

A DIGNIDADE DOS ANIMAIS E O ATIVISMO JUDICIAL

Everaldo Augusto Cambler¹

Estevão Campos dos Santos²

Robson de Alvarenga³

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 2 A EVOLUÇÃO RECENTE DA LEGISLAÇÃO EUROPEIA EM RELAÇÃO AOS ANIMAIS: COISAS OU SERES? 3 A SITUAÇÃO DOS ANIMAIS NO BRASIL. 4 ENTRE A DIGNIDADE DA PESSOA PRIMATA E HUMANA. 5 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O ATIVISMO JUDICIAL. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMO: O artigo aborda a questão da limitação dos conceitos constitucionais em face da realidade jurídica e histórica da sociedade humana, corporificada num conjunto de normas que deve sempre ser harmonizado pelo intérprete, apresentando uma visão crítica sobre os óbices ao avanço da tendência de reconhecimento de direitos aos animais, bem como apontando a falta de legitimação democrática no ativismo judicial, que vem ampliando indevidamente o valor da dignidade da pessoa humana como suposta justificativa para a desconsideração do ordenamento jurídico e sua substituição por um regime unilateralmente criado pelo aplicador do Direito.

¹ Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1981), mestrado (1991) e doutorado em Direito (1997) pela mesma Universidade. Atualmente é professor assistente doutor do programa de graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica, professor e co-coordenador do Curso de Especialização em Direito Imobiliário no curso de extensão e especialização em Direito do COGEAE da PUC/SP e docente participante do programa de Pós-Graduação dessa mesma Universidade. É Professor Titular do Programa de Pós-graduação stricto sensu (Mestrado e Doutorado) da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo - FADISP. Autor de diversos artigos e livros. É árbitro da Câmara de Mediação e Arbitragem da Sociedade Rural Brasileira e Presidente da Comissão de Direito Imobiliário do Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP. É sócio do Escritório Arruda Alvim & Thereza Alvim Advocacia e Consultoria Jurídica, consultor jurídico e parecerista nas áreas de Direito Civil, Obrigações, Contratos, Responsabilidade Civil, Direito das Coisas, coordenando o núcleo de Direito Imobiliário.

² Graduado em Direito pela Universidade Vale do Rio Doce (2012). Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Público. Professor de graduação nas áreas de direito civil e constitucional. Pós-graduado em direito público e Mestrando em Direito Constitucional pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo. Bolsista Capes/Prosup; contato: steve-camp@hotmail.com.

³ Possui graduação em Direito pela Universidade de São Paulo (1998). Atualmente exerce a função pública de 4º Oficial de Registro de Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Capital-SP. Tem experiência na área de Direito Notarial e Registral. Mestrando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo.

PALAVRAS-CHAVE: Valores e conceitos constitucionais. Limitação. Realidade jurídica e histórica. Direito dos animais. Dignidade da pessoa humana. Interpretação constitucional. Ativismo judicial.

THE ANIMAL'S DIGNITY AND THE JUDICIAL ACTIVISM

ABSTRACT: The article addresses the limitation of constitutional concepts by virtue of juridical and historical reality of human society, embodied in a set of norms that must always be harmonized by the interpreter, presenting a critical view on the obstacles to the advancement of animal rights recognition trend, as well as pointing the lack of democratic legitimacy in judicial activism, which has unduly amplified the value of human dignity as a supposed justification for disregarding the legal order and replacing it by a regime created unilaterally by the Jurist.

Key Words: Constitutional values and concepts. Limitation. Legal and historical reality. Animal rights. Dignity of the human person. Constitutional interpretation. Judicial activism. Conceptos constitucionales. Limitación. Realidad jurídica y histórica. Derecho de los animales. Dignidad humana. Interpretación constitucional. Activismo judicial.

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico desenvolvido em qualquer país tem sempre origem na vontade humana, como única fonte real e verdadeira de poder, motivo pelo qual toda e qualquer norma, ainda que constitucional, deve encontrar legitimação nessa mesma vontade, sendo juridicamente insustentável pretender extrair de conceitos ou valores jurídicos constitucionais, consequências diversas daquelas pretendidas e reconhecidas como válidas pela sociedade humana organizada de que tenha se originado a norma.

A *dignidade da pessoa humana*, enquanto conceito jurídico, tem sido utilizada como justificativa pelo movimento do *ativismo judicial* para interpretações *contra legem* e em afronta à Súmula Vinculante nº 10 do STF, o que culmina por banalizar esse valor constitucional essencial, violando o Estado Democrático de Direito ao afetar a integridade e os contornos do próprio ordenamento jurídico.

Considerando o abuso e o uso indevido da expressão, o presente artigo pretende contribuir para uma reflexão e retomada do verdadeiro sentido do termo,

segundo sua finalidade constitucional e em harmonia com o ordenamento jurídico, visando assegurar a legitimação democrática de sua aplicação à sociedade humana.

2 A EVOLUÇÃO RECENTE DA LEGISLAÇÃO EUROPEIA EM RELAÇÃO AOS ANIMAIS: COISAS OU SERES?

O Código Civil Francês foi alterado em 2015 para fazer constar, expressamente, o reconhecimento de que os animais são *seres vivos* que possuem sensibilidade, conforme se verifica na redação do art. 515-14⁴: “*Os animais são seres vivos dotados de sensibilidade. Os animais estão submetidos ao regime de propriedade, com as ressalvas das leis que os protegem*” (tradução nossa).

Conquanto mantidos como objetos submetidos ao direito de propriedade dos homens, a lei francesa passou a reconhecer expressamente que o regime protetivo dos animais não humanos tem por pressuposto justamente a condição fática de que tais animais também possuem aptidão para sentir, o que tornaria justificável e até mesmo necessário um tratamento diferenciado em relação às coisas inanimadas em geral.

Para os defensores dos direitos dos animais, esse reconhecimento da *senciência*⁵ dos animais não humanos abre oportunidade para ampliação da discussão sobre o cabimento do reconhecimento, pela sociedade humana, da personalidade de todos os animais e de sua aptidão para serem titulares de direitos autônomos em relação ao homem.

O assunto é realmente intrigante, já que até recentemente nunca tinha havido a preocupação jurídica de formalizar o reconhecimento de que, diferentemente do que a ciência afirmou por muito tempo, animais não humanos também demonstram aptidões relacionadas à capacidade de compreensão, de sentimento e de algum nível de inteligência.

Também em Portugal, houve recente modificação do Código Civil, por meio da Lei n.º 8/2017 de 3 de março de 2017, alterando a situação jurídica dos animais.

⁴ FRANÇA. Código Civil. Versão consolidada em 2 de março de 2017, www.legifrance.gouv.fr: “Art. 515-14. - *Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens.*” (redação conferida pela Lei n° 2015-177 de 16 de fevereiro de 2015).

⁵ Significado de *Senciência*, de acordo com o dicionário *Priberium*: 1. *Qualidade do que é senciente*. 2. *Capacidade para ter sensações ou impressões*. “senciência”, in *Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha]*, 2008-2013, <https://www.priberam.pt/dlpo/senci%C3%A4ncia> [consultado em 14-05-2017].

O atual artigo 201-B do Código Civil Português reconhece que: “*Os animais são seres vivos dotados de sensibilidade e objeto de proteção jurídica em virtude da sua natureza.*”

A par disso, o art. 201-D do mesmo *Codex* estabelece que: “*Na ausência de lei especial, são aplicáveis subsidiariamente aos animais as disposições relativas às coisas, desde que não sejam incompatíveis com a sua natureza.*”

Isso significa, em última análise, que os animais não estão mais sujeitos ao regime jurídico típico das coisas, cujas normas podem lhes ser aplicadas apenas em caráter subsidiário e, ainda assim, somente se não forem incompatíveis com a sua natureza.

À evidência, está aberto o campo para interpretação e compreensão de qual seria, então, essa natureza dos animais não humanos e em que essa natureza pode restringir ou afastar totalmente a aplicação de regras típicas do direito das coisas.

O Código Civil Alemão (BGB), já contempla norma assemelhada desde 1990, afirmando sua Seção 90a⁶ que: “*Animais não são objetos. Eles são protegidos por leis especiais. Eles são regidos pelas disposições relativas às coisas, com as necessárias modificações, salvo ser houver disposição em contrário.*” (tradução nossa).

Sobre a importância da alteração legislativa contida no BGB alemão, destaca Alfredo Domingues Barbosa Migliore:

[...]quanto à inovação alemã, Menezes Cordeiro conclui que ela significa um avanço, já que tem o mérito de transformar os animais, ainda que dentro da mesma categoria dos objetos de direito, em ‘*coisas sui generis*’. Com efeito, o legislador alemão não quis chocar. Basta ver que ‘as razões de forma e os seus objetivos mostram claramente que prevaleceu o entendimento segundo o qual, para a tutela dos animais, era conveniente a sua não recondução pura e simples às coisas. [...] “O comentário do ambientalista Paulo Bessa não desafina desse entendimento. Ele, com efeito, revela que ‘o Código Civil alemão é bastante inovador, pois reconhece a categoria jurídica ‘animais’ que é intermediária entre ‘coisas’ e ‘pessoas’. Já Tânia da Silva Pereira comenta o artigo, dizendo que o direito alemão distingue pessoas, coisas e animais. [...] Enquanto as regras de bem estar animal impõem o dever de tratar bem os animais, não lhes causando o homem sofrimento desnecessário, os direitos dos animais levariam a um respectivo poder de exigir que eles não sejam tratados como objeto de direito ou coisa. A diferença fundamental e, para demonstrá-la, tomamos emprestado a analogia de Regan: as regras de *animal welfare*

⁶ ALEMANHA. Código Civil - Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Versão promulgada em 2 de janeiro de 2002, www.gesetze-im-internet.de: “§ 90a Tiere - Tiere sind keine Sachen. Sie werden durch besondere Gesetze geschützt. Auf sie sind die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist.”

impõem jaulas maiores e limpas, ao passo que o movimento dos direitos dos animais parece querer jaulas vazias.⁷

Inegável que há realmente uma tendência, não só teórica, mas sim legal de reconhecimento formal da necessidade de diferenciação quanto ao tratamento jurídico dos animais não humanos. Todavia, a abertura dessa nova categoria jurídica não resolveu definitivamente o assunto.

Elevar os animais não humanos à categoria de *seres*, diferenciando-os das coisas, não significa, necessariamente, o reconhecimento da qualidade de *sujeitos especiais* com aptidão para titularizar direitos.

Sem embargo, percebe-se que o tema está em evolução e certamente será objeto de análise mais aprofundada ao longo das próximas décadas, sempre em atenção à modificação da concepção humana sobre a realidade que nos cerca.

Aliás, a esse propósito, é oportuna a indagação levantada pela pesquisadora Eliane Sebeika Rapchan: “Ora, se as pesquisas sobre comportamento de primatas não-humanos realmente forem capazes de borrar e diluir as fronteiras entre o que temos concebido até agora como humano, que tipo de pergunta isso nos colocaria?”⁸

Conquanto atualmente a lei se limite a proteger o bem-estar dos animais não humanos, mantendo-os ainda na condição de objeto do Direito (e não de titulares do Direito), essa evolução legislativa certamente estimulará o debate sobre os contornos e limites desse novo conceito jurídico híbrido, especialmente no que concerne à questão do eventual reconhecimento de personalidade aos animais não humanos, com consequente aplicação a eles de direitos fundamentais, como a vida, liberdade e dignidade, que são atualmente restritos aos seres humanos.

Vale destacar que a dignidade humana, após diversas intempéries evolutivas históricas, surge como primado maior da preservação da civilização humana:

A dignidade humana tem seu berço secular na filosofia. Constitui, assim, em primeiro lugar, um valor, que é conceito axiológico, ligado à ideia de bom, justo, virtuoso. Nessa condição, ela se situa ao lado de outros valores centrais para o Direito, como justiça, segurança e solidariedade. É nesse plano ético que a dignidade se torna, para muitos autores, a justificação moral dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Em plano diverso, já com o batismo da política, ela passa a integrar documentos internacionais e constitucionais,

⁷ MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. A Personalidade Jurídica dos Grandes Primatas. 2010. 409 f. Tese, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2010, pág. 146.

⁸ RAPCHAN, Eliane Sebeika. Para Além do Humano: Pesquisas Sobre o Comportamento de Primatas Superiores e a Produção de Novas Fronteiras Para a Alteridade. 2003. Revista Teia on line 7. www.pea.uem.br

vinda ser considerada um dos principais fundamentos dos Estados democráticos. Em um primeiro momento, contudo, sua concretização foi vista como tarefa exclusiva dos Poderes Legislativo e Executivo. Somente nas décadas finais do século XX é que a dignidade se aproxima do Direito, tornando-se um conceito jurídico, deontológico – expressão de um dever-ser normativo, e não apenas moral ou político. E, como consequência, sindicável perante o Poder Judiciário. Ao viajar da filosofia para o Direito, a dignidade humana, sem deixar de ser um valor moral fundamental, ganha também *status* de princípio jurídico.⁹

O valor da *dignidade da pessoa humana* representa uma conquista evolutiva, decorrente do aprimoramento de uma visão de mundo que pretende garantir elementos éticos e jurídicos essenciais para a harmonia e prosperidade humanas, não possuindo nenhuma vinculação com outras espécies não humanas, pois os direitos humanos são mandamentos supra morais de aceitação dos direitos fundamentais da humanidade:

A dignidade humana, então, é um valor fundamental que se viu convertido em princípio jurídico de estatura constitucional, seja por sua positivação em norma expressa seja por sua aceitação como um mandamento jurídico extraído do sistema. Serve, assim, tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais.¹⁰

É possível sustentar que determinadas características fundamentais encontradas nos seres humanos, estão ausentes nos animais de outras espécies, sendo oportuno mencionar a conjugação entre autonomia e dignidade, para a determinação da ação ética, na sistemática Kantiana:

Os dois outros conceitos imprescindíveis são os de autonomia e dignidade. A autonomia expressa a vontade livre, a capacidade do indivíduo de se autodeterminar, em conformidade com a representação de certas leis. Note-se bem aqui, todavia, a singularidade da filosofia kantiana: a lei referida não é uma imposição externa (heterônoma), mas a que cada indivíduo dá a si mesmo. O indivíduo é compreendido como um ser moral, no qual o dever deve suplantar os instintos e os interesses. A moralidade, a conduta ética consiste em não se afastar do imperativo categórico, isto é, não praticar ações senão de acordo com uma máxima que possa desejar seja uma lei universal. A dignidade, na visão kantiana, tem por fundamento a autonomia. Em um mundo no qual todos pautem a sua conduta pelo imperativo categórico – no “reino dos fins”, como escreveu –, tudo tem um preço ou uma dignidade. As

⁹ BARROSO, Luís Roberto. “A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010, p. 10.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. “A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010, p. 11.

coisas que têm preço podem ser substituídas por outras equivalentes. Mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e não pode ser substituída por outra equivalente, ela tem dignidade. Tal é a situação singular da pessoa humana. Portanto, as coisas têm preço, mas as pessoas têm dignidade. Como consectário desse raciocínio, é possível formular uma outra enunciação do imperativo categórico: toda pessoa, todo ser racional existe como um fim em si mesmo, e não como meio para o uso arbitrário pela vontade alheia.¹¹

Importa considerar que a linha tênue que separa os seres humanos dos demais animais que habitam o planeta talvez nem seja simplesmente a capacidade de sentir, mas, com maior relevância, a aptidão humana de expressar adequadamente seus sentimentos e de definir e organizar sua conduta visando atingir objetivos pré-determinados, já que essa aptidão induz ao poder de interferir com a realidade de modo a obter liberdade. E, como sabido, o Direito emana da vontade humana, como expressão desse poder de autodeterminação.

Conquanto se possa reconhecer que determinadas espécies de animais possuem algum nível de inteligência, além de demonstrarem sentimentos, essa constatação fática não é suficiente para ensejar a aquisição, por tais animais, de direitos ou prerrogativas, sendo descabido invocar, para tanto, princípios ou valores constitucionais estabelecidos para alcançar apenas a espécie humana, porquanto essas normas estão sujeitas às limitações impostas pela vontade da sociedade humana, no exercício de seu poder ilimitado de criação de normas.

Por outra colocação, não é possível opor à espécie humana interpretações de regras e valores constitucionais que contrariem a vontade da própria sociedade humana, fonte única de validação de toda e qualquer norma, ainda que tais interpretações se mostrem teoricamente coerentes e até mesmo tecnicamente corretas.

Assim sendo, o reconhecimento do direito à vida, do poder de autodeterminação ou a equiparação, parcial ou total, de espécies não humanas aos seres humanos dependeria fundamentalmente da aquiescência da sociedade humana, e não de qualquer aspecto biológico, como código genético, inteligência ou demonstração de sentimentos.

E essa aquiescência, como é sabido, poderia decorrer ou da solidariedade voluntária da espécie humana (mais forte) em relação à outra espécie (mais fraca) ou da necessidade apaziguar conflitos que venham algum dia a surgir entre humanos e alguma

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. “A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010, p. 18.

espécie que se desenvolva a ponto de incomodar ou de poder enfrentar o poder dominante estabelecido no planeta pela sociedade humana.

A constatação de que um animal não humano, mesmo possuindo inteligência e sentimentos, não pode ter reconhecido nem mesmo seu direito básico à vida, enquanto isso não for conveniente aos interesses dos seres humanos, como espécie dominante no planeta, serve como demonstração de que toda regra ou valor constitucional dobra-se perante a vontade real da sociedade humana, que se guia por interesses e conveniências concretas, e não por conceitos jurídicos abstratos.

3 A SITUAÇÃO DOS ANIMAIS NO BRASIL

No Brasil, a par das normas que protegem animais contra tratamento cruel, não há ainda indícios de alteração da lei para modificar a categoria de enquadramento dos animais não humanos.

A Constituição Federal brasileira, em seu artigo 225, preceitua que:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

[...]

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou **submetam os animais a crueldade**. (grifos nossos)

Não se admite, portanto, a extinção de espécies ou a submissão de animais à crueldade.

Em recente decisão do Supremo Tribunal Federal¹², considerou-se inconstitucional uma lei do Estado do Ceará que regulamentou a prática da *vaquejada*¹³, por considerar que os animais estariam submetidos a situação de crueldade vedada pela Constituição Federal.

¹² <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326838>

¹³ vaquejada (vaquejar + -ada) substantivo feminino 2. [Brasil: Norte] Torneio onde vaqueiros montados a cavalo tentam desequilibrar e derrubar um novilho, segurando-o pela cauda. "vaquejada", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, <https://www.priberam.pt/dlpo/vaquejada> [consultado em 14-05-2017].

Já o Código Civil de 2002, embora não trate expressamente dos animais ao definir as diferentes classes de bens, confere aos animais não humanos, em diversos dispositivos, enquadramento como objeto do direito de propriedade, o que permite afirmar que os animais estariam ainda incluídos na tradicional definição de *semoventes* contida no art. 82 do *Codex*.

Para fins de controle administrativo e sanitário dos animais de estimação, o Município de São Paulo estabeleceu um sistema de cadastramento obrigatório, providência que vem sendo adotada por diversos outros municípios.

A par disso, visando, não só auxiliar o controle estatal, mas também proteger o direito de propriedade sobre os animais de estimação, existe atualmente uma Central Nacional de Registro de Animais de Estimação, gerida pelo Instituto de Registro de Títulos e Documentos do Brasil, que concentra todos os registros efetuados em conformidade com a Lei nº 6.015/1973, que tenham por objeto a propriedade ou guarda de animais de estimação.

Cumprido destacar, contudo, que esse sistema registral tem por pressuposto a relação de propriedade estabelecida entre o ser humano e os animais de estimação, que ocupam apenas a posição de objeto do Direito, posto que não há ainda no Brasil nenhuma base legal para o reconhecimento de personalidade aos animais não humanos ou da qualidade de titulares de direitos.

Embora não se cuide de um registro civil de nascimento, o registro do animal de estimação no âmbito do Registro de Títulos e Documentos contribui para a identificação do animal de estimação, o que, um dia, poderá servir como suporte para a evolução do tratamento jurídico dos animais, porquanto a *individualização* é requisito essencial para o reconhecimento de personalidade, conforme afirma a doutrina em relação aos humanos:

Muito embora existam tantas outras necessidades fundamentais, carece de apontar que esta pessoa humana para que esteja habilitada a reivindicar e a ter a garantia de tais necessidades contempladas, precisa ter uma existência formal que a distinga dos demais indivíduos no seio social. Assim, cada ser humano, cada pessoa carece de ter reconhecida sua condição de ser único e irrepetível, decorrência de uma “conscientização ética do posicionamento moral de cada indivíduo que almeja ser reconhecido e protegido em sua integridade pessoal, independentemente de seu papel na sociedade”(Berger e outros 1975, p.75 e SS) Esta individualização é um aspecto essencial da era moderna. Como decorrência natural, tem-se então que todo ser humano precisa ser reconhecido enquanto tal e, portanto, tem o direito a ter um nome, enquanto designação que promova o seu reconhecimento social e o permita,

na medida em que inserto na ambiência político-cultural da sociedade, torná-lo apto a ser titular de direitos e deveres nesta mesma ordem social¹⁴.

Reitere-se, como já mencionado, que no Brasil os animais não humanos permanecem submetidos a enquadramento na categoria jurídica atinente ao direito das coisas.

Não obstante, decorre do sistema constitucional brasileiro um regime de proteção especial aos animais não humanos, o que já evidencia uma certa diferenciação jurídica, que poderá evoluir, na esteira das recentes alterações legislativas europeias.

Em recentes julgados¹⁵ envolvendo partilha de bens, encontram-se decisões que destacam a relevância dos animais de estimação nas discussões sobre divisão de bens, o que indica uma nítida tendência de reconhecimento do caráter singular da relação jurídica entre humanos e animais de outras espécies¹⁶.

4 ENTRE A DIGNIDADE DA PESSOA PRIMATA E HUMANA

No último dia 5 de abril do corrente ano, ganhou destaque na imprensa brasileira a notícia de que fora concedido *Habeas Corpus* para uma chimpanzé que vivia enclausurada, em condições *desumanas*, no zoológico da cidade de Mendoza - Argentina.

A iniciativa foi capitaneada pela ONG argentina AFADA e o sucesso da medida foi comemorado pelos defensores dos direitos dos animais.

Estranhamente, aplicou-se para a libertação do chimpanzé remédio constitucional que sempre esteve atrelado à garantia da liberdade da pessoa humana.

¹⁴ HOGEMANN, Edna Raquel. DIREITOS HUMANOS, DIREITOS PARA QUEM? O DIREITO PERSONALÍSSIMO AO NOME E A QUESTÃO DO SUB-REGISTRO, In: ENCONTRO ANUAL DA ANDHEP - DIREITOS HUMANOS, DEMOCRACIA E DIVERSIDADE, V, 17 a 19 de setembro de 2009, UFPA, Belém (PA), Grupo de Trabalho: Direitos Econômicos, Sociais e Políticas Públicas de Direitos Humanos, fls. 1/20.

¹⁵ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5905/Justi%C3%A7a+de+SP+determina+guarda+compartilhada+de+animal+de+estima%C3%A7%C3%A3o+durante+processo+de+div%C3%B3rcio>>. Acesso em: 14 de mai. 2017.

¹⁶ AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 673.214 - SP (2015/0045784-7): AGRAVO REGIMENTAL. Insurgência contra decisão monocrática que deu provimento ao agravo de instrumento. AGRAVO DE INSTRUMENTO. Inconformismo contra decisão que determinou a entrega do cão de estimação do casal à mulher, no prazo de 48 horas, sob pena de multa. Em recurso de agravo de instrumento anterior foi autorizada a guarda do animal pela agravada, no entanto, entre junho de 2012 e fevereiro de 2013, a agravada não deu mostras de possuir interesse em ficar com o animal, evidenciado pela ausência de diligência. Autorizada a manutenção da situação fática. Recurso provido. Agravo regimental improvido.

Historicamente, em 1215 na Magna Carta, o instituto do *Habeas Corpus* foi lançado como modelo garantidor da liberdade de locomoção dos indivíduos, protegendo-os da arbitrariedade do Poder Público.

A opressão causada pelo Rei João Sem Terra, com a decisão de aumento dos tributos, serviu como estopim para a revolta dos barões ingleses. A assinatura do documento constitucional inaugurou a era do movimento do constitucionalismo, iniciado através do documento supracitado, tendo forte condão de afirmar os direitos fundamentais e elevá-los a patamar até então desprestigiado.

Como primazia, o *Habeas Corpus* serve como remédio para afastar a ilegalidade de constrição injustificada ao direito de locomoção de determinado indivíduo.

Voltando os olhares para o constitucionalismo brasileiro, pelo intrínseco liame entre Portugal e Brasil pelas Ordenações Filipinas, após o retorno de D. João VI a Portugal, com a denominada Carta de Seguro; foi inserido através do Decreto 23 de Maio de 1821, mecanismo quanto aos critérios no processo legal contra constrição da liberdade.

Apenas em 1832, no Código de Processo Criminal, o *Habeas Corpus* aparece na forma consagrada, mas de modo restritivo:

O texto do Código de Processo Criminal adotou uma postura restritiva quanto ao *Habeas Corpus Act* de 1679; nesta fase o instituto brasileiro não passou de instrumento da seara criminal. A prática brasileira assumia um escopo mais amplo do que o texto preceituava. Isso deve-se ao Aviso do Ministério da Justiça de 30 de Agosto de 1863, que considerava equivalente qualquer constrangimento ilegal, seja de ordem administrativa ou do judiciário, a restrição da liberdade de ficar, vir e ir. Ainda, houve modificações importantes, Decreto 2.033 de 20 de Setembro de 1871, no âmbito regulativo do instituto em questão, pois estruturaram-se duas modificações relevantes ao sistema, quais sejam: estruturou-se os dois tipos de *habeas corpus*, o preventivo e o liberativo, que são utilizados/normatizados; deu-se a introdução do princípio da igualdade, igualando o estrangeiro com o brasileiro no requerimento do mandado.¹⁷

Constitucionalmente, o *Habeas Corpus* integrou o ordenamento, pela primeira vez, em 1891¹⁸. A previsão textual ampliou a principiologia do instituto, adotando tom garantista-liberal coadunando com o rol de direitos individuais:

¹⁷ MASSAÚ, Guilherme Camargo. “A História do Habeas Corpus no Direito Brasileiro e Português.” Revista Ágora, Vitória, n. 7, 2008, p. 1/33

¹⁸ SOUZA, Luiz Henrique Boselli. “A doutrina brasileira do habeas corpus e a origem do mandado de segurança Análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal.” Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 177, jan./mar. 2008, p. 76: A razão disso estava na redação original do art. 72, § 22, da Constituição de 1891 que dizia, “dar-se-á habeas-corpus sempre que

Embora sendo avalizada pela Suprema Corte, a interpretação lata do sentido do texto constitucional, continuaram vozes a defender a aplicabilidade restrita, baseando-se na liberdade física do remédio. Logo, essa doutrina, defensora do sentido estrito, ganhou força; reforçou-se, assim, a ideia de assegurar direitos que tivessem na liberdade de ir, vir e ficar o meio de seu exercício. Começa o início da restrição da ampliada concepção jurídica do *Habeas Corpus*.¹⁹

Nossa atual Constituição Federal sedimentou as intempéries e evoluções do *Habeas Corpus*, no art. 5º, LXVIII, prevendo a possibilidade de impetração em favor de todos que sofrerem ameaça de violência ou coação em sua liberdade de locomoção de modo ilegal. Nesse caso, a ilegalidade é conceituada pelo abuso do poder no exercício da constrição da liberdade por autoridade²⁰.

Tanto o atual texto constitucional como a Magna Carta tutelam o direito inerente à liberdade humana frente à arbitrariedade do poder público. Observa-se que em dado momento histórico, lastreada na instituição dos direitos fundamentais encontrados na Magna Carta, a liberdade elevou-se a direito fundamental, vinculada à dignidade da pessoa humana, isso porque, os direitos fundamentais são direitos humanos²¹.

Ao vincular a liberdade à dignidade da pessoa humana, preceitua a declaração universal dos direitos humanos:

o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder”. Como se pode notar, o referido dispositivo não fazia nenhuma remissão ao direito de ir e vir, nem à liberdade de locomoção. Também não falava em prisão, constrangimento corporal, em liberdade física propriamente dita. Somando-se a isso a presença das expressões coação, ilegalidade e abuso de poder, construiu-se a tese da utilização desse writ em todas essas hipóteses, independentemente da presença de um constrangimento físico direto. Essa tese, que ficou conhecida como a Doutrina Brasileira do Habeas Corpus, encontrou em Ruy Barbosa ardoroso defensor. Segundo ele, “não se fala em prisão, não se fala em constrangimentos corporais. Fala-se amplamente, indeterminadamente, absolutamente, em coação e violência; de modo que, onde quer que surja, onde quer que se manifeste a violência ou a coação, por um desses meios, aí está estabelecido o caso constitucional do habeas corpus”

²⁰ Nosso Código Penal preceitua o que devemos considerar como autoridade:

Art. 350 - Ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder:

Pena - detenção, de um mês a um ano.

Parágrafo único - Na mesma pena incorre o funcionário que:

I - ilegalmente recebe e recolhe alguém a prisão, ou a estabelecimento destinado a execução de pena privativa de liberdade ou de medida de segurança;

II - prolonga a execução de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de executar imediatamente a ordem de liberdade;

III - submete pessoa que está sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei;

IV - efetua, com abuso de poder, qualquer diligência.

²¹ ISHIKAWA, Lauro. O Direito ao Desenvolvimento como Concretizador do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 2008. 147 f. Dissertação, Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008, pág. 75: “Temos que ter em mente a distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos sendo certo que, do ponto de vista histórico, ou seja, na ‘dimensão empírica’, ‘os direitos fundamentais são, originalmente, direitos humanos’.”

Considerando que, na Carta, os povos das Nações Unidas proclamam, de novo, a sua fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres e se declaram resolvidos a favorecer o progresso social e a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla;

[...]

Artigo 3º Todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

[...]

Artigo 7º Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual protecção da lei. Todos têm direito a protecção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

[...]

Artigo 10º Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida.²²

Coadunando o pensamento alhures, expõe o pacto internacional sobre direitos civis e políticos:

ARTIGO 9

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos²³.

A liberdade preconizada nos textos acima²⁴ representa intrínseca previsão de garantia fundamental, ao pronunciar que será ilegal a constrição desrespeitosa à dignidade da pessoa humana, que implica em desrespeito de direito interior:

Os direitos humanos se situam, assim, produzindo efeitos no plano jurídico situando-se numa ‘dimensão supra-positiva’ ‘deonticamente diversa daquela em que se situam as normas jurídicas – especialmente aquelas de direito

²²DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 14 de maio. 2017.

²³DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 14 de maio. 2017.

²⁴ ISHIKAWA, Lauro. O Direito ao Desenvolvimento como Concretizador do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 2008. 147 f. Dissertação, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2008, pág. 40: Nesse sentido Fabio Comparato: “As potencias ocidentais: insistam no reconhecimento, tão-só, das liberdades individuais clássicas, protetoras da pessoa humana contra abusos e interferência dos órgãos estatais na vida privada. Já os países dos blocos comunistas e os jovens países africanos: preferiram pôr em destaque os direitos sociais e econômicos, que tem por objetivo políticas públicas de apoio aos grupos ou classes desfavorecidas, deixando na sombra as liberdades individuais. Decidiu-se, por isso, separar essas duas series de direitos em tratados distintos, limitando-se a atuação fiscalizadora do Comitê de Direitos Humanos unicamente dos direitos civis e políticos, e declarando-se que os direitos que têm por objeto programas de ação estatal seriam realizados progressivamente, ‘até o máximo dos recursos disponíveis’ de cada Estado (Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, art. 2º, alínea 1).”

interior. Aqui a distinção é no âmbito do próprio direito interno, onde temos os ‘direitos de personalidade’ que ‘se manifestam em uma dimensão privatista, onde também se manifestam os direitos fundamentais, mas de forma indireta, reflexa’ produzindo eficácia perante terceiros.”²⁵

Voltando à análise da situação da chimpanzé, estar-se-ia propondo sua qualidade de titular e detentor de tal direito de liberdade, o que, a rigor, estaria definido e limitado como direito supra-positivo do “homem”.

Conforme preceitua Alfredo Domingues Barbosa Migliore, em sua tese de doutorado, aos primatas não se impõe uma igualdade de direitos inerentes ao ser humano, por não serem postos em igualdade na essência humana:

Mas, tudo que se crê particular do homem (ou do humano), esse partilha com o grande primata não humano. E, muito do que partilham este e aquele, partilham também eles com os outros animais: são interesses vitais de existir e viver dignamente, com bem-estar e sem sofrimento. Mas, outra vez: não são eles direitos humanos? Gramaticalmente sim; essencialmente não. São direitos dos seres vivos. Direitos da criação, que, biologicamente, nos explicam e nos igualam, mas, e se eles não estão previstos nem escritos na lei dos homens?

Certamente, a lei não é a essência do Direito; nem ele pode ser reduzido a ela, ela é a sublime expressão dele. É só a aparência. A essência revela um direito natural que preexiste a isso e que iguala homens e animais em seus interesses vitais, e desiguala homens e animais nos interesses exclusivamente humanos. Aqueles são inerentes e inatos, independem do querer; estes últimos dependem do próprio homem. Aqueles existem independentemente das leis, estes são criados por elas.²⁶

Logo, questiona-se se seria mesmo possível conferir ao primata acesso ao *Habeas Corpus*, que é uma ferramenta jurídica garantidora do direito de liberdade inerente ao ser humano, posto que a sociedade humana nunca pretendeu reconhecer a nenhum outro animal a qualidade de titular de direitos fundamentais no âmbito do ordenamento jurídico humano²⁷.

²⁵ ISHIKAWA, Lauro. O Direito ao Desenvolvimento como Concretizador Do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 2008. 147 f. Dissertação, Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008, pág. 75, 76.

²⁶ MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. A Personalidade Jurídica dos Grandes Primatas. 2010. 409 f. Tese, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2010, pág. 378/379.

²⁷ ISHIKAWA, Lauro. O Direito ao Desenvolvimento como Concretizador Do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 2008. 147 f. Dissertação, Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008, pág. 40: “Com efeito, seguindo a afirmação de Bobbio de que ‘o importante não é fundamentar os direitos do homem, mas protegê-los’ e à clara advertência de que ‘para protegê-los, não basta proclamá-los’, pois ‘o problema real que temos de enfrentar, contudo, é o das medidas imaginadas e imagináveis para a efetiva proteção desses direitos’, [...]”

5 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O ATIVISMO JUDICIAL

Deixando-se de lado as demais espécies animais e focando-se no próprio ser humano, o que se percebe realmente é que os conceitos e valores constitucionais devem sempre ser compreendidos em sua verdadeira dimensão normativa, isto é, segundo os limites impostos pela vontade da sociedade humana, na qualidade de fonte única de legitimação do Direito.

Os valores constitucionais, especialmente aqueles de índole ética e programática, devem inspirar a interpretação e aplicação do Direito, mas sem desprezo à realidade histórica e temporal das sociedades organizadas. Vale dizer, não se pode abstrair totalmente das limitações inerentes às condições reais e atuais das sociedades humanas para pretender uma interpretação e aplicação de norma em sentido que provoque drástica ruptura com as estruturas que atuam como fonte de validação do próprio poder constitucional.

Decorre daí o descabimento da utilização de valores como a *dignidade da pessoa humana* para subverter todo o sistema normativo, constitucional e infraconstitucional, sob o argumento da suposta prevalência absoluta dessa regra, o que, em última análise, equivaleria à destruição do próprio ordenamento jurídico que embasa o valor jurídico da *dignidade humana*.

Não cabe ao aplicador do Direito utilizar conceitos ou valores jurídico-constitucionais para criar teorias e gerar efeitos distanciados da vontade humana que constitui a fonte de validação e legitimação dessas mesmas normas. A evolução interpretativa do Direito deve acompanhar a transformação da realidade social, sendo desejável que se busque um constante emparelhamento.

Ainda que arvorado em boas intenções, não deve o Juiz exercer *ativismo judicial* que despreze o ordenamento jurídico, na sua concepção real, fazendo o Direito ultrapassar a realidade social e avançar para longe daquilo que efetivamente foi estabelecido como regra por uma sociedade humana em um determinado momento histórico. Pois, à evidência, haveria, nesse caso, a indevida usurpação do poder normativo e do Estado Democrático de Direito, com prevalência de uma vontade individual despótica e ilegítima, autodenominada de Justiça.

A sociedade humana é repleta de defeitos e desequilíbrios oriundos da evolução histórica de seu sistema de organização, mas a correção dessas distorções e a

modificação do balanceamento de poderes entre os cidadãos, não pode ser imposta pela vontade unilateral do Juiz, a quem é atribuída tão-somente a função de interpretar e aplicar a vontade real da sociedade, com todas as suas características e peculiaridades, no contexto de um determinado momento histórico.

O aplicador do Direito pode contribuir para o desenvolvimento e efetividade dos valores e objetivos almejados pela Constituição, mas não deve buscar a ruptura com a realidade social, abstando-se da imposição de sua visão singular sobre como o mundo deveria ser idealmente, posto que tal interferência mostra-se ilegítima e potencialmente ruínosa para o Estado Democrático do Direito.

Por conseguinte, o valor da *dignidade humana* pode e deve ser utilizado como ferramenta impulsionadora do desenvolvimento paulatino da sociedade humana e do Direito, mas sempre de forma harmônica com a realidade histórica e temporal, e com respeito à regra fundamental de que *todo poder emana do povo*, devendo ser evitada sua banalização resultante do seu frequente emprego como atalho para a subversão do ordenamento jurídico, com supressão desmedida da aplicação de outras normas jurídicas essenciais à estabilidade e à legitimação do sistema jurídico-constitucional do país.

6 CONCLUSÃO

Ainda que se possa eventualmente comprovar que os demais animais que habitam o nosso planeta possuem aptidões relacionadas à capacidade de compreensão, de sentimento e até mesmo algum nível de inteligência, isso não seria suficiente para autorizar o reconhecimento da existência da personalidade e de direitos, caso isto se mostre contrário à vontade humana, que atua como fonte de legitimação e também como limite intransponível do Direito.

A evolução da consciência humana e o desenvolvimento do valor da solidariedade da própria humanidade abriram espaço para a estipulação de tratamento jurídico especial aos animais de outras espécies, tanto para protegê-los contra crueldade (como no Brasil), como para sujeitá-los a um regime diverso daquele atinente às coisas em geral (como na Alemanha, França e Portugal).

Mas não se pode olvidar que isso decorre sempre da própria vontade da sociedade humana, a quem não é possível opor nenhuma teoria interpretativa de normas

ou valores constitucionais, construídas unilateralmente pelo Juiz, que viole a essência e desnature a finalidade almejada pela própria humanidade, ao organizar seus ordenamentos jurídicos, o que configuraria inadmissível afronta ao Estado Democrático de Direito.

Essa constatação evidencia que normas e valores constitucionais não são nunca absolutos, sujeitando-se a um permanente processo de harmonização, não só com outras normas, mas também com as peculiaridades do momento histórico da sociedade humana. Não há Direito desvinculado de uma sociedade que o crie e o valide, atuando como fonte contínua da interpretação de seu alcance e de sua finalidade.

Por conta disso, o exercício da função jurisdicional deve sempre guardar proximidade com o princípio democrático e com a realidade histórica da sociedade que a atribuiu ao julgador o poder de aplicar a lei ao caso concreto, não podendo o Juiz, ainda que motivado por boas intenções, pretender se colocar na posição de ditador/legislador, invocando valor constitucional para suprimir a aplicação de normas legais, com vistas a fazer implementar uma transformação na realidade compatível apenas com seu próprio idealismo individual.

Conclui-se, assim, que deve-se combater os excessos do *ativismo judicial* que pretenda suplantar o ordenamento jurídico criado pelo Estado Democrático de Direito para substituí-lo por uma visão individualista de Justiça, que se mostra evidentemente esvaziada de legitimação. Demais disso, deve ser repelida a utilização do valor constitucional da *dignidade da pessoa humana* como escusa para esse indevido distanciamento da verdadeira função jurisdicional, até porque tal conduta importa na indesejável banalização de conceito jurídico de fundamental importância para o pleno desenvolvimento da sociedade humana.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BARROSO, Luís Roberto. “A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 14 de maio. 2017.

DICIONÁRIO PRIBERAM DA LÍNGUA PORTUGUESA [em linha], 2008-2013, <https://www.priberam.pt/dlpo/senci%C3%A2ncia> [consultado em 14-05-2017].

HOGEMANN, Edna Raquel. DIREITOS HUMANOS, DIREITOS PARA QUEM? O DIREITO PERSONALÍSSIMO AO NOME E A QUESTÃO DO SUB-REGISTRO, In: ENCONTRO ANUAL DA ANDHEP - DIREITOS HUMANOS, DEMOCRACIA E DIVERSIDADE, V, 17 a 19 de setembro de 2009, UFPA, Belém (PA), Grupo de Trabalho: Direitos Econômicos, Sociais e Políticas Públicas de Direitos Humanos, fls. 1/20

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5905/Justi%C3%A7a+de+SP+determina+guarda+c+ompartilhada+de+animal+de+estima%C3%A7%C3%A3o+durante+processo+de+div%C3%B3rcio>>. Acesso em: 14 de mai. 2017.

ISHIKAWA, Lauro. O Direito ao Desenvolvimento como Concretizador Do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 2008.

MASSAU, Guilherme Camargo. “A História do Habeas Corpus no Direito Brasileiro e Português.” Revista Ágora, Vitória, n. 7, 2008

MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. A Personalidade Jurídica dos Grandes Primatas. 2010. 409 f. Tese, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2010.

RAPCHAN, Eliane Sebeika. Para Além do Humano: Pesquisas Sobre o Comportamento de Primatas Superiores e a Produção de Novas Fronteiras Para a Alteridade. 2003. Revista Teia *online* 7. www.pea.uem.br

SOUZA, Luiz Henrique Boselli. “A doutrina brasileira do habeas corpus e a origem do mandado de segurança Análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal.” Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 177, jan./mar. 2008.