abordam a questão dos direitos dos animais, entre as quais podem ser citadas: *Rattling The Cage: Toward Legal Rights for Animals* (Cambridge: Perseus Books, 2000) e *Drawing the Line: Science and the Case for Animal Rights* (Cambridge: Perseus Books, 2002)⁴.

Será que os animais seriam realmente nossos escravos, escravos por natureza de acordo com a concepção aristotélica⁵? O professor WISE,

³ DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA, Rio de Janeiro: Objetiva, 2003. p. 1210.

⁴ É também autor de “*Though Heavens May Fall*” (Cambridge: Perseus Books, 2005), obra que trata do julgamento de JAMES SOMERSET, em 1772, tido como um marco na abolição da escravidão.

⁵ ARISTÓTELES (384-322 a.C.) é talvez a principal fonte da idéia de que existiria uma hierarquia natural entre os objetos inanimados, os seres vivos e os seres humanos, fenômeno que WISE denomina de “antropocentrismo teleológico”. O teleológico deriva do fato de que, para essa corrente filosófica, tudo na natureza possui um propósito específico, pré-determinado. Já o antropocentrismo significa assumir que o mundo, da mesma forma que tudo que nele habita foi criado para uso e benefício exclusivo do homem. Para ARISTÓTELES, conforme verificado, mesmo entre os próprios seres humanos haveria uma hierarquia de precedência a ser observada. Os homens eram, por essência, superiores às mulheres, assim como os escravos deveriam viver para satisfazerem os seus senhores (noção de “escravo por natureza”). Nessa ordem de idéias as vidas de cada categoria de pessoas comportavam a seguinte subdivisão: “*Pode-se dizer, com efeito, que existem três tipos principais de vida: a vida que acabamos de mencionar (vida sensorial), a vida política e a vida contemplativa. A grande maioria dos homens se assemelha a escravos, preferindo uma vida comparável à dos animais, contudo encontram certa justificação para pensar assim no fato de muitas pessoas altamente colocadas compartilharem os gostos de Sardanaapalo*” (ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, São Paulo: Martin Claret, 2004. p.20-1, Livro 1, 1094a).

utilizando-se da expressão originalmente cunhada por LOVEJOY⁶, denomina de “*The Great Chain of Being*” (“*A Cadeia Evolucionária da Vida*” ou “*A Grande Cadeia do Ser*”) a concepção segundo a qual se prescreve um universo estático no qual cada forma ocupa um espaço e um lugar apropriado, necessário e permanente, que fora designado previamente para ela dentro de uma hierarquia naturalística. STEPHEN JAY GOULD (1941-2002), eminente paleontologista de Harvard, afirma que a noção da “*Great Chain of Being*” é, em realidade, uma idéia “explicitamente e veementemente antievolucionária” que não deixa espaço para mudanças significativas ou alterações de “nível/degrau”⁷. De fato, percebe-se que essa noção denota o sentido de tempo sucessivo, linear, contínuo, não-homogêneo, progressivo e irreversível. Nas palavras do próprio LOVEJOY, constitui ela “uma das seis pressuposições mais vigorosas e persistentes do pensamento ocidental. Até um século atrás era, provavelmente, a concepção predominante do esquema geral das coisas, da própria essência da constituição do universo e de seus elementos”⁸.

Segundo esse pensamento, a matéria inanimada (pedras, terra, água, etc.) estaria no primeiro degrau enquanto as plantas se colocariam em seguida, em um patamar acima, por terem vida. Só então viriam os animais que, além da vida, possuiriam os sentidos fundamentais. No ápice desta cadeia evolutiva estariam os seres humanos, “abençoados” com a racionalidade. Nessa pirâmide existencial, acima do homem só haveria Deus, como entidade onipotente, que seria a encarnação da razão pura.

Além desse obstáculo histórico/filosófico, WISE enumera ainda outras questões dele derivadas de ordem econômica, política, religiosa, psicológica e legal, todas dificultadoras do fim da escravidão animal. No que se refere ao problema legal, esclarece que o sistema do Direito

⁶ A doutrina que “encadeia” os seres vivos dos mais complexos aos mais elementares foi estudada por ARTHUR LOVEJOY na década de 30, tendo sido alvo de um trabalho clássico denominado *The Great Chain of Being*, fruto de uma série de palestras proferidas pelo autor na *Universidade de Harvard*. Para LOVEJOY, tal teoria consiste em “um dos mais curiosos monumentos da imbecilidade humana” (LOVEJOY, Arthur. *The Great Chain of Being*. Cambridge: Mass, 1936; edição em português pela Editora Palíndromo, 2005).

⁷ GOULD, Stephen Jay. *O Sorriso do Flamingo*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 261.

⁸ LOVEJOY, op. cit., p. 242.

incorporou a falaciosa barreira que separa humanos e não-humanos, atribuindo aos primeiros a qualidade de sujeitos de direito e, aos últimos, a de meros objetos de direito. Na opinião do autor, a personalidade jurídica seria o escudo que protege os seres humanos da interferência indevida de terceiros sobre o seu patrimônio jurídico (vida, integridade física e psíquica, etc.). Legalmente falando, pessoas contam, titularizam direitos subjetivos e são protegidas *per se*, coisas não.

Mas o que seriam “direitos”? Segundo relata WISE, POTTER STEWART, ministro da Suprema Corte Norte-Americana, afirmou, quando tratava de um caso envolvendo a liberdade de expressão e pornografia, que temos um senso intuitivo do que sejam “direitos”, do mesmo modo que sabemos que algo tem conteúdo pornográfico, ainda que não possamos definir precisamente o que venha a ser a pornografia. WESLEY HOHFELD, professor de Direito de *Yale*, buscando aprimorar a noção de STEWART, procurou encontrar um denominador comum mínimo apto a caracterizar a realidade dos direitos. Nesta linha, argumentava que os “legal rights” consistiam em uma vantagem de posição reconhecida por normas legais⁹. Assim sendo, uma pessoa somente possui uma “vantagem” porque outra possui uma “desvantagem” que lhe é correlata. SAMUEL PUFENDORF (1632-92), nessa linha, trazia o ilustrativo exemplo de que, antes de Eva ser criada, Adão não poderia ter direitos, porque nenhuma outra pessoa habitava o *Jardim do Éden*.

HOHFELD, com base nestes parâmetros, estabeleceu quatro modalidades ativas dos denominados “legal rights”, tomados na acepção de direitos subjetivos: (1) liberdades ou privilégios (“*liberties*”): todos os indivíduos possuem uma infinidade de liberdades de fazer aquilo que bem desejam, mas o valor prático dessas liberdades é limitado, pois nem sempre há o correlato dever por parte da coletividade de a elas respeitar¹⁰; (2) “*claims*”¹¹: configura o direito de exigir algo,

⁹ HOHFELD, Wesley Newcomb. “Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”. Yale University Press, 1919.

¹⁰ O professor de Oxford H. L. A. HART bem descreve a relação entre a liberdade e um “não-direito” com o exemplo da liberdade que um vizinho tem de olhar para outro por cima da cerca do jardim de sua casa, o que não corresponde ao dever do lindeiro de se deixar ser visto ou de não interferir aumentando a altura de seu lado da cerca para impedir a invasão de sua privacidade.

correspondendo passivamente ao “dever” de ação ou de abstenção/ omissão. Uma afirmação sobre um direito subjetivo exige o correspondente dever de respeito para que possa validamente existir. É discutível se seria cabível se exigir que o proponente possua capacidade efetiva de entendimento para que possa reclamá-la ou não. Para não entrar em maiores debates quanto a esse ponto, WISE faz uma concessão ao partir do pressuposto de que animais não possam validamente, de maneira autônoma, postular uma “*claim*” em face de terceiros; (3) poder (“*powers*”): uma pessoa pode se utilizar de um “poder” para afetar os direitos de outrem. O poder de acesso ao Judiciário na modalidade de “poder de litigar ou demandar” (capacidade de ser parte) é comumente citado como um dos principais “poderes”. WISE, coerentemente, mantém a mesma posição anterior no sentido de que animais não sejam titulares de “poderes”, embora entenda bastante discutível o ponto em questão^{12,13}; (4) imunidades (“*immunities*”): elas impedem legalmente

¹¹ “Claim. To demand as one’s own or as one’s right; [...]” (BLACK’S LAW DICTIONARY. West Publishing, 1979. p. 224).

¹² Há estudos e trabalhos respeitáveis tratando da questão do *standing* para não-humanos. Um dos pioneiros foi o ensaio desenvolvido em 1972 por CHRISTOPHER D. STONE, professor de direito da Universidade da Carolina do Sul, intitulado “Should Trees Have Standing?” (New York: Oceana Publications, 1996). O trabalho de STONE foi publicado quando ainda estava pendente de julgamento pela Suprema Corte dos EUA a demanda *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 727 (1972), na qual se discutia a legalidade da construção de um *resort* pela *Walt Disney Enterprises Inc.* em área de floresta nativa das montanhas de *Sierra Nevada* (Califórnia). A doutrina do *standing* para não-humanos é também defendida por juristas de renome como LAURENCE TRIBE (“Ten Lessons our Constitutional Experience can Teach us About the Puzzle of Animal Rights: The Work of Steven M. Wise”, *Animal Law*. n. 7, 2001), CASS SUNSTEIN (“The Rights Of Animals”, *University of Chicago Law Review* n. 387, 2003 e em “Can Animals Sue”. SUNSTEIN, Cass; NUSSBAUM, Martha C. *Animal Rights: Current Debates and New Directions*. Oxford: Oxford University Press, 2004), JOEL FEINBERG (“The Rights of Animals and Future Generations”. In BLACSTONE, William. *Philosophy and Environmental Crisis*. Athens, Georgia: University of Georgia Press, 1974), STEVEN M. WISE (*Rattling The Cage*, op.cit.), ADAM KOLBER (“Standing Upright: The Moral and Legal Standing of Human and Other Apes”, *Stanford Law Review* n. 173, 2001), entre outros.

¹³ As experiências judiciais envolvendo o *standing* para não-humanos são bastante ricas nos EUA. O professor WISE, em seu curso em Harvard, cita alguns exemplos nesse

outra pessoa de interferir indevidamente no seu conjunto de interesses individuais. As imunidades mais comuns na *common law* correspondem a não ser escravizado e a não sofrer tortura (uma pessoa seria imune à escravidão e à tortura). Neste sentido, entende que não há como se exigir que alguém seja suficientemente capaz para que lhe sejam concedidas determinadas imunidades.

É, portanto, com relação às imunidades que o autor desenvolve seu raciocínio para extensão de direitos aos animais. Segundo WISE, se imaginarmos que o sistema legal seja representado graficamente por um círculo (“*round hole*”), onde animais são atualmente tratados como coisas sem quaisquer direitos; e a situação de animais como portadores de direitos, por um quadrado (“*square peg*”) fora do círculo, para conjugar a situação de animais atingindo efetivamente os direitos no âmbito legal, teríamos de enquadrar o círculo, ou circular o quadrado. Para ele a melhor opção, ao menos diante das possibilidades que oferece a *Common Law*, seria a de circular o quadrado (“*peg-rounding*”), num movimento de alargamento dos direitos para além daqueles tradicionalmente reconhecidos. Segundo o autor, essa teria sido a

sentido tais como: *Northern Spotted Owl v. Hodel*, 716 F. Supp. 479 (WD Wash, 1988); *Northern Spotted Owl v. Lujan*, 758 F. Supp. 621 (WD Wash, 1991); *Mt. Graham Red Squirrel v. Yeutter*, 930 F. 2d 703 (9th Cir. 1991); *Palila v. Hawaii Dep. of Land and Natural Resources*, 836 F. Supp. 45 (D Mass. 1993). No Brasil já se tentou usar o instrumento do *Habeas Corpus* para salvaguardar a liberdade de locomoção de animais (cf. RHC n.º 50.343, julgado pelo *Supremo Tribunal Federal* em 3 de outubro de 1972, do qual foi relator o Ministro DJACI FALCÃO). A impetração foi negada com base no simplório argumento que animais seriam objeto e não sujeitos de direito. Mais recentemente, no ano de 2005, o *Ministério Público do Estado da Bahia*, por meio de seus ilustres Promotores de Justiça, Dr. HERON JOSÉ DE SANTANA e Dr. LUCIANO ROCHA SANTANA, em conjunto com diversos professores de direito, organizações não-governamentais ambientalistas e um grupo de estudantes de direito, impetraram o corajoso *Habeas Corpus* n.º 833085-3/2005 (com pedido de liminar), em favor de “Suíça”, uma chimpanzé que se encontrava aprisionada no Parque Zoobotânico Getúlio Vargas. Apesar do indeferimento da liminar, o processo teve curso com pedido de informações à autoridade coatora e, infelizmente, antes que se pudesse chegar ao histórico julgamento do mérito, “Suíça” faleceu. No entanto, o só fato de ter sido a medida judicial admitida torna essa demanda um autêntico *leading-case* na matéria, revestindo-se de importância singular.

estratégia utilizada, em *Brown v. Board of Education*¹⁴ pelo famoso advogado dos direitos civis THURGOOD MARSHALL.

Observa ainda que há uma nítida divisão entre as decisões judiciais que prestigiam o formalismo em detrimento de outros valores e aquelas que buscam nos princípios sua linha de justificação e legitimação. Os juízes que se apegam ao “formalismo” (“*precedent judges*”) baseiam suas decisões inflexível e exclusivamente no passado por meio dos precedentes, entendendo que a previsibilidade, a estabilidade e a certeza dos julgamentos deve, em todos os casos, nortear a aplicação das normas legais em abstrato. O jurista exemplifica com um caso ocorrido nos EUA em junho de 2001, quando um policial, ilegalmente, atirou e matou um cão diante de seus proprietários¹⁵. Um juiz da *Suprema Corte de Wisconsin* sustentou que a lei veda que um proprietário obtenha indenização por danos morais (“*emotional distress damages*”) em casos como este, pois um cão representa tão-somente uma propriedade, “tal como ressaltam os precedentes”. Em sentido contrário, leciona WISE, estão os juízes “substantivos” (“*substantive judges*”) que rejeitam o passado como paradigma absoluto. A visão legal destes últimos preocupa-se com a dinamicidade dos valores sociais, tais como a moralidade, a justiça e o avanço científico. Os princípios e as políticas vivem e morrem e, essa contingência há de ser levada em consideração para que não se tenham como absolutamente imutáveis os precedentes:

Decisões passadas, ou precedentes, não delimitam normas específicas, mas princípios gerais, e os juízes não necessitam ater-se aos modos particulares pelos quais os seus pares anteriores se pautaram. Se um princípio de justiça demandar que uma determinada norma deva ser alterada, os juízes devem usar estes princípios para reconstruir a lei, até mesmo em um sentido que possa destoar completamente em relação ao passado¹⁶.

¹⁴ *Brown v. Bd. of Education of Topeka*, 347 US 483 (1954).

¹⁵ *Rabideau v. City of Racine*, 238 Wis. 2d 96, 617 N.W. 2d 678 (2001).

¹⁶ WISE, *Drawing The Line*, op. cit., p. 28, tradução nossa.

WISE discorre sobre os fundamentos dos princípios da liberdade e da igualdade, detendo-se, em particular, nos aspectos da autonomia e da auto-determinação que, em última análise, são aspectos da liberdade. Para o jurista C. K. ALLEN, a diferença essencial entre uma pessoa e uma coisa reside na qualidade da vontade que ela exprime. As criaturas animadas possuem algum atributo análogo à vontade humana, mas que dela difere pela inexistência de razão.¹⁷ Essa visão kantiana incorpora a idéia de que os interesses de um cavalo, por exemplo, não são reconhecidos pela lei porque, ainda que sejam expressados intencionalmente, são fruto do mero instinto, que, em última análise, constituiria a antítese da vontade. Somente os seres com autonomia absoluta agem de maneira completamente racional, e essa sua capacidade demanda que sejam tratados como pessoas. As coisas, por sua vez, não agiriam autonomamente, pois careceriam de vontade.

Todavia, conforme adverte WISE, fazendo uma analogia aos denominados “casos marginais”, percebe-se com facilidade que um sem-número de seres humanos também não possuem a mencionada autonomia absoluta, o que, pelo mesmo raciocínio, conduziria à necessária conclusão de que também eles não poderiam ter interesses tutelados por direitos, o que CARL WELLMAN descreve como uma “conclusão monstruosa”. Como é consabido, a lei e o sistema judicial rejeitam expressamente esta visão que exige uma correlação direta entre autonomia completa e titularização de direitos. Os mentalmente incapazes, por exemplo, não são passíveis de medidas de segurança a não ser que constituam ameaça concreta à sua própria integridade ou à de outrem. São sujeitos de direitos, podendo exercê-los judicialmente por meio da representação ou da assistência. Para WISE, portanto, aqueles que negam a personalidade aos não-humanos agem arbitrariamente, ao atribuírem-na a humanos absolutamente incapazes e, até mesmo, a pessoas jurídicas.

De fato, o Poder Judiciário rejeita a necessidade da configuração da autonomia plena para a titularização de direitos subjetivos. Crianças em tenra idade, pessoas portadoras de sérias deficiências mentais,

¹⁷ Ibid., p. 30.

comatosos, senis, pessoas jurídicas, fetos e até mesmo a prole eventual e entes despersonalizados desfrutam da qualidade de sujeitos de direitos. JOHN CHIPMAN GRAY não vê como se possa pretender que, de um lado, humanos desprovidos de vontade própria tenham autonomia e, de outro, determinados não-humanos não sejam agraciados com o mesmo benefício¹⁸. Nem se diga que o mero potencial para a autonomia justifique tratar alguém como ficticiamente a possuindo, a menos que isto seja verdade para o caso em que se justifique tratar alguém como morto porque potencialmente um dia o será. De acordo com o filósofo e professor de Direito da Universidade de *Princeton* JOEL FEINBERG¹⁹, outorgar direitos com fundamento em um potencial é um erro lógico²⁰. As ficções, justamente por não terem comprometimento com a realidade fática, podem servir a propósitos contestáveis e abusivos, razão pela qual BENTHAM as descreve como uma das principais doenças que habitam o sistema legal²¹.

WISE afirma que, infelizmente, fato é que há uma conexão direta entre as categorias das liberdades fundamentais e da autonomia, sendo a autonomia um dos pilares da configuração da própria dignidade humana. Tendo por base essa constatação, em *Rattling the Cage* o autor argumenta que é a “autonomia prática” e não a capacidade de sofrer o que asseguraria o acesso aos ditos direitos fundamentais. WISE afirma que “caso fosse o magistrado universal poderia concordar com a assertiva de que a simples capacidade de sofrer, e não a autonomia prática, fosse suficiente para garantir o acesso à qualidade de pessoa e, conseqüentemente, aos direitos fundamentais. Entretanto, a realidade é que a capacidade de sofrer tem sido irrelevante para os juízes em sua consideração sobre quem deve titularizar direitos subjetivos. O que se

¹⁸ GRAY apud WISE, *Drawing The Line*, op. cit., p. 32.

¹⁹ O professor FEINBERG possui um excelente artigo intitulado “*The Rights of Animals and Future Generations*” (In Blackstone (ed.), *Philosophy and Environmental Crisis*. Athens, Georgia: University of Georgia Press, 1974) no qual discute “a possibilidade da qualificação de animais como sujeitos de direito”.

²⁰ FEINBERG, Joel. *Potentiality, development, and rights*. In *The Problem of Abortion*. Wadsworth Publishing, 1984. p. 145.

²¹ BENTHAM apud WISE, *Drawing the Line*, op.cit., p. 32.

revela suficiente é a autonomia prática. Isso pode soar como um verdadeiro absurdo para os discípulos de Bentham e Singer. Em verdade, nem eu mesmo concordo muito com essa assertiva. Todavia, filósofos procuram fundamentar direitos morais; juízes decidem com base em direitos que estão no sistema jurídico (“legal rights”)²².

O autor opta por apresentar então uma argumentação legal, e não filosófica, para alçar os animais à condição de sujeitos de direito. Em sua construção, baseando-se em uma posição eminentemente cognitiva e não sensitiva, postula que uma alternativa razoável seria reconhecer que existem níveis de autonomia, diferenciados em sua complexidade. Em *Rattling the Cage*, o autor denomina as autonomies mínimas, menos complexas, de “reais”, mas em *Drawing the Line* prefere optar pelo termo “práticas” (“*practical autonomy*”). Com base nesse conceito, um ser vivo pode ser considerado autônomo desde que: (1) possua interesses; (2) possa intencionalmente tentar satisfazê-los; e (3) possua um senso de auto-suficiência que lhe permita entender, mesmo em nível mínimo, que é ele quem quer alguma coisa e que é ele quem está tentando alcançar essa alguma coisa. A consciência (não necessariamente a auto-consciência) e a senciência estariam implícitas no conceito de “autonomia prática”.

Assim sendo, se determinados seres preenchem os requisitos da “autonomia prática”, possuem direitos fundamentais a que WISE denomina de “direitos-de-dignidade” (“*dignity rights*”).

Em *Drawing the Line*, o professor WISE constrói uma escala da “autonomia prática” apoiado em diversos estudos de etologia cognitiva e comportamental, principalmente nos de DONALD GRIFFIN, ANTONIO DAMASIO e MARIAN STAMP DAWKINS. De acordo com tal teoria, as chances de um animal agir consciente e intencionalmente para preencher suas preferências podem ser graficamente representadas por uma escala que vai de 1.0 (sofisticação mental e cognitiva máxima, própria de um ser humano adulto e saudável) a 0.0 (carência de quaisquer dos requisitos da “autonomia prática”).

²² Ibid., p. 34, tradução nossa.

A categoria número um de animais (os que, na escala, atingem a pontuação de 0.90 a 1.00) abrange aquelas espécies que passam no teste de auto-reconhecimento no espelho (“*mirror self-recognition*” – MSR), desenvolvido por GORDON GALLUP na década de 70²³. Isto significa que podem possuir uma teoria da mente (entender o que outros vêem ou sabem); entendem símbolos, utilizam linguagem sofisticada e podem fingir, enganar, imitar e resolver problemas complexos. Na segunda categoria, encontram-se os animais que, apesar de falharem no MSR (podem não ter auto-consciência e acesso a uma teoria da mente), revelam nível de consciência que os habilitam a realizar representações mentais, pensar, utilizar sistemas simples de comunicação e ter um sistema básico de consciência (na escala, atingiriam o intervalo que vai de 0.51 a 0.89). Na categoria subsequente, seriam colocadas as espécies sobre as quais não possuímos conhecimento científico suficiente e a que não podemos assinalar nenhum valor abaixo ou acima de 0.5. A quarta categoria quatro envolve aqueles cujo comportamento nem de longe dá mostras de níveis de consciência mínimos, para os quais são atribuídos valores abaixo de 0.5.

Na primeira categoria (0.90 – 1.0) acham-se aqueles dotados da “autonomia prática”, aos quais deve, sem sombra de dúvida, ser garantido o acesso a direitos fundamentais relacionados à liberdade. No que se refere aos integrantes da segunda categoria (0.51 – 0.89), se entendermos ser a eles aplicável o princípio da precaução ou da cautela (ou o benefício da dúvida), devemos lhes atribuir os mesmos direitos.

²³ O teste do MSR como critério de diferenciação intra-espécies é muito criticado por alguns especialistas. Os neurocientistas LESLEY J. ROGERS e GISELA KAPLAN afirmam que o teste não é apropriado. “Cães, por exemplo, dão relativamente pouca importância para a imagem de outros cães, mas são extraordinariamente atentos ao mundo olfativo. De um cão, portanto, não se deve esperar que reconheça sua imagem, e certamente ele falharia no teste, muito embora é bastante provável que reconheça seu cheiro e até mesmo o odor de diferentes partes do seu próprio corpo, tal como sabemos que fazem com os humanos. O teste não se aplica a cães, e isso ilustra o problema de usá-lo para hierarquizar determinadas espécies em detrimento de outras” (“All Animals Are Not Equal”. In SUNSTEIN, Cass; NUSSBAUM, Martha C. *Animal Rights: Current Debates and New Directions*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 176-177, tradução nossa).

Caso contrário, não terão o mesmo acesso garantido aos da classe imediatamente anterior. WISE propõe uma alternativa por meio da qual todos os seres que alcançarem a marca de 0.70 serão presumidamente detentores de atributo suficiente que lhes garanta direitos básicos de modo integral. Assume, ainda, a idéia de que aos seres que atingirem a pontuação entre 0.51 e 0.69 podem ser reconhecidos direitos fundamentais proporcionais: a personalidade e as liberdades básicas seriam concedidas em razão do nível de “autonomia prática”. O autor deixa claro que essa escala de autonomia também deve ser aplicada aos seres humanos na medida em que podem ser limitados determinados direitos em razão do decréscimo da autonomia. No entanto, nem por isso será transformado em uma coisa.

WISE exemplifica sua escala analisando alguns casos práticos tais como o de *Alex*, um papagaio (0.78); *Christopher*, seu filho (1.00); *Marbury*, cão de Christopher (0.68), *Echo*, um elefante africano (0.75); *Phoenix and Ake*, dois golfinhos (0.90); *Chantek*, um orangotango (0.93); *Koko*, uma gorila (0.95); e *Khanzi*, uma bonobo (0.98).

Os mesmos dados obtidos para justificar a atribuição dos direitos de liberdade para determinados animais podem, na visão de WISE, ser usados para justificar a garantia da igualdade. Em sua concepção, a igualdade demanda uma comparação, pois, se realidades similares devem ser tratadas da mesma forma, uma realidade somente pode ser semelhante a outra se a ela confrontada. Por essa razão é que a igualdade sempre foi mais difícil de ser aplicada, pois o estabelecimento de parâmetros é uma questão delicada nesse aspecto. Em 1858, ABRAHAM LINCOLN e STEPHEN A. DOUGLAS realizaram uma série de debates quando concorriam a uma vaga no Senado. DOUGLAS classificava LINCOLN como “abolucionista” o que, na época, soava de forma parecida como ser considerado “comunista” no período da Guerra Fria. DOUGLAS defendia uma visão hierarquizada de sociedade, na qual aos homens brancos era concedido o poder e fez disso uma questão crucial na campanha política. LINCOLN, enxergando que poderia ver comprometida a sua elegibilidade por tal motivo, passou a adotar o discurso de que, apesar de ser contrário à escravidão, não era partidário de uma igualdade absoluta entre brancos e negros. Com isso, tentava

sustentar uma posição anti-escravagista mínima, segundo a qual o montante total dos direitos poderia ser diferente, mas os fundamentais deveriam ser assegurados aos negros, de modo que seria errado tratá-los como meras coisas ou como propriedade. WISE, utilizando-se do exemplo estratégico de LINCOLN, afirma que os direitos dos animais devem ser atingidos gradativamente, sob pena de nenhum vir a ser alcançado:

A obtenção de quaisquer direitos para os animais não-humanos no sistema legal atual requer lutar sob a plataforma do mínimo realizável proposta por Lincoln. Lincoln acreditava que as realidades físicas, históricas, legais, religiosas, econômicas, políticas e psicológicas de seu tempo sinalizavam que tomar mais de um passo de cada vez para os negros levaria a que não se obtivesse mudança alguma com relação a seu “status” legal. Em meados de 1850, isso significava que advogar pela igualdade política e social dos escravos negros, qualquer que fosse a crença pessoal de Lincoln a esse respeito, resultaria na continuação de sua escravidão. Hoje, isso significa que advogar direitos em demasia para animais pode levar a que nenhum animal não-humano consiga adquiri-los²⁴.

O naturalista e escritor HENRY BESTON afirmava que “os animais não devem ser medidos com os padrões humanos”²⁵. Apesar de todo o brilhantismo de WISE na tentativa de superar as limitações do sistema judicial no enfrentamento da questão animal, consiste justamente nesse fato a maior fragilidade de sua tese. O preenchimento do atributo de

²⁴ WISE, *Drawing the Line*, op. cit., p. 235, tradução nossa.

²⁵ “For the animal shall not be measured by man. In a world older and more complete than ours they move finished and complete, gifted by extensions of the senses we have lost or never attained, living by voices we shall never hear” (BESTON, Henry. *The Outermost House: A Year of Life on the Great Beach of Cape Cod*. New York: Penguin Books, 1988. p. 25).

“autonomia prática” como requisito para a titularização de direitos²⁶ parece sinalizar que WISE aceite que a autonomia que assinalamos aos animais seja baseada nas habilidades e valores humanos. professora de Direito da *Universidade de Michigan* e da *Universidade de Chicago*, CATHARINE A. MACKINNON aponta para o mesmo erro na abordagem do problema ao afirmar que geralmente condicionamos a concessão de direitos à projeção e posse de determinadas características como individualidade, autonomia, autoconsciência, dignidade, espiritualidade, entre outras. No entanto, conforme acertadamente assinala:

Não se trata de perquirir se animais e mulheres possuem esses atributos. Por que animais devem ser como pessoas para serem deixados em paz, para serem livres da exploração e das atrocidades cometidas pelos homens? Os animais não existem para os propósitos humanos, da mesma forma que as mulheres não foram feitas para os homens. Por que não deveria a sua existência bastar? Por que

²⁶ RICHARD A. POSNER, professor da *Universidade de Chicago*, critica WISE pela ênfase na capacidade cognitiva como parâmetro para a concessão de direitos. Para POSNER a consciência, ou a autonomia prática como quer WISE, é certamente relevante para a concessão de direitos, mas isso nem sempre se mostra verdadeiro. No universo do Direito, há importante espaço para as intuições. Nesse sentido, a maior parte das pessoas acredita firmemente que um feto, ainda com poucos dias de formação, tenha direitos, a despeito de possuir efetivamente consciência ou qualquer nível de autonomia. A visão “humanocêntrica” de POSNER, no entanto, deixa bastante a desejar quando argumenta que a proteção dos animais prescindiria da idéia de que sejam sujeitos de direito, pois “um meio de proteger animais é torná-los propriedade, pois as pessoas tendem a proteger aquilo que possuem” (“Animal Rights: Legal, Philosophical, and Pragmatic Perspectives”. In SUSTEIN, Cass; NUSSBAUM, Martha C., *Animal Rights*, op.cit., p. 59, tradução nossa). Nada mais equivocado. O apelo às intuições nem sempre se mostrará mais firme que os argumentos de ordem ética. Assim sendo, ele nem sempre favorecerá os animais, principalmente se levarmos em consideração que depende da empatia e do altruísmo, fenômenos estes que obedecem a uma lógica bastante subjetiva. A esse respeito, conferir o artigo de SINGER, intitulado “Ethics Beyond Species and Beyond Instincts: A Response to Richard Posner”. In SUNSTEIN, Cass; NUSBAUM, Martha C., *Animal Rights*, op.cit., p. 78-92.

deveríamos buscar nos padrões humanos a resposta para essa questão?²⁷

Nesse sentido, CASS SUNSTEIN questiona se a capacidade de sofrer não seria requisito suficiente para a concessão de ao menos alguns direitos básicos para os animais²⁸. WISE sustenta que a sua retórica está inserida num contexto fático em que a lei, infelizmente, valora unicamente as habilidades humanas. Os direitos à liberdade e à intangibilidade do corpo foram positivados na lei justamente porque são considerados fundamentais para o bem-estar humano. Assim sendo, o que sua construção pretende é flexibilizar o anacronismo do sistema jurídico com relação aos animais: “os juízes devem reconhecer que, mesmo usando padrões humanos, ao menos com relação a alguns animais não-humanos deve ser estendido o conceito legal de pessoa”²⁹.

No entanto, a dissociação da teoria de WISE de um embasamento filosófico faz com que, indiretamente, abrace uma visão perfeccionista da justiça, na qual a proximidade com o humano é, em última análise, o critério para a aferição da quantidade e qualidade dos direitos subjetivos porventura assegurados. Conforme apurada conceituação de FRANCIONE e de SÔNIA T. FELIPE, tal forma de valoração moral baseada em capacidades cognitivas similares às dos humanos conduziria a uma forma de especismo eletivo³⁰, igualmente reprovável³¹.

²⁷ MACKINNON, Catharine A. “Of Mice and Men”. In CASS, Sunstein; NUSSBAUM, Martha C., *Animal Rights*, op.cit., p. 267, tradução nossa.

²⁸ SUNSTEIN, Cass R. “The Chimp’s Day in Court”, *New York Times Book Review*, n. 26, 2000.

²⁹ WISE, *Drawing The Line*, op.cit., p. 240, tradução nossa.

³⁰ A professora SÔNIA T. FELIPE destaca com propriedade que as leis protetivas normalmente incorrem no que denomina de “especismo eletivo”, ou seja, baseiam o âmbito de proteção por meio da eleição de uma categoria específica de animais em detrimento de todas as demais. O “especismo eletivo”, nesse sentido, se distingue do “especismo elitista”, que é a discriminação mais ampla com base numa hierarquia estabelecida usualmente sob o critério da posse ou não de razão.

³¹ O filósofo JAMES RACHELS (1941-2003) afirma que por mais complexas que determinadas características sejam, tais como autonomia, autoconsciência, entre outras, elas não constituem “super-qualidades” éticas. Argumenta que a capacidade de sentir dor talvez seja o denominador comum mais relevante entre todas essas características.

A eleição da proximidade genética (ou no caso de WISE, da autonomia prática) como fator de inclusão no gênero humano, sob o ponto de vista biológico, é algo perfeitamente defensável, tal como verificado anteriormente, mas esse mesmo critério não é tão decisivo quando se trata da inclusão na categoria de pessoa. Se é certo que para o Direito todo ser humano é pessoa, não é menos verdadeiro afirmar que, também para ele, nem toda pessoa é ser humano (ainda mais se levarmos em consideração a distinção conceitual entre pessoa e sujeito de direito). Assim é que parece altamente problemática a sugestão de que determinadas características, além da senciência, possam possuir valoração moral autônoma na medida em que se aproximam das humanas.

Certo é, por exemplo, que os primatas são seres inteligentes e dotados de uma vida psicológica bastante rica. Vivem em arranjos sociais complexos e possuem reações emocionais bastante similares às dos humanos. Mas será que essa aproximação comportamental, e mesmo genética, seria o *plus* que justificaria a sua inclusão na categoria de “pessoa” deixando de lado os demais animais? Essa retórica da

Se um indivíduo possui determinada característica (como a de sentir dor), então temos um dever de tratá-lo de certa forma (não podemos torturá-lo), mesmo que esse mesmo indivíduo não possua outras características (como a autonomia) que iria determinar espécies diferenciadas de tratamento (como por exemplo a abstenção de coação moral). Nesse sentido, afirma que “um ser senciente possui uma demanda moral em não ser torturado. Um ser autoconsciente possui uma demanda moral de não ser coagido, e assim por diante. Se perguntada a quem seria apropriado endereçar consideração moral fundamental poderíamos responder que seria apropriado direcionar consideração moral a qualquer indivíduo que possui qualquer das características que constituem boas razões para que ele seja tratado desse ou daquele modo” (RACHELS, James. *Drawing Lines*. In SUNSTEIN, Cass; NUSSBAUM, Martha C., *Animal Rights*, op.cit., p. 169). RACHELS explica que essas características funcionariam em um sistema de círculos concêntricos, onde o centro nervoso seria reservado à capacidade de sentir dor. Em se tratando de um ser senciente, teríamos sempre o dever de não lesar a sua integridade física. O fato desse indivíduo, além de senciente, ser autônomo, ou autoconsciente, teria o condão de aumentar a esfera de deveres para com ele. O autor cita o exemplo de duas condutas. A primeira seria a de se furar alguém com uma lança. A razão para não fazê-lo estaria no fato de que isso causaria dor e se o ser em questão é senciente, a dor deve ser evitada. A segunda conduta seria o fato de se falar para os amigos de seu marido que ele sofre de uma disfunção sexual. A razão para não fazê-lo seria o de que isso iria humilhá-lo, e se o ser em questão é autoconsciente, isso deve ser evitado.

proximidade com o humano geraria, indiretamente, a exclusão de outras realidades com base em um critério arbitrário. Será que a capacidade de raciocinar à nossa maneira seria efetivamente algo com valoração moral superior a conseguir voar, ou a mergulhar a profundidades abissais? Como já se mencionou, a se responder afirmativamente, estaríamos incorrendo em um “especismo eletivo”, na medida em que estaríamos escolhendo determinadas categorias de animais para serem favorecidas em detrimento das demais.

Feitas essas ponderações à teoria do professor WISE, vale destacar a sempre precisa ressalva do jurista GARY FRANCIONE, no sentido de se procurar evitar buscar no homem os padrões de valoração dos animais não-humanos, para o que vale transcrever o seguinte trecho:

Há diferenças entre chimpanzés e ratos tal como existem diferenças entre os próprios seres humanos. Essas diferenças podem ser relevantes para alguns propósitos, mas são totalmente irrelevantes para o fim de tratarmos um ser senciente exclusivamente como instrumento de outros, tidos como superiores.

[...] Devemos interromper a exploração de todos os seres sencientes. Podemos escolher por começar com os grandes símios, mas devemos deixar claro que essa opção nada tem a ver com o fato de serem similares aos seres humanos, exceção feita ao fato de serem, tal como nós, sencientes [...]. O risco de projetos como o GAP e de campanhas similares, que são baseadas na noção de que o status moral e legal dos primatas depende do reconhecimento de serem “como nós”, reside no fato de que corroboram um paradigma especista ao assegurarem que 99,9999% dos não-humanos continuem pertencendo à categoria de coisa no esquema da dicotomia pessoa/coisa.

Alguns argumentam que uma campanha que conecte a valoração moral à proximidade das características humanas seria aceitável na medida em que o reconhecimento da personalidade dos grandes símios conduziria, progressivamente, ao reconhecimento da personalidade de outros animais não-humanos. Todavia, centrar a discussão em capacidades

cognitivas similares às dos humanos possuída por alguns não-humanos, tidos como “especiais”, é como termos uma campanha de direitos humanos focada em conferir direitos aos humanos mais “espertos” em primeiro lugar na esperança de que tal fato implicasse na extensão de direitos aos menos inteligentes mais tarde; ou, em tratar aqueles com apenas um ascendente negro como mais privilegiados por se aproximarem mais dos brancos. Devemos certamente rejeitar esse elitismo onde humanos estejam envolvidos. Devemos igualmente rejeitar o mesmo raciocínio no caso de não-humanos.³²

³² FRANCIONE, Gary. *The Great Ape Project: Not so Great*. Disponível em: <<http://www.garyfrancione.blogspot.com>>. Acesso em: 15 jan. 2007.