

DIREITOS MATERIALMENTE CONSTITUCIONAIS E A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DOS ANIMAIS: EFETIVIDADE E DIGNIDADE

MATERIALLY CONSTITUTIONAL RIGHTS AND THE UNIVERSAL DECLARATION OF ANIMAL RIGHTS: EFFECTIVENESS AND DIGNITY

Cristian Graebin¹

Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros²

Resumo

O presente artigo visa demonstrar, dentro das perspectivas da contemporaneidade, que a efetividade das normas de proteção aos animais não humanos é prejudicada por interpretações que relativizam a crueldade. A inserção dos direitos dos animais não humanos no rol de Direitos Fundamentais parte da abertura material a novos direitos fundamentais, prevista na Constituição Federal da República Federativa Brasileira. Traz à luz as dificuldades em se programar esta possibilidade tendo em consideração que poderiam ser contemplados direitos que não são de natureza fundamental. Para tanto são apresentados dois critérios de classificação: a equiparação com direitos formalmente constitucionais e o uso do princípio da dignidade da pessoa humana. Tal equiparação ocorre com a Declaração Universal dos Direitos dos Animais e os dispositivos constitucionais,

¹ Mestrando do Programa de Pós-graduação em Direito do UNILASALLE/CANOAS. Membro da Pesquisa agraciada com fomento pelo Edital Universal MCTI/CNPq n. 14 – 2013 intitulada “Proteção dos animais não-humanos: análise da jurisprudência brasileira”. Advogado.

² Pesquisadora do CNPq. Coordenadora da Pesquisa agraciada com fomento pelo Edital Universal MCTI/CNPq n. 14 – 2013 intitulada “Proteção dos animais não-humanos: análise da jurisprudência brasileira”. Doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutorado sanduiche pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professora Permanente do Mestrado em Direito e Sociedade da Faculdade de Direito do UNILASALLE. Professora Adjunta da Faculdade de Direito da PUCRS. Presidente do Instituto Piracema – Direitos Fundamentais, Ambiente e Biotecnologias. Advogada.

bem com a ampliação do conceito da dignidade da pessoa humana como uma maior compreensão do homem ao seu entorno.

Palavras-chave: animais; meio ambiente; Constituição; direitos fundamentais; Efetividade

Abstract:

This article seeks to demonstrate, within the perspective of contemporaneity; the effectiveness of the rules for the protection of non-human animals is impaired by interpretations that relativize the cruelty. The inclusion of the rights of nonhuman animals on the list of Fundamental Rights of the stuff openness to new fundamental rights provided for in the Constitution of the Federative Republic of Brazil. Reveals the difficulties in programming this possibility given that rights those are not of a fundamental nature could be contemplated. Match with the formal constitutional rights and the use of the principle of human dignity: for both two criteria of classification are presented. This assimilation occurs with the Universal Declaration of Animal Rights and the constitutional provisions, as well as broadening of the concept of human dignity as a greater understanding of the man to his surroundings.

Keywords: animals; the environment; Constitution; fundamental rights; Effectiveness

1- Crueldade: uma questão de interpretação?

Em tempos de reflexões sobre a condição do ser humano no contexto global, é importante deparar-se sobre o sistema de proteção constitucional em defesa dos animais não humanos. Por esta razão, conceitos tradicionalmente arraigados na sociedade têm sido confrontados. Um destes é o uso dos animais como coisas, ao submetê-los a tratamentos cruéis em nome do benefício da raça humana, principalmente no que tange à experimentação científica.

Estes têm servido ao homem durante todo o processo civilizatório. À medida que as tecnologias avançam, usos vão sendo descartados (como a tração animal)³, mas outros não, como o já citado uso dos animais não humanos como receptores não voluntários da experimentação científica. Os métodos laboratoriais (tanto na pesquisa como na cosmética) são, em geral cruéis e causam sofrimento – como os testes de Draize e o DL50, já em desuso – aos seres submetidos a estes.

Existe um arcabouço legislativo representado pela Constituição Federal, em especial no art. 225, §1º, VII, perpassando pela Lei 9.605/1998, que no art. 32 trata da pena por maus tratos, sendo que o parágrafo 1º equipara a este crime os maus tratos na experimentação científica se existe métodos alternativos para tal. Em contraponto a existência de diplomas legais como a Lei Arouca (Lei 11.794/2008) que ignora o disposto na Constituição Federal e na legislação penal específica, representando um verdadeiro retrocesso.

O que se denota é que esta proteção legislativa não se mostra suficiente, pois a própria legislação infraconstitucional entra em conflito com os mandamentos constitucionais, impedindo que possam ser arguidos como direitos o impedimento de crueldade com os animais não humanos. Sendo assim, a proteção é contemplada no sentido de dever, que por muitas vezes é relativizado, utilizando-se da nomenclatura “tratamento humano” (o que quer que isto signifique) para os animais que são submetidos a testes. Como explicar a recepção de tal dispositivo legal, que sequer promove a substituição da experimentação por métodos alternativos?

Há uma clara falha de efetividade dos dispositivos legais, que representam uma verdadeira lacuna na proteção aos animais não humanos. É preciso, portanto um avanço ao aparato legal já estabelecido que contemple não somente o dever de proteção dos animais não humanos, mas direitos destes que possam ser oponíveis ao ser humano quando este não cumpre ou relativiza este dever de proteção.

³ Urge ressaltar que, em inúmeros municípios brasileiros os veículos de tração animal ainda são bastante comuns. No município de Porto Alegre, no estado do Rio Grande do Sul, há uma lei de extinção dos VTA.

Neste contexto uma das principais controvérsias a ser discutida é a atribuição aos animais não humanos a titularidade de direitos fundamentais. No cenário nacional, alguns procedimentos judiciais de libertação de grandes primatas têm sido realizados. Notório é o caso envolvendo a chimpanzé Suíça (Habeas Corpus 833085-2/2005 [BA]) em que ao animal não humano, mesmo em não se concedendo a liminar, foi aceita a possibilidade desta ser sujeito de uma ação garantida constitucionalmente.

Segundo Maria Izabel Vasco de Toledo (TOLEDO, 2005), existem ao se analisar o direito comparado, alguns posicionamentos onde poderiam se enquadrar a atribuição de sujeitos de direito:

- 1) a personificação dos animais, equiparando-os juridicamente aos seres humanos absolutamente incapazes;
- 2) a utilização da teoria dos entes despersonalizados, sendo os animais “sujeitos de direito”;
- 3) uma categoria intermediária situada entre coisas e pessoas (um tertium genus), sendo esta uma posição adotada por alguns países europeus, como no caso da legislação da Alemanha, que retirou definitivamente os animais da classificação e coisas. Porém, uma crítica que se faz a esse posicionamento é de que este se “basearia meramente na atribuição de deveres ao homem para com os animais, porém não na concessão de direitos fundamentais a estes últimos”;
- 4) considerar os chamados “direitos sem sujeito”, classificação defendida no Brasil por Carvalho de Mendonça.

Importante verificar que esta posição é minoritária no direito, sendo que os próprios filósofos e sociólogos não concordam qual a posição deve ser adotada.

Como exemplo, podemos citar Habermas, que desconsidera haver simetria entre direitos e deveres, principalmente em relação aos animais não humanos:

(...) um reconhecimento recíproco de sujeitos ao menos potencialmente livres e iguais constitui uma necessidade conceitual e determina o status dos deveres frente aos animais assimetricamente (instituídos): os animais não tem direito frente aos homens, mas os homens têm deveres frente aos animais (HABERMAS, 2000).

Mas, como não se considerar a possibilidade da inserção de direitos fundamentais aos animais não humanos em uma nova dimensão de direitos fundamentais, mesmo esta

ideia não sendo palatável, já que o acréscimo destes direitos tem se dado de forma gradual, sobrepondo-se dimensões antes não consideradas possíveis (que digam os homens do século XIX quanto ao direito de voto feminino)? Segundo a lição de Fernanda Medeiros (2013, p. 241 e 242):

[...] que se aproxima a busca que aqui se sustenta a respeito da existência de um direito e de um dever fundamental da proteção do ambiente à questão da existência, para além de um dever estatal de proteção aos animais não humanos, de uma dimensão subjetiva do direito fundamental de proteção dos animais não humanos.

A própria Carta Magna permite a inclusão de novos direitos ao rol dos direitos fundamentais atendidos certos requisitos. Sendo assim, como é possível a inclusão de novos direitos ao rol de direitos fundamentais? Quais paradigmas podem ser utilizados para esta inclusão? A declaração Universal dos Direitos dos Animais pode fazer parte de uma nova dimensão de direitos fundamentais?

O presente ensaio pretende responder – não de forma exaustiva – a estas questões tratando: (i) da (in)efetividade das normas já positivadas e as possibilidades apresentadas pela doutrina; (ii) da abertura material dos direitos fundamentais na ordem constitucional e seus fundamentos; (iii) a possibilidade da inclusão da Declaração Universal dos Direitos dos Animais em uma nova dimensão de direitos fundamentais através da abertura material prevista na Carta Magna.

2- A (In)efetividade das normas de proteção aos animais não humanos

Ao verificarmos o contexto jurídico brasileiro, vemos normas que impedem a crueldade contra os animais (Constituição Federal art. 225, § 1º, VII, e o art. 32 da Lei dos crimes ambientais), inclusive no âmbito da experimentação científica. Mas, ao mesmo tempo o ordenamento jurídico permite a existência de um diploma como a Lei Arouca que significa um verdadeiro retrocesso, não considerando a experimentação científica como cruel, quando existem métodos alternativos de experimentação, tampouco implementando uma política de abandono em testes com animais.

Porém, ao arrepio das previsões legais, testes em animais continuam a ser mantidos, inclusive na área cosmética, onde somente um estado da federação – São Paulo – proíbe os testes em cosméticos em animais não humanos. Ao interpretar a expressão crueldade do dispositivo constitucional doutrinadores a relativizam, como, por exemplo, a definição de Erika Bechara (apud MEDEIROS, 2013):

[...] tendo em vista que o ato “materialmente” cruel que se ponha (realmente) indispensável para a saúde, bem-estar, dignidade da vida – só para citar alguns dos principais direitos humanos – será tolerado pelo ordenamento jurídico, podemos dizer que a “crueldade” a que se refere o art. 225, §1º, VII do Texto Maior há de ser entendida como a submissão do animal a um mal além do absolutamente necessário.

Acrescido a isto, verifica-se que as normas infraconstitucionais também têm sido ignoradas em sua letra, onde a crueldade é definida também pela existência de métodos alternativos ao usos de animais. Há, por um lado há ignorância sobre a existência de métodos alternativos⁴, e de outro a utilização dos animais a revelia da lei, por serem estes métodos mais baratos ou tradicionalmente usados.

Barroso (2008) define que a efetividade é, em resumo, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Entende-se pelo presente ensaio que a efetividade dos direitos dos animais se dará através da construção jurisprudencial, uma vez que representa a “materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quando possível, entre o *dever-ser* normativo e o ser da realidade social.”

Ainda Barroso (2001), afirma que os princípios (e também as normas de direito fundamental) devem a sua efetividade principalmente à ação dos Tribunais: “Os grandes princípios de um sistema jurídico são normalmente enunciados em algum texto de direito positivo. Não obstante, (...) tem-se, aqui, como fora de dúvida que esses bens sociais supremos existem fora e acima da letra expressa das normas legais, e nelas não se esgotam, até porque não têm caráter absoluto e estão em permanente mutação”. Em decisão do

⁴ Para tanto verificar o sitio www.renama.org.br

Tribunal Constitucional Federal alemão: “O direito não se identifica com a totalidade das leis escritas. Em certas circunstâncias, pode haver um ‘mais’ de direito em relação aos estatutos positivos do poder do Estado, que tem a sua fonte na ordem jurídica constitucional como uma totalidade de sentido e que pode servir de corretivo para a lei escrita; é tarefa de a jurisdição encontrá-lo e realizá-lo em suas decisões”.

Canotilho (2004) reforça tal posicionamento, ao afirmar que não cabe somente ao legislador estabelecer uma ordenação adequada de normas jurídicas, mas também aos tribunais encontrarem uma solução justa para os casos de conflitos entre posições fundamentais. Cita quatro etapas para a proteção: a) fazer uma aplicação do direito privado em conformidade com os Direitos Fundamentais; b) se a interpretação conforme os preceitos fundamentais forem insuficientes, cabe ao Tribunal a descon sideração da Lei; c) a interpretação utilizará não somente conceitos indeterminados, mas as próprias normas consagradoras de direitos fundamentais.

Sendo assim, a efetividade das normas dependem de uma assunção de direitos reconhecidos para a categoria de direitos fundamentais.

3 - A Abertura Material dos Direitos Fundamentais

No art. 5º § 2º da Constituição Federal de 1988, é contemplada a possibilidade de que os direitos e as garantias estabelecidos não serem uma lista exaustiva, mas de existirem outros direitos fundamentais, decorrentes do próprio regime e dos princípios adotados por esta, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja signatário.

Canotilho (CANOTILHO, 2003, p 403 e 404) define que os direitos que possuem assento constitucional são designados por vezes, direitos fundamentais formalmente constitucionais. Por sua vez os direitos fundamentais constantes das leis e dos tratados internacionais, por não terem forma constitucional, são chamados de direitos materialmente fundamentais.

Por ser uma *norma de fattispecie aberta*, continua Canotilho, alguns autores falam do princípio da não identificação ou da cláusula aberta.

Tal ideia vai ao encontro do proposto por Canaris (CANARIS, 1996, p.281):

“(O sistema jurídico) não é fechado, mas antes aberto. Isto vale tanto para o sistema de proposições doutrinárias ou ‘sistema científico’, como para o próprio sistema da ordem jurídica, o ‘sistema objetivo’. A propósito do primeiro, a abertura significa a incompletude do conhecimento científico, e a propósito do último, a mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais”.

Segundo Gonçalves (2008), a subdivisão da fundamentalidade em formal e material promoveu a abertura do catálogo constitucional a direitos materialmente fundamentais, e que ainda não foram constitucionalizados (positivados). Pode-se detrair daí que existe uma progressividade do elenco de direitos fundamentais.

Verificada a possibilidade de abertura, um problema a confronta: não possibilitaria esta abertura um enfraquecimento dos direitos fundamentais, pois trariam ao seu catálogo direitos utópicos e de difícil execução?

Gonçalves (2008) alerta em sua obra que os direitos fundamentais, visto que esta abertura e polissemia de sua definição poderiam criar uma série de direitos quiméricos ou utópicos que não poderiam ser concretizados em sua plenitude. Não só com o crescimento desenfreado da enumeração dos direitos e, também, com a mutação de direitos de silhueta libertária para prestacional.

Canotilho também converge neste sentido ao questionar como se poderia distinguir entre aqueles direitos sem assento constitucional, aqueles com “dignidade suficiente para serem considerados fundamentais”. Resolve este questionamento definindo direitos materialmente fundamentais como aqueles equiparáveis pelo seu objeto e importância aos diversos tipos de direitos formalmente fundamentais.

Segundo Barroso, à ideia de abertura que se comunica com a Constituição, aliam-se dois princípios: o da razoabilidade e o da dignidade da pessoa humana.

A questão da definição do que seriam princípios é largamente discutida pelos doutrinadores, adotando-se várias posições, seja pelo conteúdo, estrutura ou natureza, principalmente em oposição às regras.

Barroso alia-se à sistemática de Alexy que define os princípios como mandatos de otimização. Sendo assim, pretendem eles serem realizados da forma mais ampla possível, admitindo, entretanto, aplicação mais ou menos intensa de acordo com as possibilidades jurídicas existentes, sem que isso comprometa sua validade.

Esses limites jurídicos, capazes de restringir a otimização do princípio, são regras que o excepcionam em algum ponto e outros princípios de mesma estatura e opostos que procuram igualmente maximizar-se, impondo a necessidade eventual de ponderação (ALEXY, 2011).

É a síntese desta forma, do ordenamento jurídico, quer sejam explícitos ou não. Dão fim e base para a sociedade, sendo um reflexo da ideologia dominante desta. Por conseguinte dão unidade ao sistema, sendo a balança entre as tensões normativas, sendo guia para o intérprete pautar a identificação da melhor aplicabilidade destes.

Para fins de fundamentação do presente artigo, interessa o estudo da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana como “filtro” para a inserção de novos direitos materialmente fundamentais.

Continua o Barroso a definir o princípio da dignidade da pessoa humana, ao qual será citado in literis:

“O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as

condições materiais de subsistência. O desrespeito a este princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação um símbolo do novo tempo.

Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar.

Dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade.”

Podem-se classificar como estes patamares mínimos, direitos à saúde básica, renda mínima e educação fundamental, bem como o acesso à justiça para a efetivação destes direitos.

O princípio da dignidade a pessoa humana, na visão de Jorge Bacelar Gouveia (2001), assume uma papel limitador de direitos, bem como define a aplicação destes: “para além das múltiplas funções metafísicas e dogmático-positivas que hoje em dia pacificamente se lhe reconhecem, o princípio da dignidade da pessoa humana não somente explica a atribuição de direitos fundamentais aos cidadãos, no confronto que estes vivificam com o Estado-Poder. Pode igualmente surgir como muito operacional e efectivo na justificação de certas restrições a esses mesmos direitos fundamentais. Isto bem comprova, de resto, o transversalismo deste princípio, que emerge como plenamente válido, dados os valores que nele se transportam, sem dependência do tipo de relação que esteja em questão, assim se assumindo objectivamente funcional: serve também para restringir certos direitos fundamentais na parte em que não traduzam directamente os respectivos ditames.”

Sendo assim, aplicação de novos direitos parte do princípio da abertura material dos Direitos Fundamentais, eis que estes direitos são um reflexo da evolução da humanidade na compreensão de si e do mundo que a rodeia. Conforme Sarlet (2007):

“A ampliação da noção de dignidade da pessoa humana (a partir do reconhecimento da sua necessária dimensão ecológica) e o reconhecimento de uma dignidade da vida não-humana apontam para uma releitura do clássico

contrato social em direção a uma espécie de contrato socioambiental (ou ecológico), com o objetivo de contemplar um espaço para tais entes naturais no âmbito da comunidade estatal. Nesse sentido, MICHEL SERRES aponta a necessidade de se apostar, no contexto político-jurídico contemporâneo, na concepção de um contrato natural, onde o ser humano abandone a sua condição de dominador e “parasita” em face do mundo natural e assuma em face deste uma postura caracterizada pela reciprocidade na relação entre ser humano e ambiente, ou seja, aquilo que a Natureza dá ao homem é o que este deve dar a ela, tornando-a, de certo modo, sujeito de direito.”

4- A Declaração Universal dos Direitos dos Animais e uma nova Dimensão de Direitos Fundamentais

Cada época histórica produz mudanças no modo de viver, produzir, consumir e relacionar-se de indivíduos, tanto que grupos e classes podem determinar “anseios, desejos e interesses que transcendem os limites e as possibilidades do sistema, propiciando situações de necessidade, carência e exclusão (WOLKMER, 2013)”. Continua o autor: “assim, a conceituação de “novos” direitos deve ser compreendida como a afirmação contínua e a materialização pontual de necessidades individuais (pessoais), coletivas (grupos) e metaindividuais (difusas) que emergem informalmente de toda e qualquer ação social, advindas de práticas conflituosas ou cooperativas, estando ou não previstas ou contidas na legislação estatal positiva, mas que acabam se instituindo formalmente”.

Trata-se assim de uma nova dimensão de direitos fundamentais a abarcar os animais não humanos numa esfera de proteção não somente no dever constitucional, mas na inserção destes no rol dos direitos fundamentais.

Como direitos de 3ª dimensão, os direitos inerentes à proteção ambiental são mais relacionados às relações transindividuais do que a ação de abstenção/prestação do Estado perante o cidadão. Não estão assim, nem na esfera pública, tampouco privada.

Mas podem claramente incidir em ambas esferas. Exatamente por este caráter de indeterminação é a categoria mais adequada para a elevação dos direitos dos animais ao

nível de direitos fundamentais, que seriam oponíveis em razão de interesses de terceiros particulares.

Canaris afirma que os direitos fundamentais assumem para o direito privado a função de proibição de intervenção e direitos de defesa. Justifica tal posição ao afirmar que as leis de direito privado tem numerosos casos de apresentação de natureza ofensiva.

Ao seu entender constitui um imperativo de coerência controlá-las também a luz da proibição de excesso. Mesmo havendo do outro lado da relação um titular de direitos fundamentais e a lei de direito privado servir para o proteger, não haveria razão de utilização de tal medida, uma vez que normas de direito público, visam, até muitas vezes primariamente, a proteção individual de outras pessoas e não a promoção do interesse público (CANARIS, 2013).

Conforme Canotilho (2003), o problema da eficácia dos direitos fundamentais em relação aos direitos de ordem privada tende a uma superação da dicotomia da eficácia mediata/imediata a favor de *soluções diferenciadas*, que nada mais seria do que levar em consideração a pluralidade das funções dos direitos fundamentais, “de forma a possibilitar soluções diferenciadas e adequadas, consoante o referente de direito fundamental que estiver em causa no caso concreto.

Conforme o posicionamento de Canotilho já trazido anteriormente, são passíveis de ser admitidos nos rol dos direitos fundamentais, aqueles direitos materialmente fundamentais que encontrem equiparação nos direitos formalmente materiais. Por esta razão a Declaração Universal dos Direitos dos Animais pode ser absorvida a ponto de tornar-se uma nova dimensão de Direitos Fundamentais. Para tanto ressaltar que o julgado do REsp 1115916 / MG, sobre o controle de população de cães e gatos por asfixia foi considerado cruel e ofensiva a Declaração citada supra nos fundamentos legislativos.

Schwartz (2012) ao analisar a questão sob a ótica da Teoria dos Sistemas Autopoieticos ressalta que os direitos dos animais consagrados na Declaração Universal

dos Direitos dos Animais são “construídos à ‘imagem e semelhança’ dos direitos humanos”.

Entre as similitudes apresentadas pelo autor, este cita que no art. 1º da Declaração Universal dos Direitos dos Animais, estes possuem direito à vida e à existência, que encontra equivalência no art. 3º da Declaração Universal dos Direitos do Homem. O art. 2º contém a proibição de se exterminar os animais, que encontram correspondência na proibição da morte de um homem por outro homem. Podemos concluir que os direitos dos animais definitivamente encontram guarida no sistema dos direitos formalmente fundamentais.

No mesmo sentido os preâmbulos das duas declarações:

Declaração Universal dos Direitos do Homem - Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum [...]

Como se pode ver a Declaração Universal dos Direitos dos Homens reconhece a dignidade como direito inalienável de todos, sendo que o desrespeito a estes resultaram em uma série de atos bárbaros. Na mesma verve a Declaração Universal dos Direitos dos Animais trata da dignidade animal e o desconhecimento desta tem levado o homem a cometer atos cruéis e crimes contra a natureza:

Declaração Universal dos Direitos dos Animais - Considerando que todo o animal possui direitos, Considerando que o desconhecimento e o desprezo destes direitos têm levado e continuam a levar o homem a cometer crimes contra os animais e contra a natureza

O segundo critério para verificar se o direito se enquadra como materialmente fundamental é se este se enquadra no crivo do “filtro” do princípio da dignidade da pessoa humana.

A construção tradicional deste princípio é que este é essencialmente antropocêntrico e dualista, porém uma nova visão mais universal e monista são “própria de uma nova ética, fundada no homem como ser integrado à natureza, participante especial do fluxo vital que a perpassa há bilhões de anos, e cuja nota específica não está na razão e na vontade, que também os animais superiores possuem, ou na autoconsciência, que pelo menos os chimpanzés também têm, e sim, e em rumo inverso, na capacidade do homem de sair de si, reconhecer no outro um igual, usar a linguagem, dialogar e, ainda, principalmente, na sua vocação para o amor, como entrega espiritual a outrem. A primeira concepção leva ao entendimento da dignidade humana como autonomia individual, ou autodeterminação; a segunda, como qualidade do ser vivo, capaz de dialogar e chamado à transcendência.

Do ponto de vista ontológico, ou de visão da realidade, a concepção insular da pessoa humana é dualista: homem e natureza não se encontram, estão em níveis diversos; são respectivamente sujeito e objeto. O homem, "rei da criação" vê e pensa a natureza. Somente o homem é racional e capaz de querer. O homem é radicalmente diferente dos demais seres; somente ele é autoconsciente. A natureza é fato bruto, isto é, sem valor em si. A segunda é monista: entre homem e natureza, há um continuum; o homem faz parte da natureza e não é o único ser inteligente e capaz de querer, ou o único dotado de autoconsciência. Há, entre os seres vivos, um crescendo de complexidade e o homem é o último elo da cadeia. A natureza como um todo é um bem. E a vida, o seu valor. Do ponto de vista antropológico, em segundo lugar, o homem não é uma "mente", que tem um corpo; ele todo é corpo (AZEVEDO 2002)”.

A citação fala por si, as novas compreensões da humanidade da sua interdependência com o sistema ecológico, o avanço das técnicas e simulações através softwares avançados sobre experimentos científicos, a consciência de que as diferenças metabólicas e fisiológicas do homem e dos demais animais não dão a certeza absoluta sobre a letalidade de medicamentos, cosméticos e corantes, os maus tratos no transporte e em diversões diversas, abrem que o princípio da dignidade humana estende-se a toda universalidade, pois nas palavras do ministro Lewandowski no julgamento do ADI 1856/RJ:

“Proibiram-se agora as touradas em Barcelona. A Europa está preocupada como tratamento desumano, cruel e degradante que se dá aos animais domésticos, sobretudo nos abatedouros e também nos criadouros. Por quê? Porque está em jogo exatamente esse princípio básico da dignidade da pessoa humana. Quando se trata cruelmente ou deforma degradante um animal, na verdade está-se ofendendo o próprio cerne da dignidade humana. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, online)”

Sendo assim a dignidade humana é elevada quando da recepção dos direitos dos animais no arcabouço dos direitos materialmente fundamentais. Fernanda Medeiros (2004), quando fala do direito fundamental da proteção do meio ambiente e seus derivados dos direitos fundamentais dos animais não humanos aduz:

“podemos classificá-lo como direito de defesa quando a norma expressamente proíbe que se afete, de qualquer forma, o meio ambiente.”

Sendo assim, quanto à sistemática de soluções diferenciadas, Barroso (2008) aduz que o equilíbrio dos princípios é conseguido através do princípio da ponderação:

A denominada ponderação de valores ou ponderação de interesses é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. O legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional. Seus balizamentos devem ser o princípio da razoabilidade e a preservação, tanto quanto possível, do núcleo mínimo do valor que esteja cedendo passo. Não há, aqui, superioridade formal de nenhum dos princípios em tensão, mas a simples determinação da solução que melhor atende o ideário constitucional na situação apreciada.

É assim, não somente possível, mas necessário que os direitos estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos dos Animais, possam ser alçados a categoria de Direitos Fundamentais.

4- o Homem, o Animal e a Dignidade de todos nós.

Uma nova realidade se faz presente. A evolução tecnológica faz possível a realização de testes científicos sem a utilização do animal não humano. Milhares, se não milhões, de testes com cosméticos já foram realizados, sabendo-se do resultado dos produtos sobre pele, ou olhos. Pele e olhos que aliás, são diferentes da pele e olhos humanas, seja pela textura, resistência, mecanismos de proteção. Cães guias, golfinhos, chimpanzés, demonstram que para além da perspectiva cartesiana, animais não humanos não são autômatos desprovidos de sentimentos ou dor. São seres, que por serem vivos, são privados de dignidade.

Este novo contrato socioambiental parte do reconhecimento que o homem não é o centro da proteção jurídica, mas o agente motor da efetivação judicial, visando a inclusão de direitos dos animais no rol de Direitos Fundamentais.

Ao tentar se compreender, deve voltar-se aos hipossuficientes de proteção jurídica, como os animais não humanos. A abertura material dos Direitos fundamentais proporciona que os Tribunais possam se defrontar com o tema e ajudar o homem evoluir para um pleno convívio com a natureza e consigo.

5 - Conclusões

Uma nova dimensionalidade de direitos surge no horizonte. O estágio atual da civilização humana não permite que outros seres vivos sejam submetidos a tratamentos cruéis, que provocam dor e angústia, e por fim, morte, em prol de benefícios não totalmente comprovados ao ser humano.

Isto acarreta um conflito ético, que invade a seara do Direito, que não pode escusar-se de apreciar os questionamentos da sociedade frente a (i)moralidade do uso dos animais não humanos na experimentação científica, principalmente na pesquisa farmacológica e cosmética.

Necessário se faz analisar a extensão e a efetividade de conceitos constitucionais já positivados como a crueldade e a abertura a novos direitos de caráter fundamental, dentro do próprio permissivo constitucional e da atuação jurisdicional - ainda que nos primeiros passos - na inclusão dos animais não humanos como sujeitos de direito, baseados no princípio da dignidade da pessoa humana numa perspectiva biocêntrica, ao dar força à Declaração Universal dos Direitos dos Animais.

Declaração esta que permitirá se não uma nova dimensão de direitos fundamentais, a ampliação do conceito dos Direitos Fundamentais de 3ª Dimensão, concedendo força de efetividade à construção de uma vida digna a todos os seres vivos.

6- Referências Bibliográficas

_____, Declaração Universal dos Direitos dos Animais. Disponível em <http://www.propq.ufscar.br/comissoes-de-etica/comissao-de-etica-naexperimentacao-animal/direitos>, acesso em 07/05/2014.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos Fundamentais. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9 ed., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana - Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2002 - revistas.usp.br, visualizado em 07/05/2014.

BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 9 ed. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. Direito e Democracia, vol.3, n.2, 2002, Universidade Luterana do Brasil, Canoas, p. 345-383.

BENJAMIN, Antonio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: CA-NOTILHO, J.J. Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Direito Constitucional. Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina 2003.

Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, 1996,

CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7º ed. Coimbra: Almedina, 2004.

_____. & MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra, Coimbra Editora, 1991.

EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant; GOMES, Alice Mari de Menezes; SÁ, Catherine Fonseca. *Abertura Constitucional a Novos Direitos Fundamentais*. Disponível em <http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08/Artigos/Lilian.pdf> , acesso em 07/05/2014.

GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. Os Direitos Fundamentais e sua validade no âmbito das relações privadas, p. 401 a 444. Disponível em http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/34 acesso em 07/05/2014.

GORDILHO, Heron José de Santana. Darwin e a Evolução jurídica *Habeas Corpus* para Chimpanzés. *XVII Congresso Nacional do CONPEDI*. Brasília. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 1583 e ss.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. Regulação e Limites dos Direitos Fundamentais. In: AAVV, *Dicionário Jurídico de Administração Pública*. 2º Suplemento. Lisboa: s/ed, 2001, p.450-472.

LIMA, Fernando Bezerra de Oliveira. *Habeas Corpus para grandes primatas: o estudo do caso “Suíça”*. Monografia submetida à banca da Universidade Federal da Bahia, 2007.

MACHADO, Paulo Affonso Leme, *Direito Ambiental Brasileiro*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura. *Meio Ambiente: direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Direito dos Animais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 189.

NUSSBAUM, Martha C. Para além de compaixão e humanidade: justiça para animais não humanos. In: MOLINARIO, Carlos Alberto; MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago (Org.). *A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos: uma discussão necessária*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Ano 2 – Número 3 – jul/dez 2007.

REIS, Rafael Rocha e SOUZA, Carolina Fleury Badona. Proteção nacional e internacional dos Direitos dos animais: A efetividade das normas de reconhecimento dos direitos dos animais no caso do Instituto Royal. *Revista Jurídica*, Ano XIII, n. 21, 2013, v2, Jul. – Dez., Anápolis/GO, UniEVANGÉLICA, p. 168 a 181.

ROCHA, Renata da. O biodireito constitucional. Limite e fim da atividade científica. In *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 12. vol. 49. p.191-210. out/dez. 2004.

RODRIGUES, Danielle Tetü. *O direito & os animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa*. Curitiba: Juruá, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Ano 2 – Número 3 – jul/dez 2007, p. 69 a 94.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; FENSTERSEIFER, Tiago. *Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral*. In: MOLINARIO, Carlos Alberto; MEDEIROS, Fernanda; SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago (Org.). *A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos: uma discussão necessária*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 175-205.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. & FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: Estudos sobre a Constituição, os Direitos Fundamentais e a Proteção do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SCHWARTZ, Germano André Doerdelein. O Humano e os humanos nos direitos humanos. Animais, Pacha Mama e altas tecnologias, in *Jurisdicização das esferas sociais e fragmentação do Direito na sociedade contemporânea/organizador Germano Schwartz* - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 209 a 228.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado* 4 (2006): 23-51, disponível em https://teiasocial.mpf.mp.br/images/3/31/Conteudo_essencial.pdf acesso em 07/05/2014.

TOLEDO, Maria Izabel Vasco de. A tutela jurídica dos animais no Brasil e no direito comparado. Disponível em <http://www.portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/viewFile/8426/6187>, acesso em 07/05/2014.

WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos, p. 121-148. Disponível em <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/593>, acesso em 07/05/2014.