

DAS PESSOAS E DO DIREITO PENAL: A PERSONALIDADE COMO PRÉ-REQUISITO PARA VITIMIZAÇÃO*.

(People and the criminal law: the personality as a prerequisite for victimization")

Luis E. Chiesa **

RESUMO: O presente estudo analisa o tratamento jurídico dado aos animais e às chamadas “não-pessoas”, considerando a possibilidade de os mesmos serem considerados “vítimas” dos delitos. Procura-se quebrar, deste modo, o pensamento de que o Direito Penal deve visar somente à tutela de direitos cocedidos aos seres humanos. Daí a necessidade de se distinguir personalidade de humanismo, levando-se em conta que os tribunais e os críticos freqüentemente recorrem a definições artificiais de personalidade, com o objetivo de atender a complexas questões normativas sobre os direitos e obrigações dos animais não humanos. Desta forma, a análise de tais conceitos é realizada por meio da teoria do “tudo ou nada” e teoria de “categorias de personalidade”, buscando resolver a difícil questão sobre quem deve ser considerado vítima.

PALAVRAS-CHAVE: humanismo, personalidade, tratamento jurídico, vítimas.

* Tradução de Liana Brandão de Oliva, advogada, professora e mestranda em Direito na Universidade Federal da Bahia. Contato: lianaoliva@gmail.com.

** Professor Associado de Direito da Pace Law School. Sou grato a David Cassuto pelas valiosas sugestões e comentários. Copyright (c) 2008 Pace University School of Law; Luis E. Chiesa.

ABSTRACT: The present study examines the legal treatment given to animals and “non people”, considering the possibility of them being “victims” of crimes, breaking thus the thought that the criminal law should target only the guardianship of rights granted to human beings. Hence the need to distinguish the personality of humanity, taking into account that the courts and critics often resort to artificial definitions of personality to attend the complex regulatory issues about the rights and obligations of non human animals. Thus, the analysis of such concepts is accomplished by means of the theory of “all or nothing” and theory of “categories of personality,” seeking to resolve the difficult question of who should be considered a victim.

KEYWORDS: humanism, personality, legal treatment, victims

SUMÁRIO: 1 Sobre os Cães de Michael Vick e Mais 2 A distinção entre Humanismo e Personalidade: Das limitações e inerentes confusões conceituais. 2.1 Significado coloquial versus o significado jurídico - Humanismo e Personalidade 2.2 Personalidade e Direitos: Além do Humanismo 3 Rumo a Teoria de Categorias da Personalidade 3.1 Teoria “Tudo ou Nada” da Personalidade 3.2 Da Teoria “tudo ou nada” da Personalidade para a Teoria de “Categorias” da Personalidade. 4 Concepções de personalidade em categorias 4.1 Pessoas Naturais x Pessoas Jurídicas 4.2 Seres auto-conscientes x seres conscientes 4.3 Concepção da personalidade em quatro categorias: algumas propostas concretas 4.3.1 Seres auto-conscientes e o problema da linha traçada 4.3.2 Seres sencientes 4.3.3 Criaturas vivas não-sencientes 4.4.4 Entes não-vivos 5. Resumo: quatro categorias de personalidade 6 Níveis de personalidade e vitimização 7 Os Cães de Michael Vick: uma segunda visão

1. Sobre os Cães de Michael Vick e Mais

Recentemente, testemunhamos um mais infames/famosos casos da década atual - o de Michael Vick. Em 2007, as autoridades federais tornaram públicos detalhes repugnantes do envolvimento deste astro do futebol americano com briga de cães. Como se pôde observar, Vick tinha uma inclinação para o jogo e uma paixão por criar pit-bulls no intuito de que participassem de brigas/competições. Essa infeliz combinação levou Vick a estabelecer um ringue de combate para cães em *Smithfield, Virginia*.

A operação, que ficou conhecida como o negócio de risco “*Bad Newz Kennels*”, foi intrigante. Os pitbulls foram criados para lutar e treinados para matar, sendo abatidos caso se comportassem “mal” durante as sessões de treinamento.¹

Confrontado por uma enorme quantidade de provas contáreas e com a perspectiva de ser incriminado por dois de seus associados de “*Bad Newz Kennels*”, Vick, eventualmente, declarou-se, perante à Suprema Corte, culpado da acusação de conspirar para o patrocínio de brigas de cães para entretenimento.²

O que se pode deduzir a partir do caso de Vick, de interesse particular para fins deste artigo, é o tratamento peculiar que foi concedido aos pitbulls apreendidos pela polícia em *Smithfield*. Considerando-se que os pitbulls recolhidos nas operações de combate à brigas ilegais são, geralmente, sacrificados após mantidos sob custódia do governo, os cães tiveram uma segunda chance foram enviados à organizações de apoio aos animais, a fim de serem tratados e reabilitados.³ Além disso, o astro da NFL concordou, através de acordo judicial, em “restituir o total dos custos com a recuperação dos cães” envolvidos em seu negócio ilegal.⁴

Especificou-se que tais despesas deveriam abranger, sem, contudo, limitar-se, “todos os custos associados aos cuidados dos cães envolvidos, incluindo, se necessário, tratamento de longa duração e/ou a “eutanásia humanitária” de alguns ou de todos os animais”.⁵

Vick acabou pagando cerca de um milhão de dólares para financiar as diversas entidades responsáveis pela custódia dos referidos pitbulls.⁶ Segundo o acordo, a autorização para pagamentos de tal ordem decorreu do disposto no 18 U.S.C. § 3663, que permite a emissão de ordens de restituição às vítimas ou outras pessoas prejudicadas pela prática de delitos.⁷

O julgamento de Michael Vick ilustra como nossa atual legislação penal trata, cada vez mais, criaturas não-humanas como “vítimas”, atribuindo-lhes todas as consequências que isso implica, incluindo a possibilidade de pedir que a restituição seja

paga diretamente para os animais. À luz destas considerações, é justo dizer que, do ponto de vista puramente descritivo, criaturas não-humanas podem se qualificar como vítimas⁸. Isso não significa, porém, que essa conclusão é normativamente atraente. Alguns argumentam que essa abordagem é profundamente equivocada, uma vez que o direito penal deve visar a proteção tão somente de direitos cocedidos aos seres humanos.⁹

Neste artigo se argumentará que esta posição é falha, pois baseia-se em uma definição artificial de *personalidade*¹⁰, que equivocadamente faz com que o “humanismo” seja o traço constitutivo da *personalidade*. Embora existam boas razões para se defender que o sistema legal conceda aos seres humanos maiores proteções que àqueles não humanos, isto não significa que estes não possam se amparados pelo do direito penal. O presente argumento será aqui tratado em quatro diferentes partes.

Na Parte I, tentaremos definir os contornos da *personalidade*. Esta é uma tarefa particularmente difícil, dada a notória ambiguidade atribuída a tal conceito. Devido a natureza polissêmica deste termo, discuti-lo freqüentemente provoca confusões, em especial em círculos jurídicos. Nem sempre fica claro se ele deve ser aplicado como sinônimo de “humanismo”,¹¹ como um conceito que necessariamente inclui o humanismo, sem, no entanto, limitar-se a este,¹² ou como um termo jurídico que deve abranger seres ou “outros”¹³ não pertencentes a raça humana.¹⁴

O problema é agravado pelo fato de os Tribunais e os críticos freqüentemente recorrerem à definições artificiais de *personalidade*, no intuito de atender complexas questões normativas sobre os direitos e obrigações de certas criaturas. Assim, por muita vezes estabeleceu-se que o fato de certa entidade ser tida ou não como titular de direitos constitucionais dependerá de fato de poder ser ela definida ou não como “pessoa”, de acordo com aplicações convencionais e históricas designadas para este termo.¹⁵ Este é um erro, pois não se deve abordar questões de cunho fundamental apelando-se para truques mágicos da terminologia. Em última instância, um ser deve ser considerado

pessoa desde que constatem-se boas razões normativas para reconhecê-lo como possível portador de direitos e obrigações, e não o sentido inverso.

Portanto, enquanto muitos dos dispositivos legais e constitucionais que conferem direitos e/ou obrigações são formulados pela terminologia de *personalidade*, devemos elaborar concepções de personalidade apelando mais à normatividade em si, do que às definições consideradas já para este termo.¹⁶

Na Parte II, iremos enfrentar aquela que será chamada como a teoria “tudo ou nada” (*all or nothing*) da personalidade. De acordo com esta teoria, ou um ser é uma pessoa de pleno direito, ou não se trata, de forma alguma, de uma pessoa. Esta concepção é normativamente desinteressante, pois é plausível, e às vezes desejável, para falar sobre a “personalidade parcial” ao lado de “personalidade completamente desenvolvida.” Isto é o que chamamos de teoria das “categorias” de personalidade, segundo a qual o conceito de “personalidade” admite diferentes graus e tonalidades.

Neste contexto, seres devem ser considerados portadores de “personalidade completamente desenvolvida” caso possam ser sujeitos de todos os direitos e obrigações que o nosso jurídico sistema tem a oferecer. Por outro lado, eles devem ser considerados “parcialmente desenvolvidos”, se só possuírem privilégios para usufruir de *alguns* direitos conferidos legal e constitucionalmente às pessoas. A teoria das “categorias de personalidade” é convidativa normativamente, pois por vezes temos boas razões para discriminar seres legalmente, com base em suas diferentes características constitutivas.

Na parte III, iremos propor quatro diferentes “categorias” ou “níveis” de pessoa. A primeira delas é reservada para os seres humanos e animais portadores da capacidade de racionalizar e de auto-consciência, tais como os chimpanzés, orangotangos e gorilas. A segunda categoria de personalidade é composta de fetos sencientes e animais não-humanos excluídos do âmbito da primeira categoria. A terceira, engloba os seres vivos não-

sencientes, como os fetos que não têm a capacidade de sentir, embriões, árvores e plantas. Finalmente, a quarta categoria da personalidade inclui todas as entidades não-vivas as quais devem ser concedidos direitos em razão dos demais interesses humanos. O principal exemplo dessa quarta categoria são as corporações.

Na parte IV, abordaremos o fato de que certos seres não nascidos humanos não devem ter isto como impedimento para serem tratados como vítimas ou como pessoas (parcialmente). Considerando-se que animais sencientes e fetos têm a capacidade de sentir dor, eles devem ter o direito de proteção contra imposições injustificadas de sofrimento. Se assim for, seria sensato salvaguardar esses direitos, através da aplicação de sanções penais. Portanto, concluímos que a capacidade de ser vítima depende da classificação de personalidade (ao menos) na segunda categoria, mais do que no fato de se tratar especificamente de um ser humano.

2. A distinção entre Humanismo e Personalidade: Das limitações e inerentes confusões conceituais.

2.1. Significado coloquial *versus* o significado jurídico - Humanismo e Personalidade

Coloquialmente, muitos usam os termos “ser humano” e “pessoa” de forma intercambiável. Embora em uma conversa informal a confusão entre estes termos não seja particularmente problemática, isto mudam drasticamente quando passamos para o âmbito jurídico. A maior parte dos mais sagrados direitos previstos na Constituição (*Bill of Rights*) são designados às “pessoas”. Neste contexto, a Quinta Emenda defende que “nenhuma pessoa” deve ser julgada duas vezes pelo mesmo crime, “compelida. . . a ser testemunha contra si mesma” ou “privada da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”.¹⁷ Do mesmo

modo, a Décima Quarta Emenda, afirma que a nenhuma “pessoa” deve ser negada a “igual proteção das leis”.¹⁸

À primeira vista, restaria a tentação de concluir-se que “pessoa”, no contexto constitucional, significa o mesmo que no nível coloquial: “ser humano”. Contudo, como se pode observar através da marcante decisão da Suprema Corte no caso *Condado de Santa Clara v. Southern Pacific Railroad Company*,¹⁹ isto está longe de ser tão óbvio. No que tange ao entendimento da mais alta Corte deste país, o termo “pessoa” não é sinônimo de “ser humano” – tanto que as entidades não-corpóreas, como Corporações, são consideradas “pessoas” na maioria dos casos, senão quanto à todas as garantias dispostas na Constituição.²⁰ Alguns argumentam que essa interpretação é equivocada e que a *personalidade* deve ser entendida como *humanismo*. Outros²¹ têm afirmado que a lei não foi assim tão longe e, portanto, propõem que animais não-humanos também podem ser considerados pessoas nos termos da legislação, da mesma forma que os seres humanos o são.²²

Independentemente do que se pensa sobre estas questões, apelar *a priori* para uma definição de “personalidade” não irá ajudar quanto às questões acerca de se entidades não-humanas devem ser consideradas pessoas para fins legais. A razão para isto é que não há simplesmente nenhum padrão estável e convencionado sobre qual o específico conjunto de atributos que determinada *entidade* deve apresentar para que se qualifique como pessoa. Além disso, há discordância generalizada entre os filósofos, cientistas, teólogos e advogados em relação aos critérios que devem ser considerados para determinar quando um *ser* deve ser entendido ou não como uma pessoa. Assim, a *personalidade* é um conceito criterioso e impreciso. Os conceitos criteriosos são imprecisos quando, devido à própria natureza do conceito, é impossível acordar sobre as condições necessárias e suficientes que estabelecem os critérios para a correta aplicação e utilização de um termo ou expressão.²³

A natureza inerentemente obscura da *personalidade* é particularmente evidente quando se analisa as definições extrema-

mente divergentes deste termo, as quais têm sido aprimoradas por estudiosos de diferentes áreas. O filósofo PETER SINGER, por exemplo, argumentou que não há conexão necessária entre a *personalidade* e o *humanismo*. Assim, em seu celebrado livro “Vida Ética”, ele afirmou que:

O uso de “pessoa” é, em si, infelizmente, susceptível de induzir-nos ao erro, uma vez que “pessoa” é frequentemente utilizado como se significasse o mesmo que “ser humano”. Contudo, os termos não são equivalentes: poderia haver uma pessoa que não é um membro da nossa espécie. É possível, também, que hajam membros de nossa espécie que não sejam “pessoas”. A palavra “pessoa” tem a sua origem do termo *latim* utilizado para designar a máscara usada por um ator em dramas clássicos. Ao colocarem suas máscaras, os atores indicavam que estavam representando um *personagem*. Posteriormente ‘pessoa’ passou a significar aquele que desempenha um *papel* na vida, um *personagem*. Segundo o dicionário Oxford, um dos significados correntes do termo é “uma auto-consciente racional. ‘Esse sentido tem precedentes filosóficos impecável... Proponho o uso de “pessoa” no sentido de um ser racional e auto-consciente, para capturar os elementos do sentido comum de “ser humano”, que não são restritos aos membros da espécie “Homo sapiens”.²⁴

Muitos, obviamente, discordam da definição apresentada por SINGER, segundo a qual que “pessoa” seria um *ser racional e auto-consciente*, uma vez que este conceito possibilita a exclusão de muitas crianças e mesmo seres humanos com danos cerebrais. Este é, particularmente, o caso dos teólogos, os quais, em sua maior parte, consideram que o fato de “ser humano” é condição necessária e suficiente para considerar-se este *ser* uma “pessoa”.²⁵

Os Tribunais e os Juristas têm também publicizado definições diversas de *personalidade*. Alguns Tribunais, por exemplo, afirmaram que o significado (legal) de pessoa não deve ser determinado recorrendo-se à dados biológicos. Assim, o *A Corte de Recursos de New York* uma vez afirmou que, no que tange a personalidade, “não é verdade, no entanto, que a ordem jurídica necessariamente corresponde à ordem natural”.²⁶

Em oposição, alguns estudiosos, como *Markus Dubber*, afirmam que “todas as pessoas são seres humanos, porém, nem todos os os seres humanos são pessoas.”²⁷ Segundo ele, um *ser* só deve ser considerado pessoa se, além da qualidade de ser humano, possuir também capacidade de autonomia.²⁸ Estas discrepâncias na maneira em que diferentes indivíduos definem a *personalidade* revelam que não há uma concordância significativa sobre qual o conjunto de critérios que precisam ser satisfeitos de modo que um *ser* seja qualificado *pessoa*. Além disso, percebe-se que há divergências no que diz respeito ao fato da qualidade de “ser humano” dever realmente integrar como pré-requisito para *personalidade*. Como resultado, parece que não é necessária uma conexão conceitual entre os termos “ser humano” e “pessoa”.

Em função da natureza intrinsecamente vaga do conceito debatido, a questão sobre quem deve ser compreendido como *pessoa* ainda está aberta. Desta maneira, estudiosos estão livres para argumentar, como freqüentemente o fazem, que certas entidades não-humanas devem ser tratadas como pessoas perante a lei. Mais importante, uma vez que a *personalidade* é um conceito criterioso e impreciso, a solidez de seus argumentos deve ser mensurada pelo seu apelo normativo, não pela compatibilidade com uma definição artificial de “pessoa”.

Finalmente, como PETER SINGER tem persuasivamente argumentado, questões sobre *personalidade* e sobre os direitos que devem ser atribuídos às diferentes entidades levantam “profunda(s) problemática(s), para a(s) qual(is) a resposta não pode depender da determinação de como as palavras devem ser usadas”.²⁹

2.2. Personalidade e Direitos: Além do *Humanismo*

Considerando-se que não há um conjunto claro de atributos convencionalmente aceitos a fim de determinar quando um *ser*

deve ser considerado “*pessoa*” nos termos da lei, tem-se que tais questões são de caráter moral ou avaliativo, não conceituais ou de definição. Ademais, o questionamento fundamental em tais circunstâncias deve versar sobre a possibilidade de atribuição de direitos à determinados *seres*, ao invés de se o *ser* em questão deve ou não ser considerado membro da espécie humana, conforme argumenta, de forma esclarecedora, o filósofo ROSLYN WEISS:

Considerações acerca da definição e aplicação do termo “ser humano” não são, em si mesmas, essenciais, mas sim o meio para um fim maior, o da imputação (atribuição) claramente de direitos... Uma vez que o apelo para a definição de *humanidade* revela-se como uma preocupação sobre a imputação de direitos, conseqüentemente surge a natural, lógica e inevitável pergunta: Se é a atribuição de direitos que buscamos, porque procurar definições para *humanidade*? A menos que haja uma necessária ligação entre ser classificado *Homo Sapiens* e ter direitos, é muito mais produtivo (...) combater diretamente esta questão: Que tipo de *coisa* tem direitos? Esta é uma questão moral - não uma questão de natureza biológica -, destarte, muito mais adequada a este contexto. Como as diferenças entre as espécies não são, propriamente, diferenças moralmente relevantes e, entendendo que o que buscamos são diferenças moralmente relevantes, a distinção nestas circunstâncias não deve ser traçada entre quais seriam “humanos” ou “não-humanos”, mas sim entre que *entidades* possuem direitos e quais não os possuem: entre “*pessoas*” e “*não-pessoas*”.³⁰

A interrelação entre *direitos* e *personalidade* revela que, na medida em que o reinado das teorias legal e moral estão em causa, o termo “*pessoa*” é um conceito puramente normativo, livre de todo conteúdo biológico ou descritivo.³¹ Assim, para todos os efeitos jurídicos, afirmar que um *ser* é uma “*pessoa*” equivale dizer que este mesmo *ser* possui direitos perante a lei.³² Essa concepção, no entanto, não implica, como resta demonstrado no caso das corporações, que apenas seres humanos estão aptos à possuir *personalidade*. Fica claro que se pode, naturalmente, levantar argumentos contra a proposição de que as entidades não-humanas, como as empresas, devem ser consideradas “*pessoas*” no

sentido legal (detentoras de *personalidade*). No entanto, a solidez destes argumentos deve ser aferida pelo seu apelo normativo e não por sua capacidade de capturar a essência conceitual ou da definição de “*personalidade*”.

3. Rumo a Teoria de Categorias da Personalidade

3.1. Teoria “Tudo ou Nada “ da Personalidade

A maioria dos filósofos, Tribunais, Assembléias Legislativas e estudiosos parecem acreditar que ou um *ser* é “pessoa” em sentido absoluto, ou que não é “pessoa”, em termo algum. Isto é o que chamamos de Teoria do “tudo ou nada” da Personalidade. Segundo esta teoria, uma entidade é considerada uma pessoa apenas se ele ou ela passar por um teste em particular. Qualquer *ser* não habilitado a passar neste teste seria automaticamente considerado uma não-pessoa.

Considere-se, por exemplo, a concepção MARKUS DUBBER quanto a personalidade. Para ele, uma entidade será “pessoa” somente se tratar-se de um ser humano e for capaz de exercer autonomia. Assim, somos apresentados a uma gritante abordagem de “tudo-ou-nada” para os seres humanos que não são capazes de exercer autonomia: ou eles são pessoas de pleno direito, ou não pessoas, em geral. Posto que DUBBER não contempla qualquer opção intermediária, e dado que ele acredita na capacidade de autonomia como componente essencial da *personalidade*, ele é forçado a concluir que os humanos sem autonomia devem ser excluídos do *status* “pessoas”.³³ A mesma lógica o leva a rejeitar o *status* de “pessoa” para corporações e aos animais não-humanos.³⁴

Os Tribunais do Estado muitas vezes adotam a abordagem “tudo ou nada” quanto à *personalidade*, ao lidarem com a problemática da consideração de fetos como “pessoas”, em sentido constitucional. Assim, a maioria das Jurisdições têm concluído

que o feto deverá ser considerado “pessoa” apenas após o parto. Antes do nascimento, no entanto, eles normalmente são considerados “não-pessoas”, para todos os efeitos. Este, é claro, foi o mesmo entendimento adotado pelo Supremo Corte no caso *Roe v. Wade*.³⁵ A natureza dicotômica desta forma de conceber a *personalidade* dos fetos é aparente. Tendo-se que precedentes não vislumbram categorias alternativas para a atribuição de *personalidade*, os fetos são tidos como “pessoas pleno direito” ou como “não-pessoas”, em absoluto.

3.2. Da Teoria “tudo ou nada” da Personalidade para a Teoria de “Categorias” da Personalidade.

Esta abordagem de “tudo-ou-nada” para atribuição de *personalidade* dos fetos pode explicar porque a Suprema Corte recusou-se a entender os fetos como “pessoas”, protegidas pela Décima Quarta Emenda. Como a Suprema Corte acreditava que uma mudança quanto a consideração do nascituro como “pessoa” em sentido absoluto, para efeitos da Décima Quarta Emenda, traria conseqüências inaceitáveis, ela concluiu que seria prudente tratá-los como “não-pessoas”. Em *Roe*, a Corte enquadrou o problema da seguinte forma:

Quando o Texas pleiteia que o feto tem direito à proteção da Décima Quarta Emenda, assim como uma pessoa, ele enfrenta uma dilema. Nem no Texas, nem em qualquer outro Estado todas as possibilidades de abortos são proibidas. Apesar de alguns determinarem proibição mais ampla, sempre existe uma exceção. A exceção contida no Art. 1.196, de praticar-se o aborto, quando aconselhado por Conselho Médico e no propósito de salvar a vida da mãe, é típico. Mas se o feto é uma “pessoa”, que não deve ser privada do direito à vida sem o devido processo legal, e se a condição da mãe é o único fator determinante para sua morte, tal exceção do Estado do Texas não parece estar além dos limites estabelecidos pela Comandante Constitucional? Existem ainda outras incoerências entre o disposto na Décima Quarta Emenda e o tipificado quanto ao aborto. Já foi apontado (...) que no Texas uma mulher não é a mandante ou mesmo cúmplice no que diz respeito ao

aborto em si mesma. Se o feto é uma “pessoa”, porque esta mulher não seria mandante ou cúmplice? Além disso, a pena especificada para o aborto criminoso nos termos do Art. 1.195 é significativamente menor do que a pena máxima precrita para o homicídio, no art. 1257 do Código Penal do Texas. Se o feto é uma “pessoa”, poderiam ser diferentes as sanções?³⁶

A análise da Corte, ao considerar que o feto é, ou uma pessoa em sentido absoluto, ou uma não-pessoa, seria irrepreensível se a única opção que houvesse disponível fosse a teoria do “tudo-ou-nada”. Não há dúvidas de que, se o feto fosse considerado “pessoa” de pleno direito, sua morte teria que ser criminalmente punida, assim como um assassinato, não como um aborto. Punir a morte de algumas “pessoas” de modo menos severo que a de outras, em igual categoria, certamente viola a isonomia e a igualdade da proteção legal.

O que a Corte deixou de considerar, no entanto, foi que a adoção da teoria do “tudo-ou-nada” da personalidade não era a única opção disponível. Eles poderiam ter adotado uma abordagem mais flexível, a qual permitisse uma diferenciação entre os diversos níveis ou categorias da *personalidade*. Sob essa concepção, um recém-nascido poderia ser considerado como a primeira categoria de “pessoa”, portadora de plenos direitos do disposto pela Décima Quarta Emenda, ao passo que um feto poderia ser considerado integrante da segunda categoria da *personalidade*, sendo-lhe concedido um número menor de proteções constitucionais.

A concepção de “categorias” de *personalidade* é recomendada em muitos aspectos, pois nos permite incorporar no panorama legal diferenças que aparentam ser moralmente relevantes entre os diversos seres. Em contraste, a rigidez da teoria do “tudo-ou-nada” da *personalidade* quase que inevitavelmente conduz a ofuscar muitas das similaridade e incongruências normativamente relevantes existentes entre seres que poderiam plausivelmente ser considerados “pessoas”. Assim, como recentemente assina-

lou a professora JESSICA BERG, questões sobre os direitos de entidades não-humanas infelizmente têm sido atormentadas por uma “insistência equivocada sobre as atribuições de “tudo-ou-nada” quanto a personalidade, as quais ignoram o fato de que “a maioria das reivindicações morais situam-se ao longo de um *continuum*.”³⁷

O conceito diferenciado de “pessoa” aqui defendido evita simplificações exageradas para a solução de casos que afirmam que certos seres, tais como fetos ou animais, devem ser considerados “pessoas”, reconhecendo-se, que é, por vezes, sensível, diferenciar os tipos de pessoas. Esta abordagem flexível para a *personalidade* permite o reconhecimento de mais direitos para *seres* considerados “pessoas” em absoluto e menos direitos para entidades que, embora semelhantes as pessoas de pleno direito em alguns aspectos, são suficientemente diferentes para justificar um diferente tratamento jurídico.

4. Concepções de personalidade em categorias

4.1. Pessoas Naturais x Pessoas Jurídicas

Baseado na jurisprudência da Suprema Corte, o professor BERG, em um artigo recente, propôs que fizéssemos uma distinção entre os direitos das pessoas naturais e jurídicas. De acordo com a sua estrutura, uma “pessoa natural” é um ente com “direito à máxima proteção da lei.”³⁸ Essa classe é composta por todos seres humanos nascidos vivos.³⁹ Em contraste, uma “pessoa jurídica” é um ente não-humano “para qual a sociedade concede algumas das mesmas proteções legais e direitos das pessoas naturais.”⁴⁰ O exemplo paradigmático de “pessoa jurídica” é uma corporação, pois goza de alguns direitos concedidos às pessoas naturais (ou seja, devido processo legal,⁴¹ proteção equalitária⁴², etc), e outras não (ou seja, o privilégio contra a auto-incriminação⁴³ e de certos direitos da Quarta Emenda⁴⁴). Isso não significa,

contudo, que a personalidade jurídica deve ser necessariamente reservada para as corporações e entes similares.

Há muitos anos, por exemplo, o estado da Louisiana ofereceu status de pessoa jurídica para óvulos humanos fecundados *in vitro*.⁴⁵ Embora o estatuto da Louisiana não confira a tais entes todos os direitos que são tipicamente concedidos às pessoas naturais, foram concedidos o direito de processar ou serem processados em tribunais estaduais (ou seja, legitimidade)⁴⁶ e o direito de não serem criados ou cultivados para pesquisa ou outros fins.⁴⁷

Apesar de BERG acreditar que a concessão de personalidade jurídica para óvulos fecundados *in vitro* é imprudente,⁴⁸ ela sugere que os outros seres devam ter esse *status*, quer por medidas legislativas ou decisões constitucionais. Assim, BERG considera que os fetos sencientes devam ser considerados pessoas jurídicas com “direitos específicos, mas não completos”.⁴⁹ Entre os principais direitos que deveriam ser atribuídos a tais seres seria o de ser legalmente protegido contra a imposição ao sofrimento sem justificativa. Além disso, BERG propôs que aos fetos sencientes fossem concedidos mais direitos à medida que se aproxime o momento do nascimento.⁵⁰ Note-se que estas análises dificilmente se dirigem ao tratamento de fetos conforme a jurisprudência de aborto da Suprema Corte, pois o constitucionalmente significativo momento de “viabilidade”⁵¹ está próximo ao momento em que o feto começa a desenvolver a capacidade de sentir dor (ou seja, sensibilidade).⁵² Por conseguinte, os fetos sencientes têm geralmente mais proteção constitucional do que os fetos não-sencientes. Além disso, a Suprema Corte sugeriu que os interesses dos fetos se fortalecem ao se aproximar o momento do nascimento.⁵³

As considerações que levam BERG a concluir que há boas razões para tratar fetos sencientes como pessoas jurídicas também a levam a alegar que muitos animais não-humanos devam ter o mesmo status concedido.⁵⁴ Como a maioria dos animais não humanos têm a capacidade de sentir dor, argumenta que

eles devam ter um direito a ser protegido contra a imposição ao sofrimento sem justificativa. A Professora alega também que os direitos dos diferentes animais sencientes devam “variar dependendo dos interesses em jogo.”⁵⁵ Portanto, o fato de elefantes poderem sofrer de transtorno de estresse pós-traumático de uma maneira que outros animais não, pode nos dar boas razões para conceder aos elefantes o direito de serem mantidos livres de traumas psicológicos e, ao mesmo tempo, negar tal direito à outras criaturas.⁵⁶

4.2. Seres auto-conscientes x seres conscientes

PETER SINGER acredita que seres auto-conscientes devam ter mais direitos do que os entes que ele chama de “seres conscientes.”⁵⁷ Em termos gerais, um ser auto-consciente é um ente que é auto-conhecedor, tem uma “noção do futuro” e “a capacidade de se relacionar com os outros.”⁵⁸ A maioria dos humanos e alguns animais, como os chimpanzés, gorilas e orangotangos, se qualificam como seres auto-conscientes.⁵⁹ No entanto, os recém-nascidos e algumas pessoas com graves danos cerebrais, não se qualificam como tais. “Seres conscientes”, por outro lado, são entes que são “sensíveis e capazes de experimentar prazer e dor”, mas não são racionais e não têm auto-consciência ou um senso de futuro. A maioria dos⁶⁰ animais não-humanos e alguns humanos, tais como fetos sencientes, bebês e pessoas com deficiência mental, são seres conscientes.

Para SINGER, seres auto-conscientes têm o direito à vida mais vigoroso do que os seres simplesmente conscientes.⁶¹ A razão para esta diferença reside em parte no fato de que, uma vez que apenas os seres auto-conscientes são capazes de compreender que existem no tempo, sua morte frustra o desejo de continuarem a viver. No entanto, uma vez que os seres conscientes não têm a capacidade de compreender a continuação de sua existên-

cia, não são capazes de alimentar o desejo de viver no futuro. Portanto, causar a morte de tais criaturas não frustra o desejo de continuar a viver. Como resultado, o assassinato de um ser auto-consciente é, em igualdade de circunstâncias, um mal maior do que a morte de um ser consciente.⁶²

Isto, naturalmente, não significa que seres conscientes não devam ter direitos. Desde que esses seres têm a capacidade de sentir dor, eles devem ter o direito de ser protegido da imposição ao sofrimento sem justificativa. Além disso, eles devem ter o direito à vida, embora mais limitada que a concedida aos seres auto-conscientes. Por isso, embora se deva abster, como regra geral, de matar os dois tipos de seres, justificar a causa da morte de seres auto-conscientes seria mais difícil que justificar a morte de seres conscientes.

4.3. Concepção da personalidade em quatro categorias: algumas propostas concretas

Se combinarmos as idéias de BERG e SINGER pode-se supor, pelo menos, quatro conclusões com relação aos direitos que devam ser ligados a diferentes entes. Primeiramente, como regra geral, os seres humanos nascidos e outros seres auto-conscientes devem ter acesso a todos os direitos que o sistema jurídico oferece. Em segundo lugar, os seres não-humanos sencientes devem ter o direito de serem protegidos das imposições ao sofrimento sem justificativa em muito da mesma forma que os seres auto-conscientes. No entanto, é sensato negar-lhes alguns direitos à luz dos fatos de que a eles falta um sentido de si mesmo e do futuro. Em terceiro lugar, os seres vivos não-sencientes devem ter direitos diferentes de seres com capacidade de sentir dor. Por último, os direitos das entes não-vivos devem ser proporcionais aos benefícios que a sociedade terá ao conceder tais direitos. Cada um desses casos justificam considerações em separado.

4.3.1. Seres auto-conscientes e o problema da linha traçada

Parece haver boas razões para considerar que seres auto-conscientes devam ter direito ao máximo de proteção jurídica. Como a maioria dos seres humanos são entes auto-conscientes, faz sentido protegê-los mais que a outros seres.⁶³

Deve-se notar, no entanto, embora seja verdade como SINGER argumenta que a alguns seres humanos falta a capacidade de auto-consciência, a lei ainda poderia ter boas razões para proporcionar para aqueles seres os mesmos direitos que proporciona aos seres auto-conscientes. As razões para isso são pragmáticas por natureza. Às vezes, é meticulosamente difícil distinguir seres auto-conscientes de seres apenas conscientes. É igualmente difícil determinar quando um ser em desenvolvimento tornou-se auto-consciente e quando um ente decadente perdeu essa capacidade. Diante de questões tão difíceis, talvez seria sensato para o direito adotar uma regra clara de demarcação que não deixa dúvidas aos cidadãos no que diz respeito aos seres que devem ter a máxima proteção da lei e aqueles que não devem.

Embora essa linha traçada seja inerentemente arbitrária, é provavelmente menos arbitrário que permitir para casos específicos, determinações de auto-consciência por juízes ou outros profissionais. Em última análise, o benefício que a sociedade terá a partir de padrões facilmente identificáveis provavelmente supera os custos que devem ser gerados ao envolver uma abordagem mais sutil e aproximação flexível para estas questões. Como resultado, proponho que uma total proteção legal seja concedida a todos os seres humanos após o nascimento,⁶⁴ independentemente se são individualmente capazes de auto-consciência. Além disso, proponho que o mesmo status seja concedida a todos os primatas, pois as provas científicas demonstram que tais seres são, em regra geral, capazes de auto-consciência e racionalidade.⁶⁵

4.3.2. *Seres sencientes*

Parece haver boas razões para conceder alguns direitos a outros seres sencientes, embora menos do que os concedidos aos entes acima referidos. Esta categoria de seres deve ser composta por fetos sencientes e animais sencientes. A partir do momento que esses seres têm a capacidade de sentir dor, devem no mínimo ser legalmente protegidos da imposição ao sofrimento sem justificativa. No caso dos fetos, isso deveria levar a garantir que os abortos, mesmo quando necessários, sejam realizados da forma mais indolor possível para o feto. Conforme SINGER salientou, este é um assunto que geralmente não recebe a atenção que merece.⁶⁶

Importante consideração deve ser dada no sentido de proporcionar, aos fetos sencientes e animais, legitimidade para processar, pois este é o único meio significativo em que se pode assegurar que seus (limitados) direitos serão plenamente justificados. Por outro lado, à luz dos argumentos apresentados na subseção anterior, não devem ter um direito vigoroso à vida como têm os seres humanos nascidos. Assim, embora os seres conscientes devam obviamente ter o direito à vida, a justificativa da causa de sua morte deveria ser menos difícil que justificar a causa da morte de seres humanos nascidos.

4.3.3. *Criaturas vivas não-sencientes*

Pode haver considerações que justifiquem conferir direitos distintos para determinados seres vivos não-sencientes, tais como embriões e alguns fetos. Embriões e fetos não-sencientes são consideravelmente diferentes dos seres humanos nascidos e de outros seres sencientes, pois diferentemente da maioria dos seres humanos, eles não têm a capacidade de entender sua existência continuada, e ao contrário de fetos sencientes e da maioria dos animais, não podem sentir dor. Como resultado, é razoável

permitir a tais criaturas direitos significativamente menores que os concedidos aos seres humanos, aos fetos sencientes e animais. Contudo, aos embriões e fetos não-sencientes podem ser concedidos um conjunto limitado de direitos, à luz do seu potencial para, eventualmente, desenvolver a consciência e auto-consciência. Isto é o que o estado da Louisiana fez no caso dos óvulos fecundados in vitro.

4.3.4. *Entes não-vivos*

Entes não-vivos, tais como empresas, devem ter direitos na medida em que isso promova os interesses da sociedade. Da mesma forma, seus direitos devem ser reduzidos quando é do interesse da sociedade fazê-lo. Por isso, ao contrário de outros entes, o grau de proteção legal concedido às empresas depende se tal proteção conferida seria vantajosa para os cidadãos, e não sobre as semelhanças ou diferenças que existem entre um ente empresarial e os seres sencientes e auto-conscientes. Além disso, as empresas devem, como regra geral, terem menos direitos do que os concedidos aos humanos nascidos, mas não se deve esquecer que os seres empresariais existem para ajudar os humanos a atingirem seus objetivos, e não o contrário.

5. Resumo: quatro categorias de personalidade

À luz das considerações supracitadas, proponho uma abordagem em quatro categorias sobre a personalidade legal. Na primeira categoria as pessoas devem ter acesso a todos os direitos que a lei tem a oferecer. Esta categoria de personalidade deve ser reservada para os seres humanos nascidos e primatas. Se há provas científicas conclusivas que sugerem que outras espécies animais não humanos têm a capacidade de autoconsciência, então devemos considerar a extensão da proteção da primeira categoria da personalidade a eles também.

Por outro lado, as pessoas da segunda categoria devem ter acesso não a todos, mas a alguns direitos estatutários e constitucionais. No mínimo, devem ter o direito de serem mantidos livres de imposições a danos não justificáveis e talvez ter legitimidade para demandar a fim de reivindicar os seus interesses legalmente reconhecidos. Além disso, eles devem ter algum direito à vida, embora não tão intenso quanto àquela concedida às pessoas na primeira categoria. Esta deve incluir os fetos sencientes e a maioria dos animais não-humanos.

Pode haver considerações que conduzem a sociedade a criar categorias adicionais de personalidade. Nesse sentido, os embriões e os fetos não-sencientes podem ser tratados na terceira categoria de pessoas. Independente da proteção legal que decidimos conceder a esses seres, eles devem ter significativamente menos direitos do que qualquer das pessoas na primeira ou segunda categoria.

Uma quarta categoria de personalidade pode ser criada para lidar com o status legal de entes não-vivos que existem com o fim de promover os interesses humanos. As corporações são casos paradigmáticos destes tipos de entes. Os direitos desses entes podem ser ampliados ou restringidos a depender do benefício que trazem para a sociedade.

Finalmente, deve-se notar que a discriminação entre as pessoas com base na categoria de personalidade a que pertencem não viola os princípios básicos da igualdade, pois normativamente há relevantes diferenças entre membros das várias categorias. Tais diferenças justificam que seja concedido tratamento jurídico diferenciado para os seres a depender da categoria a que pertencam. Assim, a adoção do conceito de categorias de personalidade aqui proposto teria evitado o “dilema” que a Suprema Corte identificou em *Roe x Wade* no que diz respeito ao status legal dos fetos. Sendo possível conceber os fetos como pessoas de segunda categoria e os seres humanos nascidos como pessoas de primeira categoria, não haveria perplexidade no tratamento de tais entes de forma diferente. Também não haveria impedimento ao

proporcionar aos fetos alguns direitos ao devido processo legal, embora menos que as oferecidas aos humanos.

6. Níveis de personalidade e vitimização

A concepção de categorias de personalidade é útil para responder às perguntas relacionadas a quem deveria ser considerada vítima para a lei penal. Também pode ser útil na determinação dos direitos que devem ser concedidos às diferentes vítimas. Tem-se afirmado com frequência que vítima é uma “pessoa” que foi lesada por um crime.⁶⁷

O problema com esta definição é que ela sofre de ambiguidade, pois a “personalidade” é um conceito inerentemente obscuro. Assim, a questão sobre quem deve qualificar-se como uma pessoa que pode ser prejudicada por um crime é deixada sem resposta. Além disso, como tentamos demonstrar aqui, o problema com relação a quem deve ser considerado como pessoa é normativo, e não por definição ou conceito. Consequentemente, os méritos relativos a definições alternativas de vitimização devem ser preferencialmente avaliados pelo seu apelo normativo e não por sua compatibilidade com uma definição a priori da personalidade.

Em última instância, dúvidas sobre quem deve qualificar-se como vítima estão intimamente ligadas às questões sobre quais entes devem ter direitos cuja proteção faria sentido garantir por meio da lei penal. Tais questões não podem ser respondidas sem uma teoria sobre a personalidade e os direitos que devem ser inerentes aos diferentes seres. O conceito diferenciado da personalidade aqui adiantado constitui uma teoria. De acordo com esta teoria, as pessoas da primeira categoria devem ter acesso a todos os direitos que o nosso sistema legal tem a oferecer. Assim, seria perfeitamente aceitável para a sociedade proteger os direitos das pessoas da primeira categoria por meio da lei penal. Como resultado, os seres humanos nascidos e certos animais capazes

de autoconsciência devem inegavelmente se qualificar como candidatos à vitimização.

As pessoas da segunda categoria devem ter acesso a algumas proteções legais, mas não a todas. Mais especificamente, desde que o traço constitutivo das pessoas da segunda categoria é a sua capacidade de sofrer, devem ter o direito a se manterem livres de imposições ao sofrimento sem justificativa. Se este for o caso, não vejo razão para que devemos nos abster de fazer uso da lei penal como meio de salvaguarda de tais interesses. Como argumentei em outro ponto, as ofensas anti-crueldade foram efetuadas primariamente com o propósito de evitar o sofrimento dos animais sensíveis.⁶⁸ Isto me soa como uso perfeitamente legítimo da sanção penal. Uma vez que os animais protegidos por estes estatutos são criaturas sensíveis, o sofrimento infligido a tais criaturas podem plausivelmente ser caracterizado como dano juridicamente relevante. Se assim for, não deve haver nenhum impedimento em tratar animais sensíveis como as verdadeiras vítimas de tais delitos. O mesmo pode ser dito sobre os fetos sencientes. Sua capacidade de sentir dor nos dá boas razões para conceder-lhes direitos a serem mantidos livres de sofrimento injustificado. Assim, a salvaguarda de tais interesses por meio da lei penal é perfeitamente sensata.

Como já referido, no entanto, as pessoas da primeira e da segunda categoria garantem um tratamento jurídico distinto em função das suas diferenças. Assim, faz sentido para a lei penal proteger o primeiro tipo de pessoa mais que o último. As diferenças moralmente relevantes entre a primeira e a segunda categoria de pessoas podem explicar, por exemplo, porque um homicídio é quase que universalmente punido com mais severidade que o aborto e a crueldade animal. Além disso, poderia também explicar porque danos a interesses humanos são criminalizados com muito mais freqüência e incisivamente do que o mal para animais não-humanos.

O caso em favor do tratamento de pessoas da terceira categoria, tais como embriões e fetos não-sencientes, como vítimas

é muito mais fraco. Uma vez que tais seres não têm a capacidade de consciência e sensibilidade, é duvidoso que eles tenham interesse em não serem feridos ou destruídos. Portanto, as leis penais que protegem entes não-sencientes são mais adequadamente concebidas como estatutos que, mais além, são independentes da salvaguarda de qualquer interesse. Como resultado, pessoas de terceira categoria não são candidatas adequadas à vitimização. A verdadeira vítima em casos de danos a seres não-sencientes, se houver, seria uma pessoa da primeira ou segunda categoria, cujos interesses são prejudicados pelo dano ou destruição da pessoa do terceiro nível.

Por último, é incerto se pessoas da quarta categoria, como as empresas, devem ser tratadas como vítimas. Embora eu não esteja certo de qual seja a resposta correta para essa pergunta, penso que deve depender se a sociedade seria beneficiada ao proteger a empresa como vítima, independente se os indivíduos que têm ligações com o ente tenham sofrido danos. Em um artigo publicado nesta edição do simpósio, o professor Gómez-Jara Díez alegou que eles devem ser vítimas.⁶⁹ Se ele estiver certo, então pode ser plausivelmente sustentado que as empresas devem ser consideradas candidatas à vitimização. Em qualquer caso, a questão é discutível.

Em suma, creio que a concepção em categorias da personalidade aqui defendida nos concede um meio para melhor resolver a difícil questão sobre quem deve ser considerada vítima. Muitas pessoas acreditam que somente “pessoas” podem ser consideradas vítimas. Dado o caráter vago do conceito de personalidade, tal resposta é insatisfatória. Se por tal afirmação se entende que somente os seres humanos devem ser considerados vítimas, então acredito que é errônea. Os fetos sencientes e a maioria dos animais não-humanos têm interesses que podem ser justificados por meio da utilização de sanção criminal. Finalmente, não tenho nenhum problema com a afirmação de que só as pessoas

podem ser consideradas vítimas, enquanto é claro que o uso do termo “pessoa” neste contexto inclui pessoas da primeira e segunda categorias.

7. Os Cães de Michael Vick: uma segunda visão

No início deste artigo foi dito que o aspecto mais revelador do caso de Michael Vick é que ele foi condenado a pagar um milhão de dólares em indenização para garantir que os cães que ele lesou, como resultado de seu negócio ilegal, foram bem tratados. A razão pela qual esse recurso do caso é de importância é porque revela o que acredito ser uma tendência irreversível para uma abordagem mais sutil a perguntas sobre a personalidade e vitimização. Ao ordenar a indenização a ser paga neste caso, a Corte rejeitou implicitamente a noção de que ser humano deve ser pré-requisito a ser considerado tanto para vítima ou pessoa. Além disso, ao orientar que o dinheiro seja usado para melhorar a qualidade de vida dos cães, a Corte Distrital também foi tacitamente reconhecendo que os animais não-humanos têm um interesse juridicamente reconhecível em viver livre de sofrimento tanto quanto possível. Este interesse, é claro, provém da sua sensibilidade.

No entanto, seria um erro acreditar que a decisão da Corte implica necessariamente que os animais não-humanos são tanto pessoas legais quanto os seres humanos são. A citada decisão deve ser entendida como ela é: um exposto reconhecimento de que a sensibilidade é uma condição suficiente para o acesso a algumas das proteções que o sistema jurídico tem para oferecer: o status de vítima e de candidatura à indenização. Portanto, na medida em que o juiz que preside o caso de Vick se preocupa, pessoas da segunda categoria devem qualificar-se como vítimas. Alguns podem achar essa conclusão decepcionante. Eu, por outro lado, acho inatacável.

NOTAS

- ¹ Sumário dos fatos, *United States v. Michael Vick*, Criminal No. 3:07CR274 (E.D. Va. Aug. 24, 2007), disponível em: [http:// sports.espn.go.com/photo/2007/0824/vicksummary.pdf](http://sports.espn.go.com/photo/2007/0824/vicksummary.pdf).
- ² A conduta de Vick se constituiu em violação criminal do 18 U.S.C. § 371 (1948). Veja acordo judicial, *United States v. Michael Vick*, Criminal No. 3:07CR274, P 2 (E.D. Va. Aug. 24, 2007), disponível em: <http://sports.espn.go.com/photo/2007/0824/vickplea.pdf>.
- ³ Juliet Macur, *Given Reprieve, N.F.L. Star's Dogs Find Kindness*, N.Y. Times, Feb. 2, 2008, em A1, disponível em 2008 WLNR 1991314.
- ⁴ Acordo judicial, nota supra 2, na P 8.
- ⁵ Id.
- ⁶ ESPN News Services, *Jailed Quarterback to Pay for Care of Seized Pit Bulls*, Nov. 28, 2007, <http://sports.espn.go.com/nfl/news/story?id=3133102>.
- ⁷ Acordo judicial, nota supra 2, na P 8. Veja também 18 U.S.C. § 3663 (2000).
- ⁸ Quanto ao termo vitimização, entenda-se a possibilidade de animais serem entendidos como parte de determinada lide.
- ⁹ Veja Markus Dubber, *Victims in the War on Crime: The Use and Abuse of Victims' Rights* (2002).
- ¹⁰ O autor usa o termo "personhood", diferenciando-o de "humanhood", termos aqui traduzidos como "personalidade" e "humanismo", respectivamente.
- ¹¹ Muitos códigos penais definem "pessoa" de modo sinônimo a "ser humano." Veja, por exemplo, N.Y. Penal Law § 125.05(1) (McKinney 2004).
- ¹² Veja Dubber, nota supra 8, em 259 ("Todas as pessoas são humanas, mão nem todos os humanos são pessoas.").
- ¹³ Em inglês, o autor se refere ao termo "entities" – o qual pode ser traduzido como "entidade" ou "coisa".

- ¹⁴ Parece ser um significado constitucional de “pessoa”, pois a Corte Suprema trata as empresas como “pessoas” no sentido constitucional, embora certamente sejam seres não humanos. Veja, por exemplo, *Nw. Nat'l Life Ins.Co. v. Riggs*, 203 U.S. 243 (1906).
- ¹⁵ Veja *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 156-62 (1973), para análise, pela Corte Suprema, do uso histórico do termo “pessoa” para concluir que aos fetos não se deve atribuir o status da personalidade. A ausência de qualquer argumento substancial que poderia sustentar a decisão historicamente fundamentada da Corte de que fetos não são pessoas é particularmente surpreendente.
- ¹⁶ Outra opção poderia ser o abandono da linguagem da personalidade por completo. Como o Professor David Cassuto recentemente alegou, o termo “pessoa” traz consigo muita bagagem e inerentemente tão vago que talvez seja melhor suspender o seu uso. David N. Cassuto, *Bred Meat: The Cultural Foundation of the Factory Farm*, 70 *Law & Contemp. Probs.* 59, 82-85 (2007). Ainda que me simpatize com essa visão, acredito que enquanto a maioria das disposições constitucionais e legais concede direitos às “pessoas”, nós infelizmente não podemos deixar de fazer referência à personalidade como um meio de estabelecer direitos aos diferentes seres.
- ¹⁷ U.S. Const. amend. V.
- ¹⁸ U.S. Const. amend. XIV.
- ¹⁹ 118 U.S. 394 (1886).
- ²⁰ Veja Carl J. Mayer, *Personalizing the Impersonal: Corporations and the Bill of Rights*, 41 *Hastings L.J.* 577 (1990).
- ²¹ Veja *id.*
- ²² Veja Gary Francione, *Animal Rights Theory and Utilitarianism: Relative Normative Guidance*, 3 *Animal L. Rev.* 75, 83-87 (1997).
- ²³ Ronald Dworkin, *Justice in Robes* 9 (2006).
- ²⁴ Peter Singer, *Practical Ethics* 87 (2d ed. 1993).
- ²⁵ Veja Peter Kreeft, *Human Personhood Begins at Conception*, 4 *J. Biblical Ethics Med.* 9 (1997), disponível em: <http://www.catholiceducation.org/articles/abortion/ab0004.html>.

- ²⁶ *Byrn v. New York City Health & Hosps. Corp.*, 286 N.E.2d 887, 889 (N.Y. 1972).
- ²⁷ Dubber, nota supra 8, em 259.
- ²⁸ Id.
- ²⁹ Singer, nota supra 21, em 87.
- ³⁰ Roslyn Weiss, *The Perils of Personhood*, 89 *Ethics* 66, 67-68 (1978).
- ³¹ Michael Tooley, *Abortion and Infanticide*, 2 *Phil. & Pub. Aff.* 37, 40 (1972).
- ³² Id.
- ³³ Dubber, nota supra 8, em 259.
- ³⁴ Id. em 218-19 (discute o status de não-personalidade das empresas); id. em 258 (discute sua visão sobre animais como não-pessoas).
- ³⁵ 410 U.S. 113 (1973).
- ³⁶ Id. em 157 n.54
- ³⁷ Jessica Berg, *Of Elephants and Embryos: A Proposed Framework for Legal Personhood*, 59 *Hastings. L.J.* 369, 403 (2007).
- ³⁸ Id. em 373.
- ³⁹ Id.
- ⁴⁰ Id.
- ⁴¹ *Minneapolis & Saint Louis Ry. v. Beckwith*, 129 U.S. 26 (1889).
- ⁴² *County of Santa Clara v. S. Pac. R.R.*, 118 U.S. 394 (1886).
- ⁴³ *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43 (1906).
- ⁴⁴ *Marshall v. Barlow's, Inc.*, 436 U.S. 307 (1978).
- ⁴⁵ *La. Rev. Stat. §§ 9:121, 9:123* (1999).
- ⁴⁶ Id. § 124
- ⁴⁷ Id. § 122.
- ⁴⁸ Berg, nota supra 34, em 391-92.
- ⁴⁹ Id. em 400

- ⁵⁰ Id. em 399.
- ⁵¹ Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey, 505 U.S. 833, 846 (1994).
- ⁵² Berg, nota supra 34, em 393-94.
- ⁵³ Veja Harris v. McRae, 448 U.S. 297, 313 (1980) (cita Roe v. Wade, 410 U.S. 113, 162-63(1973)), para as afirmação da Corte Suprema de que o interesse governamental em proteger os fetos ““ cresce substancialmente à medida que a se aproxima o momento da mulher dar a luz.”
- ⁵⁴ Berg, nota supra 34, em 403-05
- ⁵⁵ Id. em 404.
- ⁵⁶ Id.
- ⁵⁷ Veja Singer, nota supra 21, em 101
- ⁵⁸ Id. em 86.
- ⁵⁹ Id. em 86-87, 101, 115-16.
- ⁶⁰ Id. em 101.
- ⁶¹ Id. em 95-99.
- ⁶² Id. em 101, 132.
- ⁶³ Reconheço que alguns estudiosos do direito animal podem fazer oposição a minha proposta porque ela pode ser interpretada como concessão de direitos a depender do grau de semelhança existente entre criaturas não-humanas e seres humanos. Veja, por exemplo, Taimie Bryant, *Similarity or Difference as a Basis for Justice: Must Animals Be Like Humans to Be Legally Protected from Humans?*, 70 Law & Contemp. Probs. 207 (2007). Assim, pode ser “propenso ao especismo porque não valida a “alteridade”, ao invés de gratificar os humanos análogos, quando e se eles aparecem em outros seres.” **Cassuto**, supra note 13, at 86. Apesar deste possível criticismo, a visão que aqui proponho não deve ser rejeitada como especista, pois as distinções aqui feitas não são fundamentadas com base nos seres pertencentes a espécies em particular, mesmo se argumentasse que algumas espécies merecem mais proteção que outras. Em última análise, o quantum de proteção legal depende do ser ter capacidade de autoconsciência e percepção de futuro, e não pertence a espécies em particular. O fato de seres humanos normalmente compartilharem essas características não vem ao caso, pois o que realmente

importa são os traços e não as espécies. Veja Singer, nota supra 21, em 61 (relata que não é especista que alega que a vida humana tem mais valor que a vida animal por causa da capacidade humana de autoconsciência porque “não é na base da própria espécie que uma vida é considerada mais valiosa que a outra”). Estas características importam porque os seres que possuem percepção própria e têm noção do futuro são mais propensos a sofrer que as criaturas que não as possuem. Seres autoconscientes, por exemplo, temem a morte não apenas pela possível dor que o processo da morte pode causar, mas também pelo sofrimento que pode causar por ter conhecimento pleno do fim de alguém (pense na angústia de um prisioneiro no corredor da morte que agoniza quando contempla sua futura morte). Além disso, como os seres auto-conscientes são conscientes da passagem do tempo e fazem planos para o futuro, matá-los não implica somente no encerramento de suas existências, mas também tomá-los a possibilidade de realizar seus planos e aspirações. Matar seres com a falta dessas características de alguma maneira não lhes causa dano. Considerando que eles não são conscientes do futuro, também não tem percepção do significado da morte. Como lhes falta capacidade de fazer planos para o amanhã, não possuem noção da transitoriedade do momento de sua própria existência.

- ⁶⁴ Imagino que é um tanto arbitrário excluir alguns fetos desenvolvidos desta categoria. Este é um produto dos problemas da linha traçada pela lei. Esta decisão, no entanto, é provavelmente justificada, pois, como o Professor Berg argumenta: a preocupação não consiste em determinar em que ponto os fetos desenvolvem interesses, mas em que ponto estes deve formar a base da personalidade legal. Esta é uma questão da linha traçada — a personalidade legal deve surgir em algum momento mesmo que seja provável que os interesses do feto se desenvolvam continuamente. A lei é o melhor instrumento contundente. Embora deva haver uma maneira de se chegar a uma abordagem um pouco diferenciada no aspecto legal ao reconhecer a personalidade jurídica em um estágio inicial do desenvolvimento fetal, e em sequência à personalidade natural em um estágio mais tardio, ambas as designações ainda devem ser baseadas em padrões justos e facilmente identificáveis — em outras palavras, devemos traçar linhas. A determinação final de como e se fazemos distinções entre diferentes níveis de desenvolvimento de seres humanos deve depender de necessidades práticas em identificar linhas legais claras. Berg, nota supra 34, em 393.

65 Veja as autoridades citadas em Singer, nota supra 21, em 110-18, pois uma discussão das provas científicas mostram que todos os primatas são aptos a terem auto-conhecimento e racionalidade.

66 Singer, nota supra 21, em 151.

67 Veja geralmente Dubber, nota supra 8.

68 Luis E. Chiesa, *Why is it a Crime to Stomp on a Goldfish? - Harm, Victimhood and the Structure of Anti-Cruelty Offenses*, 78 *Miss. L.J.* (forthcoming 2008), disponível em <http://ssrn.com/abstract=1104494>.

69 Carlos Gómez-Jara Díez, *Corporations as the Victims of Mismanagement: Beyond the Shareholders vs. Managers Debate*, 28 *Pace L. Rev.* 795 (2008).

Recebido em: 28/11/2011.

Aprovado em: 02/02/2012.