

A “TEXTURA ABERTA” DA LINGUAGEM E O CONCEITO JURÍDICO DE ANIMAL¹

Daniel Braga Lourenço²

*“O que há em um nome?
Pois aquilo que chamamos de rosa
Por qualquer outro nome
Exalaria o mesmo doce perfume”.*
SHAKESPEARE em “Romeu e Julieta”



Palavras não passam de signos lingüísticos previamente convencionados para designar uma realidade subjacente. Contudo, cada uma delas tem a sua história, e reflete as evoluções culturais sofridas pela sociedade. É por esse motivo que um dos primeiros e necessários passos para a abordagem de qualquer tema é a definição de seu objeto de estudo. No domínio do Direito não é diferente. Nele, os conceitos ganham delimitamentos e contornos específicos que muitas vezes desbordam das noções provenientes do senso comum. De fato, a indeterminação lingüística sempre foi tida como um problema em razão da necessidade de univocidade conceitual e pelas conse-

1 Este breve ensaio tem por finalidade debater os problemas relacionados à conceitualização de animal, seja por meio da revelação imediata da lei, seja pelas fontes mediatas da doutrina e jurisprudência. Não pretende focar a questão atinente à sua natureza jurídica. Infelizmente, a esse respeito, cabe afirmar que a maioria esmagadora de nossos doutrinadores e juristas, presos a uma dogmática civilista absolutamente equivocada, ainda sustenta que os animais possuem natureza de coisa, de propriedade, de meros objetos de direito, de bens móveis, ou mesmo de recursos naturais.

2 Advogado no Rio de Janeiro. Doutorando em “Direitos Fundamentais e Novos Direitos” pela UNESA/RJ, Mestre em “Direito, Estado e Cidadania”. Professor Efetivo, classe Assistente II da Faculdade de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ, da Pós-Graduação em Direito Ambiental Brasileiro da PUCRio e Professor Visitante da *Pace School of Law*, White Plains, EUA.

quências fáticas que a aplicação das normas legais trazem ao mundo concreto. Afinal, para o Direito, no que consiste uma “empresa”, o que é um “contrato”, ou, ainda, um “nascituro”?

Quando pensamos em animais, normalmente criamos associações mentais imediatas com os “animais-de-estimação”, ou mesmo com os animais ditos “silvestres” ou “selvagens”. O *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa* contém várias definições do substantivo animal, dentre as quais destacamos duas que parecem lutar entre si: “[Do latim *animale*.] S.m. 1. Ser vivo organizado, dotado de sensibilidade e movimento (em oposição às plantas). 2. Qualquer animal que não o homem; animal irracional [...]”³. O *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa* também traz definição similar, endossando a oposição consistente em ser o animal “[...] qualquer animal com exceção do homem”⁴. Curioso é perceber que o *Webster Encyclopedia Unabridged Dictionary of the English Language* também inclui entre as suas definições as de que o animal “é todo aquele que não o homem” e “todo mamífero, ao contrário dos peixes, aves, etc.”⁵. O clássico dicionário espanhol de MARÍA MOLINER extirpa esse paradoxo ao afirmar categoricamente que o vernáculo se “aplica a “reino” para designar o grupo de seres vivos que podem mover-se por impulso próprio. Em seu sentido mais amplo, qualquer desses seres, inclusive o homem”⁶.

E na linguagem do Direito, quais os seres vivos que poderiam ser abarcados no conceito de animal? Cães e gatos? E os peixes ou insetos? Essas questões podem soar um tanto quanto elementares para qualquer estudante do ensino fundamental, mas conforme tentarei demonstrar, as respostas pare-

3 DICIONÁRIO AURÉLIO DA LÍNGUA PORTUGUESA. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 124.

4 DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA. São Paulo: Objetiva, 2001. p. 222.

5 WEBSTER ENCYCLOPEDIA UNABRIDGED DICTIONARY OF THE ENGLISH LANGUAGE. New York: Gramercy, 1996. p. 82.

6 DICIONARIO DE USO DEL ESPAÑOL. Madrid: Gredos, 1987. p. 186.

cem não ser tão claras para os juristas.

O filósofo JOHN AUSTIN (1790-1859) dividiu a filosofia do direito em duas esferas: a “jurisprudência analítica” e a “jurisprudência normativa”. A primeira delas teria por objeto a descrição do que seja direito de uma forma objetiva, enquanto que a segunda preocupar-se-ia com a análise do que deva ser o direito. Dentro do âmbito da “jurisprudência analítica”, o professor de Oxford H.L.A. HART (1907-1992), utilizando-se do conceito de “textura aberta da linguagem”, que será objeto de suscinta análise a seguir, descreve o direito como um sistema de regras onde algumas delas são insuficientes para a solução direta das controvérsias. Isso ocorre seja pela limitação intrínseca do alcance contido na própria norma, seja porque elas são inconsistentes, ou ainda, porque os conceitos utilizados na norma são vagos. Nessas situações, onde nasce essa lacuna, os juízes, encarregados de aplicar as normas aos casos concretos, deverão utilizar o seu poder discricionário para dirimir as lides a eles apresentadas. No entanto, há casos de simples elucidação (*simple cases*) e casos de difícil solução, complexos ou insólitos (*hard cases*), onde as regras, por si só, não conduzem a uma única resposta possível. De acordo com PETER SUBER, isso ocorre porque “os legisladores humanos não podem capturar a complexidade da vida num conjunto único de regras [...]. Legisladores têm que expressar as regras usando palavras, e palavras possuem significados fixos no seu núcleo e uma ‘textura aberta’ na periferia, inevitavelmente certos cenários da vida vão surgir e se enquadrar dentro da região da textura aberta”⁷.

O conceito de “textura aberta” (*open texture*) é fortemente inspirado na filosofia da linguagem de WITTGENSTEIN, tendo sido empregado inicialmente por FRIEDRICH WAISMANN no seu artigo “Verifiability” (1978). Para WAISSMAN, a maior parte de nossos conceitos empíricos não apre-

7 SUBER apud STRUCHINER. *Direito e Linguagem*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.6.

senta significados conclusivos, ou seja, não estão delimitados previamente de forma exaustiva. O autor cria alguns exemplos interessantes para ilustrar essa assertiva, mesmo para os casos em que os conceitos parecem, à primeira vista, ser bastante claros. Um deles diz respeito à verificação da seguinte informação: “há um ‘gato’ no quarto ao lado”. Seria suficiente para comprovar a referida informação se, ao abrir a porta, me deparasse com um gato? E se aquele animal, que aparenta ser um gato, tivesse assumido um tamanho gigantesco, ou viesse a demonstrar um comportamento absolutamente diverso do habitualmente esperado dos felinos? Estaria diante de uma nova espécie ou seria aquele ser um gato com propriedades extraordinárias? Traz o autor outro exemplo curioso. Suponha que nos deparássemos com um homem. Um homem que se parece fisicamente com um homem, fala e se comporta como tal, mas que possui somente um palmo de altura. A indagação seria praticamente a mesma: “seria ele um homem?”. Para WAISSMAN, portanto, mesmo conceitos universalmente padronizados, apresentam uma “textura aberta”⁸.

A problemática da discussão acerca da “textura aberta” da linguagem assume particular importância nos supramencionados “hard cases”, onde há uma grande “região cinzenta”⁹ e nebulosa de incerteza referente ao conteúdo de um dado conceito empírico. Esse problema ocorre tanto no sistema dos precedentes judiciais como das regras legais positivadas. Tal como

8 Por “textura aberta” JOEL STRUCHINER entende que “a palavra que apresenta essa qualidade não teve seu uso previsto para todas as situações possíveis que poderiam surgir. [...] A textura aberta engloba os casos em que não sabemos se um termo se aplica ou não em função de não termos previsto essa nova situação no momento em que constituímos o significado original da palavra. Como não sabemos se a palavra se aplica ou não, ou seja, como não sabemos o seu uso em todas as situações possíveis, podemos dizer que a definição do conceito não é exaustiva ou é incompleta” (STRUCHINER, op.cit., p. 20).

9 HART também se refere a esse fenômeno como “zonas de penumbra” (*penumbra of doubt*), em oposição ao núcleo de certeza (*core of certainty*). O ilustre CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO utiliza a terminologia “zonas de certeza positiva” e “negativa”.

FREDERICK SHAUER afirmou certa vez, “a mais precisa das regras é potencialmente imprecisa”¹⁰.

No âmbito do direito consuetudinário (*common law*), em especial no direito anglo-saxônico, certas áreas do direito foram primariamente desenvolvidas por meio dos precedentes judiciais, “caso-a-caso” (*case-by-case*). A operacionalização do arcabouço jurídico, nessa hipótese, passa a ser instrumentalizada a partir da observância das decisões judiciais pretéritas (jurisprudência). Como os casos raramente são idênticos uns aos outros, utiliza-se, normalmente, o método de adequação analógica (regra da equidade: casos análogos devem ser tratados de forma análoga).

No direito norte-americano, na seara do direito ambiental, verifica-se uma conjugação entre normas escritas (estatutos, leis, códigos, etc.) e decisões judiciais no que tange à construção do direito, obedecendo a uma lógica similar à nossa (regras gerais positivadas e regras específicas obtidas a partir da análise jurisprudencial). A aplicação de uma determinada regra numa situação real recai, por vezes, no enfrentamento da abrangência, ou mesmo do significado de um termo contido nessa regra. HART traz um exemplo bastante elucidativo a esse respeito. Suponhamos que exista uma norma com o seguinte conteúdo: “É proibida a entrada de veículos no parque”. A aplicação dessa regra dependerá diretamente do alcance que se emprestará ao vocábulo “veículos”. É bastante provável que boa parte das pessoas vá concordar que a regra foi construída para ter como destinatários os meios de transporte motorizados, tais como automóveis, motocicletas e caminhões (chamados de “casos paradigmáticos”). Todavia, o consenso não seria o mesmo caso um juiz fosse confrontado com uma situação envolvendo uma bicicleta, um carrinho de bebê, ou mesmo um *skate*. Há, portanto, um campo aberto para a discricionariedade judicial nessas hipóteses, pois o legislador, não imprimiu uma

10 SHAUER apud STRUCHINER, op.cit., p. 93-4.

decisão clara e prévia a respeito da inclusão ou exclusão desses meios de transporte.

Por mais incrível que possa parecer, têm sido comuns os enfrentamentos judiciais acerca do alcance do conceito jurídico de animal. A utilização da palavra “animal(is)”, nas normas positivadas, ou nas decisões judiciais, sofre a mesma disfunção empírica e conceitual daquela enfrentada no exemplo acima¹¹. A subsunção, ou seja, o processo por meio do qual os casos individuais se encaixam dentro de um predicado factual da regra, torna-se muitas vezes complexa e de difícil solução. Conforme se demonstrará, tratando-se de animais, a enorme disparidade conceitual existente pode ser facilmente explicada pela arraigada mentalidade de diferenciação e hierarquização dos seres vivos. Uma breve análise de alguns julgados, muitos deles absolutamente curiosos e inusitados, nos permitirá verificar que a mencionada dificuldade de adequação fática, traduz-se, em verdade, num instrumento consciente de exclusão dos animais da comunidade moral e jurídica.

Em 1856, a Suprema Corte de Minnesota julgou uma

11 Em *Lakeshore Hills v. Adcox*, 413 N.E.2d 548 (Ill. Ct. App. 1980) o réu mantinha cativo um urso negro chamado Yogi, em local onde existia norma permissiva da guarda de “animais domésticos”. O tribunal negou essa possibilidade ao residente. Em *Cavaliere v. Skelton*, 40 S.W.2d 844 (Ark. Ct. App. 2001) o mesmo ocorreu com um casal que mantinha tigres em sua casa, e em *Warren County Combined Health District v. Rittenhouse*, 689 N.E.2d 1036, 1039 (Ohio Ct. App. 1997), onde eram criadas onças pardas em local residencial. Há diversos julgados tratando do caso dos furões (ferrets). Em vários julgados foi sustentada e confirmada a posição de que furões eram animais selvagens e não domésticos (*Gallick v. Barto*, 828 F. Supp. 1168 (M.D. Pa. 1993); *New York City Friends of Ferrets v. The City of New York*, 876 F. Supp. 529 (S.D.N.Y. 1995)). Inúmeros outros exemplos poderiam ser citados envolvendo pôneis, répteis e anfíbios. No Brasil, problema similar é gerado na análise jurisprudencial acerca dos limites das convenções condominiais a respeito da vedação de animais de companhia. Nossos tribunais, inclusive o E. Superior Tribunal de Justiça, vêm firmando entendimento, a meu juízo, acertado, de que é inadmissível a cláusula de convenção condominial que estipule previamente a proibição de animais de estimação nas unidades individuais. A vedação só poderia ocorrer diante da comprovação, no caso em concreto, do abuso do direito de vizinhança (precedentes neste sentido: v. Resp n. 10.250/RS e Resp n. 12.166/RJ).

demanda¹² em que se debateu se um cão encontrava-se no âmbito da palavra “animais”, constante de uma norma que prescrevia que: “todos que matassem dolosamente, ou que causassem lesões a cavalos, bois e outros *animais* deveriam ser punidos” (§ 39 of ch. 101 of the *Rev. Stats.*). A Corte sustentou que alvejar um cão com arma de fogo não constituiria ofensa segundo o referido estatuto, já que a intenção da lei ao falar em “animais” seria a de incluir tão-somente “aqueles animais que possuíssem valoração econômica, tal como cavalos, vacas e bois¹³. O termo pode igualmente abrigar mulas, asnos, porcos, ovelhas e alguns outros animais domésticos, mas iríamos muito longe se admitíssemos a inclusão de cães”¹⁴. Além disso, a Corte afirmou que mesmo que se admitisse que cães pudessem ser amparados pela norma em tela, a denúncia deveria ser recusada, pois não teria havido prova do dolo dirigido contra o proprietário do animal, não bastando o dolo de dano contra o animal em si.

Em *Holcomb v. Van Zyl*¹⁵, julgado em 1913 pela Suprema Corte de Michigan, levantou-se a questão se um peru seria um animal para os fins do estatuto “C.L. 1897, § 5593”, que determinava que “se qualquer cão matar ou ajudar a matar, lesionar ou atormentar ovelhas, cabras, porcos, bois ou outros

12 United States v. Gideon, 1 Minn. 292.

13 Impressionante frisar que, em 1897, a Suprema Corte norte-americana, ao examinar a constitucionalidade de uma lei estadual de Louisiana (*Sentell v. New Orleans and Carrollton Railroad Co.*, 166 U.S. 698, 17 S. Ct. 693), asseverou que os cães “não são considerados no mesmo patamar que cavalos, bois e ovelhas e outros animais domésticos, mas na categoria de gatos, macacos, papagaios, aves canoras e outros animais mantidos meramente para o prazer, curiosidade ou capricho. Não possuem valoração intrínseca, juízo esse que entendemos aplicável a todas as espécies de cães, independentemente de sua raça ou individualidade. Ao contrário dos outros animais tidos como domésticos, não são úteis como bestas de carga ou tração e, tampouco, servem como alimento. [...] As leis de proteção de animais domésticos são aplicáveis de maneira limitada a cães e gatos [...]” (WAISMAN, Sonia S.; FRASCH, Pamela D.; WAGMAN, Bruce A. *Animal Law*. Durham: Carolina Academic Press, 2006. p. 24, tradução nossa).

14 WAISMAN; FRASCH; WAGMAN, op.cit., p. 22-23, tradução nossa.

15 *Holcomb v. Van Zyl*, 140 N.W. 521 (Mich. 1913).

animais [...]”. Ao contrário do caso *Gideon*, relatado anteriormente, o órgão julgador decidiu serem os perus animais para os fins da norma em tela¹⁶.

A exclusão de determinados animais da esfera de consideração para efeito de aplicação de leis protecionistas pode se dar até mesmo por meio dos próprios estatutos protetivos¹⁷. O historiador britânico KEITH THOMAS ressalta, a esse respeito, que “só houve legislação quando esteve presente o interesse econômico. Os sentimentos tão expressos para com os pássaros silvestres, lebres ou insetos permaneceram ignorados, e a legislação do início do século XIX protegia exclusivamente cavalos, bois, cães, aves domésticas e outros animais de criação. Análogamente, a preocupação com o bem-estar dos animais não impediu muitas pessoas de continuar a comer carne. Se o animal era comestível, então somente a crueldade ‘desnecessária’ era proibida. Assim, o final do século XVIII foi rico em contradições das mais visíveis. Alguns animais eram de estimação, outros eram ‘daninhos’. Os críticos da caça não relutavam em pescar. Até os caçadores combinavam o seu gosto pela matança de animais selvagens com uma grande ternura por cães e cavalos. Livretos contra briga de galos eram encadernados com couro de vaca”¹⁸. A professora SÔNIA T. FELIPE destaca com

16 O julgado faz alusão à decisão havida em *Huber v. Mohn*, 37 N.J. Eq. 432, em que restou estabelecido que o testamento no qual o testador teria deixado legado em favor de seus cavalos e todos os outros animais de sua propriedade abrangeria os galos. Da mesma forma, menciona *State v. Bruner*, 12 N.E. 103, onde um ganso foi tido como incluído no âmbito de proteção de uma lei que coibia a crueldade para com animais.

17 Interessante notar que os primeiros estatutos protetivos também circunscreviam a sua aplicabilidade a certos tipos de animais. Em 1822, no Parlamento inglês, houve êxito na aprovação de uma das primeiras leis que tipificava como crime os maus-tratos injustificados contra animais domésticos, conhecida como *Martin’s Act*, em homenagem a um de seus principais mentores, RICHARD MARTIN. Os burros, apesar de reações contrárias, foram incluídos, assim como “cavalos, éguas, mulas, asnos, bois, vacas, bezerras, ovelhas ou qualquer outro tipo de gado”, muito embora cães e gatos tenham ficado de fora.

18 THOMAS, Keith. *O Homem e o Mundo Natural*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 227.

propriedade que as leis protetivas normalmente incorrem no que denomina de “especismo eletivo”, ou seja, baseiam o âmbito de proteção por meio da eleição de uma categoria específica de animais em detrimento de todas as demais. O “especismo eletivo”, nesse sentido, se distingue do “especismo elitista”, que é a discriminação mais ampla com base numa hierarquia estabelecida usualmente sob o critério da posse ou não de razão¹⁹.

19 Em recente entrevista SÔNIA T. FELIPE esclarece a distinção entre os conceitos de especismo eletivo e elitista, a saber: “o especismo elitista pode ser identificado em toda filosofia moral tradicional, na qual o critério da racionalidade foi eleito como padrão para julgar qual a espécie de ser vivo digna de consideração moral. Apenas uma, dentre as milhões de espécies de vida, é constituída da capacidade racional nos termos em que essa capacidade geralmente é definida. Ao indicar esta capacidade para traçar a linha divisória entre os membros e os não-membros da comunidade moral, a filosofia praticou uma seleção especista elitista. As demais espécies animais e vegetais e os ecossistemas ficam de fora. Na crítica a essa moral tradicional, animais dotados de sensibilidade e inteligência foram incluídos na consideração moral, especialmente na argumentação inaugurada por Humphry Primatt em 1776, seguida por Jeremy Bentham em 1789, e, no século XX, renascida com a obra de Peter Singer. Mas, os defensores dos animais que deixaram de ser especistas elitistas, ao reconhecerem que todos os seres dotados da capacidade de sentir dor e de sofrer devem ser considerados moralmente, ainda que não tenham a configuração biológica humana, passam a defender os animais, elegendo certas espécies, ou por serem raras, ou por estarem ameaçadas de extinção, ou por terem afinidade com elas, etc. Com isso, acabou-se por adotar uma nova forma de especismo: certos animais, por serem de um certo tipo, e não de outro, não são respeitados. Por exemplo: defende-se o boi contra a farra-do-boi no Estado de Santa Catarina, mas não se defende o boi morto nos abatedouros para ser transformado em bife. Defende-se a baleia, mas não o porco morto nos frigoríficos para virar pasta de carne. Defende-se uma ave em extinção, mas não as galinhas confinadas para pôr ovos, ou os frangos destinados ao abate. Isso é especismo eletivo. Elege-se um tipo de animal para proteger, descarregando a consciência culpada, mas continua-se a aprovar as práticas institucionalizadas de abate, experimentação, diversão e exploração dos outros animais, para atender a interesses não vitais dos humanos. Enfim, o especismo elitista deu lugar ao especismo eletivo. Cada um acha que elegendo um bichinho para estimar já está protegendo os animais, mesmo que não tenha qualquer preocupação com o destino de animais que não são da espécie eleita. Os outros bichos não são considerados dignos de qualquer respeito moral. Mesmo no movimento em defesa dos animais continua-se a praticar o especismo, só que de forma eletiva” (Extraído de: <http://www.sentiens.net/pensata/PA_ENT_soniafelipe_0002.html>. Acesso em: 04 jul. 2007).

Nessa linha, veja-se o caso da *Statutory Construction Act* de 28.05.1937²⁰, na qual se lê: “Para os efeitos desta lei, são tidos como animais domésticos os equinos, bovinos, suínos e caprinos”²¹. De fato, com base nesse mesmo estatuto, um gato não foi considerado como sendo um animal doméstico em *Commonwealth v. Massini* (1963)²². No mesmo ano, em *Lock v. Falkenstein*²³, a Corte Criminal de Oklahoma examinou uma ação que tinha por objeto a briga-de-galos. O título 21, do estatuto O.S.A., § 1682 (1887)²⁴, previa que “qualquer pessoa que, dolosamente, encoraje a briga entre animais a título de aposta, jogo, ou recompensa, ou encoraje qualquer animal a lutar, atacar, morder ou molestar outro animal, pratica contravenção penal”. O julgado aludia expressamente à questão de se saber

20 Outros exemplos podem ser lembrados como o ALLASKA STAT. § 11.61.140, que define animal como sendo “as criaturas vertebradas que não humanas, com exclusão dos peixes”. O ARIZ. REV. STAT. ANN. § 13-2910 estabelece que animais “significam os mamíferos, aves, répteis ou anfíbios”. O CAL. PENAL CODE § 599b, os define como “todas as criaturas irracionais”, enquanto que o DEL. CODE ANN. § 1325 exclui expressamente do conceito “peixes, crustáceos ou moluscos”. O HAW.REV. STAT § 711-1109(b) prevê expressamente a exclusão de “insetos, vermes ou outras pestes”. O IND.CODE ANN. §35-46-3-12 reza que seres humanos não estão incluídos na definição de animais, enquanto que o KY. REV. STAT. ANN. §§525.125, 525.130 só abrange os animais de “quatro patas”. O MICH. COMP. LAWS ANN § 750.05 dispõe que animais são os vertebrados que não o homem e o MO. ANN. STAT. § 578.012 só diz respeito aos mamíferos. O ME. REV. STAT. ANN § 3907 conclui pela definição de toda criatura viva e senciente que não o homem. Temos muitos outros exemplos na legislação comparada de delimitação do alcance da expressão.

21 WAISMAN; FRASCH; WAGMAN, op.cit., p. 25, tradução nossa.

22 *Commonwealth v. Massini*, 188 A.2d 816 (Pa. Super. Ct. 1963). Nesse caso o réu, acusado de ter atirado e matado o gato do vizinho foi absolvido, com base nessa conclusão.

23 *Lock v. Falkenstein*, 380 P.2d 278 (Okla. 1963).

24 Em 1982, incompreensivelmente, o Poder Legislativo do Estado de Oklahoma, incluiu a expressão “com exceção de cães” após “entre animais” no referido diploma legal. O problema da incerteza agora estava “aparentemente solucionado” em desfavor dos cães, pois a norma passou a vedar a incitação de brigas entre quaisquer animais, com exceção daqueles. Hoje em dia, no entanto, a maior parte dos estados norte-americanos possui legislação específica de natureza bem-estarista relacionada a vedação de rinhas de quaisquer espécies animais.

se um galo seria um animal para efeito de proteção da aludida norma: “O estatuto dá a entender que está a proibir a instigação de lutas entre animais, dado que alguns deles podem atacar, morder, ferir ou molestar outros animais. Então a questão inevitável surge: seria um ‘galo-brigador’ um animal? Embora respeitemos aquelas cortes que vêm sustentando que várias espécies de aves podem estar contidas nessa categoria, e, da mesma forma, concordemos com o fato de que a ciência da biologia sustenta o mesmo; impelidos pelo dever de julgar, levantamos a seguinte indagação: seria um homem de inteligência mediana capaz de considerar um galo um animal? Certamente que não esperaríamos que esse homem interpretasse a lei da mesma forma com que o fazem os magistrados ou os alunos versados em biologia. A nosso juízo, portanto, o estatuto não é claro e, tampouco, certo a esse respeito e pessoas de inteligência ordinária teriam real dificuldade de entender o alcance da proibição em tela”^{25, 26}.

Em 1966 o Congresso norte-americano publicou o *Animal Welfare Act - AWA* visando incrementar o tratamento e o bem-estar de certos animais. Na sua redação original contemplava “cães, gatos, macacos (e outros primatas), porquinhos da índia, hamsters e coelhos. Quatro anos depois, o Congresso expandiu o alcance do referido diploma legal nos seguintes termos: “O termo ‘animal’ significa qualquer cão, gato, macaco (primatas não-humanos), porquinhos-da- índia, hamsters, coelhos, ou qualquer outro ‘animal de sangue quente’, vivos ou mortos, a serem definidos como tais pelo órgão administrativo competente [Secretaria da Agricultura], destinados ao uso, pesquisa, testes, experimentação científica, à exibição, como animais domésticos [...]”²⁷. Várias exclusões gritantes foram, desde logo, percebidas, tais como os casos de cavalos não utiliza-

25 WAISMAN; FRASCH; WAGMAN, op.cit., p. 6-7, tradução nossa.

26 À mesma triste conclusão chegou a Corte de Kansas em *State of Kansas v. Claiborne*, 505 P.2d 732 (kan. 1973).

27 7 U.S.C. § 2132 “h” – Supp. II 1965-66, tradução nossa.

dos nessas atividades, animais destinados ao abate para consumo, etc. Depois de 1970, após inúmeras críticas da opinião pública, o órgão regulador excluiu do alcance da proteção estatutária “somente” “aves, animais aquáticos e pequenos roedores como ratos e camundongos”. Em 1989, o *Animal Legal Defense Fund* – ALDF, em conjunto com a *Humane Society* requisitaram nova intervenção normativa visando o reexame da supramencionada exclusão que, por seu turno, violaria o próprio “Animal Welfare Act”. Todavia, o caso ganhou notoriedade e o *lobby* da indústria farmacêutica se fez notar rapidamente por meio da intervenção judicial da “NABR – National Association for Biomedical Research”. Em 2002, em infeliz manobra, o Congresso americano aprovou o “Farm Security and Rural Investment Act” que incluiu uma emenda ao “Animal Welfare Act” no sentido de oficialmente excluir do seu âmbito de proteção “(1) aves, ratos do gênero *rattus*, e camundongos do gênero *mus*, criados e destinados à pesquisa científica, e; (2) cavalos não utilizados para pesquisa”. Essa emenda ao AWA prejudicou os enlevados esforços para reverter a situação original, e acabou por excluir definitivamente ratos e camundongos do alcance das normas protetivas.

A par da criticável opção ideológica verificada na legislação reformista (“protecionista”, “welfarista”²⁸ ou também comumente denominada “bem-estarista”), que consagra uma opção conservadora no que se refere ao *status* moral e jurídico dos animais²⁹, mantendo-se alinhada a uma posição de valora-

28 O “welfarismo” animal é definido por FRANCIONE como a corrente que sustenta que seria moralmente aceitável, sob determinadas circunstâncias, matar animais ou sujeitá-los ao sofrimento, desde que precauções sejam tomadas para garantir que eles sejam tratados tão “humanamente” quanto possível. Uma posição “welfarista” clássica geralmente sustenta que não há interesse animal que não possa ser superado se as conseqüências da superação forem suficientemente benéficas para os seres humanos (FRANCIONE, Gary. *Animals, Property and The Law*. Philadelphia: Temple University Press, 1995. p. 6).

29 A posição “bem-estarista” não confere aos animais a qualidade de sujeitos de direito. A maior parte da legislação de proteção é interpretada sob a ótica de que a

ção meramente indireta e de animais como propriedade, percebe-se que a construção de uma linha demarcatória, entre espécies que possam se enquadrar dentro da esfera de aplicação das normas protecionistas, seja diretamente pela legislação, seja por meio da construção jurisprudencial, constrói uma odiosa sub-categoria de animais, aqueles que sequer podem ser alcançados pelas referidas normas. Além de coisas, são coisas desprovidas de qualquer proteção.

Na década de 80, mais precisamente em 1981, um empresário planejava premiar os participantes de um jogo com peixinhos dourados (*Carassius auratus*). Quando informada sobre tal plano, a *Massachusetts Society for the Prevention of Cruelty to Animals* (MSPCA) entrou com uma ação na qual alegava que a conduta violava o estatuto G.L. c. 272, § 80F segundo o qual “nenhuma pessoa deve oferecer ou doar animais vivos como prêmio em jogos, sorteios ou torneios que envolvam habilidade ou sorte”. Nesse caso, os julgadores entenderam que a norma seria aplicável aos peixes, frisando que a noção de animais era de amplo espectro, devendo abarcar todos os “seres irracionais”³⁰, sem qualquer distinção.

Em 2000, o *Trapholt Art Museum*, na Dinamarca, abriu uma exposição exibindo dez peixinhos dourados, cada qual nadando no interior de liquidificadores. Como parte da exibi-

vedação a crueldades, maus-tratos e abusos é feita em razão da necessidade de proteção direta da própria humanidade contra hábitos tidos como perniciosos, e apenas indiretamente com relação ao animal afetado por essas condutas. Essa visão não logra romper com o paradigma do animal como coisa, como propriedade. Animais continuam sendo equivalentes morais dos objetos inanimados, desprovidos de qualquer proteção efetiva, não sendo detentores de quaisquer direitos, ainda que fundamentais.

30 Em *Commonwealth v. Turner*, 14 N.E. 130 (1887) aplicou-se um estatuto que vedava atos de barbárie e maus-tratos a um réu que soltara e perseguira uma raposa com cães. A Corte, nessa situação, apesar de reconhecer que as raposas seriam “animais nocivos”, entendeu que o vocábulo “animais” também deveria ser entendido em sentido amplo, abarcando todos os ditos “seres irracionais”. O mesmo ocorreu, um século depois, no julgamento havido em *State v. Cleve*, 124 N.M. 289, 949 P.2d. 672 (Ct. App. 1997).

ção, os espectadores tinham a feliz opção de ligar o aparelho. Diversos animais foram mortos nesse procedimento e, após várias reclamações a polícia, interviu ordenando o desligamento dos eletrodomésticos. Na oportunidade, o curador do museu, PETER MEYER, defendeu o trabalho sob o argumento de que “temos abortos e respiradores onde podemos escolher manter as pessoas vivas ou não. Nos tornamos senhores da decisão de manter ou não a vida de um modo nunca antes visto [...]. Esse trabalho exemplifica essa decisão de maneira precisa”³¹. Apesar dos protestos, a exposição percorreu diversos países, inclusive países da América do Sul e, aparentemente, só enfrentou problemas legais na própria Dinamarca.³²

No direito pátrio, felizmente, ao menos no que diz respeito à conceituação formal do que venha a ser animal, não enfrentamos as mesmas idiosincrasias acima apresentadas. Mesmo inserido no contexto da ideologia reformista, o tratamento conceitual dispensado tem sido uniforme para abrigar, em tese, todas as espécies de animais. Muito embora tal fato possa aparentemente ser positivo, temos problemas semânticos que caminham na mesma linha de hierarquização e exclusão, similares aos discutidos anteriormente.

O primeiro deles diz respeito à construção jurídica do conceito de “fauna”. Etimologicamente, “fauna é irmã e mulher de *Fauno*, este, deus protetor dos rebanhos e pastores, demônio dos campos e florestas; criado pelo modelo de flora, o vocábulo fauna passa a ser usado para designar o mundo animal”^{33, 34}. A primeira utilização do termo é tida como tendo sido feita por

31 “Goldfish in Blenders Cause Curiosity, Contempt”, Associated Press, 14 fev. 2000. In LEXIS, News Library, Wires File, tradução nossa.

32 Na *Revista Brasileira de Direito Animal* n. 2, há excelente artigo de CARMEN VELAYOS CASTELO a respeito da utilização de animais na arte intitulado “Animales Reales en el Arte, o Sobre los Límites Éticos de la Capacidad Creadora”.

33 DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA, op.cit., p. 1313.

34 Outros encontram a sua origem no latim *faunus*, “ente mitológico habitante dos bosques e florestas” (SOARES, José Luís. *Dicionário Etimológico e Circunstanciado de Biologia*. São Paulo: Scipione, 1993. p. 164).

LINEU (1707-1778), no título *Fauna Suecica*, datado de 1746, para designar o conjunto de animais de uma determinada região.

Na legislação brasileira, temos sua utilização pela Constituição (arts. 23, VII; 24, VI; e 225, § 1º, VII) bem como pela legislação infraconstitucional (art. 3º, V; e art. 15, § 1º, I, “a”, ambos da L. 6.938/81 – “Lei da Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA”). Cabe destacar o art. 1º, da paradoxal L. 5.197/67, mais conhecida como “Lei de Proteção à Fauna”, a qual define a fauna silvestre³⁵ como o conjunto “de animais de quaisquer espécies, em qualquer fase de seu desenvolvimento e que vivem naturalmente fora do cativeiro”³⁶. A L. 9.605/98 – “Lei dos Crimes Ambientais” -, em seu art. 29, § 3º, menciona a seguinte definição para fauna silvestre: “são espécimes da fauna silvestre todos aqueles pertencentes às espécies nativas, migratórias ou quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham todo ou parte de seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do território brasileiro, ou águas jurisdicionais brasileiras”. Outros diplomas legais fazem menção à fauna ictiológica (Decreto-lei n.º 221/1967 – “Código de Pesca”), à fauna aquática (L. 11.165/02 – SP), à fauna sinantrópica (Instrução Normativa IBAMA n. 106/2006; e L. 10.309/1987-SP), à fauna doméstica³⁷ (Portaria IBAMA n. 93/1998), entre outras³⁸.

35 Algumas leis acabaram por dividir a fauna em “categorias”, cada qual com um tratamento diferenciado (fauna silvestre, doméstica, ictiológica, sinantrópica, aquática, nativa, exótica, etc.)

36 O entendimento predominante a esse respeito é o de que o fato de um animal silvestre ter sido eventualmente domesticado, não passará a ostentar a classificação de doméstico. Desborda desse entendimento CELSO ANTONIO PACHECO FIORILLO, para quem os javalis criados em cativeiro, exemplificativamente, seriam tidos como domésticos. A meu sentir, a L. 9.605/98 ao criar a categoria de “animais domesticados” pode ter resolvido boa parte dessa querela.

37 “Todos aqueles animais que através de processos tradicionais e sistematizados de manejo e/ou melhoramento zootécnico tornaram-se domésticos, apresentando características biológicas e comportamentais em estreita dependência do homem, podendo apresentar fenótipo variável, diferente da espécie silvestre que os originou” (art. 2º, III). A portaria em análise traz um anexo na qual lista as espécies animais consi-

A utilização do vocábulo fauna, para designar um conjunto de animais de uma dada localidade, malgrado seu recebimento pela doutrina e jurisprudência, merece críticas. Corrobora, ainda que sutilmente, uma inadequada separação ideológica entre o reino animal e a humanidade. Fauna é todo aquele conjunto de seres vivos, delimitados geograficamente, ou por características fenotípicas, que não os seres humanos. A meu juízo, melhor teria andado o legislador caso utilizasse o termo genérico “animais” do que o artificial e distante “fauna”.

Outro problema, este menos semântico e mais de ordem prática, é relativo à indiscriminada utilização do “princípio da bagatela”, também conhecido por “princípio da insignificância”, em casos envolvendo crimes ambientais. Como é consabido, e tal qual ressaltado por FRANCISCO ASSIS TOLEDO, o Direito Penal possui como uma de suas principais características a fragmentariedade, ou seja, deve ele ser utilizado somente até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico, não devendo se preocupar com “bagatelas”, e, tampouco, podem ser admitidos tipos incriminadores que descrevam condutas inaptas a efetivamente lesar bens jurídicos tidos como relevantes. Tal qual assinala FERNANDO CAPEZ, “se a finalidade do tipo penal é tutelar um bem jurídico, sempre que a lesão for insignificante, a ponto de se tornar incapaz de lesar o interesse protegido, não haverá adequação típica”³⁹. Apesar de não estar previsto explicitamente na legislação, o princípio da bagatela é decorrência natural do princípio da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal. A insignificância, portanto, ao lado da adequação social, fariam parte, a *contrario sensu*, do que se tem denominado de tipicidade material. A tipicidade

deradas como domésticas para o IBAMA.

38 LUCIANA CAETANO DA SILVA propõe duas divisões principais entre fauna aquática e terrestre (DA SILVA, Luciana Cateno da. *Fauna Terrestre no Direito Brasileiro*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001).

39 CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*, vol. 1: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 11.

material, por sua vez, conjugada com a tipicidade formal, mera subsunção do fato à norma, resultariam no fato típico, ou na tipicidade em sentido amplo, ou conglobante. Assim sendo, as condutas classificadas como “insignificantes” seriam, em verdade atípicas, operando-se a exclusão da tipicidade em razão da sua baixa lesividade.

Nossos tribunais superiores têm aplicado o “princípio da bagatela” em variadas situações. As mais comuns dizem respeito às hipóteses de crime de descaminho de bens, em que o débito tributário e a multa não excedem determinado valor segundo o qual a Fazenda Pública se recusa a efetuar a cobrança em juízo, tal qual dispõe a L. 9.579/97⁴⁰. Outros exemplos seriam o furto de objetos de valor insignificante⁴¹, ou mesmo a apreensão de drogas em quantidades ínfimas⁴², sendo essa última hipótese de aplicação mais controversa, principalmente em sede doutrinária.

Fato é que o supramencionado “princípio da insignificância” tem sido aplicado também no campo do direito ambiental, principalmente nos crimes cometidos contra os animais. O Superior Tribunal de Justiça possui dois julgados bastante paradigmáticos a esse respeito. No primeiro deles, o CC nº 20.312-MG, do qual foi relator o Ministro Fernando Gonçalves⁴³, restou assentado que “no caso, o ato dos réus em apanhar quatro minhocuçus não tem relevância jurídica. Incide aqui o princípio da insignificância, porque a conduta dos acusados não tem poder lesivo suficiente para atingir o bem jurídico tutelado pela Lei nº 5.197/67. A pena porventura aplicada seria mais gravosa do que o dano provocado pelo ato delituoso”⁴⁴. O segundo ca-

40 Nesse sentido: STJ-Resp 234.271, Rel. Min. Edson Vidigal, DJU, 8.5.2000, p. 115; STJ-Resp 235.015, Rel. Min. Edson Vidigal, DJU 8.5.2000, p. 116;

41 Nessa linha: STJ-HC 28.796-SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 2.10.2003, Boletim AASP 2387; STJ-HC 8.020-RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 14.06.1999, p. 227.

42 STJ-HC 7.977-RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 14.06.1999, p. 227.

43 STJ-CC 20.312-MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 23.08.1999, p. 72.

44 O v. acórdão possui a seguinte ementa: “CONFLITO DE COMPETÊNCIA.

so, o Resp n.º 182.847/RS⁴⁵, de igual relatoria, enfatiza que o abate de três tatus não possuiria relevância jurídica, pois o agente era miserável e a caça teria ocorrido em razão da garantia de sua própria subsistência.

Segundo GUILHERME DE SOUZA NUCCI, três regras devem ser seguidas para a aplicação do “princípio da insignificância”: “1ª) o bem jurídico afetado não pode ser de grande valor para a vítima [...]; 2ª) não pode haver excessiva quantidade de um produto unitariamente considerado insignificante [...]; 3ª) não pode envolver crimes contra a administração pública, de modo a afetar a moralidade administrativa”⁴⁶. Assim é que a aplicação de tal princípio, com a conseqüente exclusão da tipicidade, nos crimes contra os animais, me parece de difícil sustentação, a não ser baseada na equivocada premissa de que o bem jurídico tutelado não seja a vida ou a integridade psicocorporal do animal.

Da mesma forma, não se está a sustentar que determinados casos, onde há comprovada miserabilidade do agente, como na hipótese da chamada “caça famélica”, devam conduzir à necessária condenação do sujeito ativo do delito a penas privativas de liberdade. Há mecanismos penais previstos na parte geral do Código Penal, como o erro de proibição, e na própria

PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 1. A apanha de apenas quatro minhocuçus não desloca a competência para a Justiça Federal, pois não constitui crime contra a fauna, previsto na Lei nº 5.197/67, em face da aplicação do princípio da insignificância, uma vez que a conduta não tem força para atingir o bem jurídico tutelado. 2. Conflito conhecido. Declarada a competência da Justiça Estadual para o julgamento dos demais delitos. Concedido, porém, habeas corpus de ofício trancando, em face do princípio da insignificância, a ação penal referente ao crime previsto na Lei nº 5.197/67, exclusivamente”.

45 STJ-REsp 182.847/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 05.04.1999, p. 160. O referido julgado possui a seguinte ementa: RECURSO ESPECIAL. PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME CONTRA A FAUNA. LEI Nº 5.197/67. 1- Aplica-se o princípio da insignificância (ou da bagatela) se o agente é pessoa, em estado de miserabilidade, que abateu três animais de pequeno porte para subsistência própria. 2 - Recurso especial não conhecido”.

46 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 156-157.

legislação ambiental, tal qual dispõe o art. 37 da L. 9.605/98, que trata do estado de necessidade, que trariam o mesmo resultado prático equivalente⁴⁷. Além disso, as penas previstas na Lei nº 9.605/98 são leves e admitem a transação ou a suspensão do processo (Lei nº 9.099/95, arts. 76 e 89). O reconhecimento do princípio da insignificância deverá, portanto, ser reservado para as hipóteses realmente excepcionais, principalmente se levarmos em conta que a lesão desse tipo, por menor que seja, traduz um dano direto ao animal e indireto a todo o ecossistema⁴⁸. O ilustre professor e promotor de justiça Dr. LAERTE FERNANDO LEVAI atenta para essa situação ao descrever com precisão que: “Já nas hipóteses de maus tratos ou abusos cometidos contra animais destinados à tração ou ao transporte, o drama é o mesmo, com uma agravante: sua vedação esbarra em problemas de ordem social relacionados à pobreza. Se porventura o animal se afastar do modelo conceitual ou estético aceito pelo homem, como certos tipos de mamíferos, aves, batráquios, peixes e insetos, então o caminho estará aberto – caso ele seja vítima de uma agressão – para o reconhecimento, pela Justiça, do malfadado princípio da insignificância”⁴⁹.

O problema ao se utilizar o “princípio da bagatela” de maneira não criteriosa, especialmente no campo dos delitos contra animais, consiste no fato de que, indiretamente, se está legitimando a criação de uma sub-categoria de animais que, mesmo no âmbito da equivocada ideologia reformista, não se

47 Há que ressaltar que também não concordamos com a indevida extensão conferida à dita “caça famélica ou de subsistência”, que deveria ser reservada para hipóteses absolutamente excepcionais. O próprio fato de o caçador possuir arma de fogo e munição, na maioria dos casos, revela que é falsa a noção de que não teria recursos para subsistir sem a caça.

48 Já há julgados nesse sentido. Veja-se o caso do ACR n. 1391-4/2003, TRF 4ª Região, j. em 13.06.2007, Oitava Turma, rel. Des. Élcio Pinheiro de Castro, D.E. de 20.06.2007.

49 LEVAI, Laerte Fernando. *Crueldade Consentida: A Violência Humana Contra os Animais e o Papel do Ministério Público no Combate à Tortura Institucionalizada*. Extraído de: www.forumnacional.com.br/crueldade_consentida.pdf. Acesso em: 06 jul. 2007.

encontra apta a usufruir sequer da esfera de proteção mínima conferida pelas normas ambientais. Como verificado, as normas protetivas conferem pouca ou quase nenhuma real proteção aos animais, principalmente se levarmos em consideração que não lhes retira o caráter de coisa, de propriedade, de objeto de direito. Criar uma classificação ainda inferior para determinadas espécies seria algo extremamente nefasto. Desta feita, volta-se à mesma discussão verificada em sede da jurisprudência analítica norte-americana. A “textura aberta” da linguagem e, no caso, verificada no conceito empírico de “animal (is)”, não pode servir de pretexto para serem criadas antinomias e barreiras artificiais entre o conceito jurídico e o biológico. Essa disparidade deve ser estreitada ao máximo, ou conforme o prisma em que se enxergue a questão, o conceito deve ser ampliado para caminhar conjuntamente com a realidade biológica que lhe está subjacente. Ao assim não proceder, o Direito, seja por meio da atividade legislativa propriamente dita, seja por meio da atividade judicial, dá mostras de que está, mais uma vez, em completo descompasso com o mundo real, fenomênico. O *nomen juris* que se apõe a algo não pode servir como um escudo impenetrável, “higiênico”, isento do confronto com outras áreas do saber. Parafraseando SHAKESPEARE, repetimos a estrofe do início do presente artigo: “*O que há em um nome?/ Pois aquilo que chamamos de rosa/ Por qualquer outro nome/Exalaria o mesmo doce perfume*”. O nome, por si só, não tem o condão de modificar a realidade. A lei deve ser um anteprojeto dos fatos, e não sua refém. Se a norma, portanto, seja de que natureza for, prevê uma determinada esfera de proteção aos animais, genericamente considerados, deve-se interpretar, em princípio, que todas as espécies animais merecerão acolhida na sua aplicação.

O fato é que o mundo contemporâneo tende a apelar cada vez mais para a inclusão generalizada dos homens na sociedade e, nesse sentido, no próprio Direito, entendido como sistema

dessa mesma sociedade. Todavia, o mecanismo utilizado para tanto se socorre do ambíguo conceito de “humanidade”, que pode ser tomado estrutural e semanticamente sob as mais diversas óticas. Serviu, justamente por isso, em diferentes momentos históricos, para legitimar a funesta “indiferença jurídica” com relação ao próprio homem (gregos e bárbaros, senhores e escravos, fiéis e hereges, nobres e servos, soberanos e súditos, negros e brancos, judeus e arianos, ricos e pobres, etc.). Entretanto, continua, até os dias de hoje, a serviço da exclusão dos animais não-humanos do rol de autênticos sujeitos de direito, conduzindo a uma equivocada polarização e diferenciação entre humanos e não-humanos. O presente trabalho pretendeu demonstrar que também o Direito tem um papel importante na legitimação e perpetuação dessa indiferença e exclusão da vida animal, até mesmo por subterfúgios que, à primeira vista podem passar despercebidos. A linguagem pode ser um desses subterfúgios, servindo a uma ideologia de hierarquização da vida, diferenciando equivocadamente homens de não-homens em setores nos quais não há boas e convincentes razões para fazê-lo e mais, estabelecendo tratamentos díspares no seio de grupos isonômicos. A lei, e o próprio Direito, em última análise, deveria servir de instrumento na diminuição das desigualdades, protegendo os hipossuficientes e não tiranizando-os. Entre o forte e o fraco, teria dito LACORDAIRE ainda no século XIX, *a liberdade escraviza e a lei liberta*.

