

Prof. Dr. Luís Afonso Heck

Semestre de verão 2018

Para uso em aula - UFRGS - Faculdade de Direito

O ANIMAL NA ÉTICA E NO DIREITO

II. A lei de proteção dos animais

1. A proibição de prejuízo fundamental

A lei de proteção dos animais amplia a concepção da proteção do animal ética. Assim, compreende a lei além do bem-estar do animal a vida como tal. Isso é uma inovação. A regulação determinante no § 1, frase 2, diz: “Ninguém deve ocasionar a um animal, sem fundamento racional, dor, padecer ou prejuízo.” A morte é, nisso, o caso de prejuízo maior. A proibição de morte é, então, mais uma vez, repetida no § 17, número 1, da lei de proteção dos animais. Segundo isso, a morte de um vertebrado carece de um fundamento racional.

O fundamento racional é o equivalente jurídico para a intervenção eticamente justificada. Em virtude da remissão à razão as diferenças entre ética e direito encolheram.

2. O fundamento racional

O fundamento racional é superior, tanto à proteção do animal – pois limitações à vida, que se baseiam em um fundamento racional, o animal tem de aceitar – como ao interesse da pessoa – pois somente são admissíveis tais intervenções na integridade do animal que se baseiam em um fundamento racional. O fundamento racional marca, com isso, a linha divisória entre o interesse da pessoa e o do animal.

O fundamento racional é um conceito jurídico indeterminado, que por interpretação tem de ser concretizado. A interpretação é o veículo com o qual o aplicador do direito decide sobre a extensão da proteção do animal.

a) Interpretação do fundamento racional

Ponto de partida para a interpretação de uma norma é o texto. Serviu-se, todavia, o dador de leis de conceitos jurídicos indeterminados, como do conceito do fundamento racional, dá o texto somente um apoio pequeno. A norma delimita, sem dúvida, um

quadro objetivo. Dentro do quadro, porém, resta ao aplicador do direito um espaço de decisão.

Uma olhada na história do nascimento da lei dá explicação sobre a finalidade perseguida pelo dador de leis. Na interpretação do fundamento racional esse procedimento mostra-se como, sem mais, conveniente. Segundo os materiais da lei, a proteção do animal, criada pela lei, “não” está “em contradição para com a limitação à vida do animal, justificada e racional, no quadro do interesse de conservação da pessoa”. (Citação do material parlamentar.) *Disso resulta que na interpretação do fundamento racional tem de ser feita uma ponderação de bens. Os interesses de conservação da pessoa e as limitações à vida do animal devem ser ponderados reciprocamente.* (O itálico é meu.) A classificação mais elevada da proteção do animal pela acolhida na constituição deve, nisso, ser considerada.

Na ponderação de bens o juiz invoca regularmente casos comparáveis nos quais ele pode orientar-se. É um impulso primitivo da jurisdição recorrer a casos comparáveis. O caminho é simples, assegura continuidade e poupa trabalho.

Faltam casos comparativos ou mostram-se esses como não mais utilizáveis, tem de o juiz autonomamente fazer uma decisão de ponderação nova, capaz. *Determinante é o princípio da proporcionalidade. Ele confere à decisão de ponderação estrutura.* (O itálico é meu.)

O princípio da proporcionalidade no direito da proteção dos animais segue regras transmitidas. Anteposto é o exame, se com a intervenção no bem-estar e vida do animal é perseguida uma finalidade admissível seguível e se a intervenção satisfaz aos mandamentos da idoneidade e da necessidade (princípio do meio mais atenuado). Ponderados devem ser, a seguir, a utilidade da intervenção e os interesses do animal (princípio da proporcionalidade no sentido restrito, conveniência).

Um fundamento racional pode somente então ser afirmado quando a utilidade da intervenção para a pessoa prepondera ao prejuízo do animal. Objeto de ponderação são os interesses da pessoa e os do animal. Objetivo da ponderação é uma compensação entre os interesses colidentes. *Fundamento da ponderação é um processo de argumentação amplo.* (Itálico é meu.) A ética da proteção do animal desempenha nisso um papel decisivo.

Cardozo, um juiz americano famoso com tendência poética, descreveu maravilhosamente o processo de ponderação: “Assim também o dever de um juiz torna-se mesmo uma questão de grau, ele é um juiz útil ou um pobre, um como ele avalia a medida rigorosamente ou soltamente. Ele tem de balancear todos os seus componentes, sua filosofia, sua lógica, sua analogia, sua história, seu costume, seu

senso de direito e todo o resto e adicionando um pouco aqui e retirando um pouco ali, tem de determinar, tão sabiamente como ele pode, que peso deve inclinar a balança.”

A literatura jurídico-constitucional alemã substitui o princípio da ponderação de bens para o âmbito da colisão de direitos fundamentais pelo princípio da concordância prática. (Aqui tem nota que remete à obra de Hesse, Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, número de margem 72. Tradução: Luís Afonso Heck.) Exigido é limitar os bens jurídicos colidentes de modo que eles desenvolvam eficácia ótima. A ideia da concordância prática também se deixa fertilizar para a conjuntura presente. Os interesses da pessoa e os do animal devem ser compensados de modo que ambos os interesses façam-se valer em modo ótimo.

A oposição entre o princípio da ponderação de bens e o da concordância prática não deveria ser acentuada excessivamente. Bem entendido, ambos poderiam chegar a resultados iguais. *Trata-se decididamente disto, que o fundamento de ambos é um processo de argumentação amplo.* (Itálico é meu.) O princípio da ponderação de bens apresenta particularmente um procedimento, o princípio da concordância prática olha particularmente o resultado. No caso concreto devem sempre ambos os princípios ser tomados a peito. No seguinte nós perseveramos, por conseguinte, no princípio da ponderação de bens transmitido e em grande medida aceito.

Todos os critérios sutis apresentados nada mudam na abertura da interpretação. Tem de se conformar com o conhecimento que, dentro do quadro juridicamente dado, o espírito da época e a pré-compreensão do intérprete da norma, por ele enformada, dirigem a interpretação. (Itálico é meu.) Sob espírito da época nós entendemos as correntes espirituais de uma época. Pré-compreensão abrange as ideias de justiça dominantes em uma sociedade, como um conflito jurídico deve ser solucionado. O espírito da época está sujeito à mudança contínua. Análogo vale para a pré-compreensão, análogo, para a decisão jurídica.

Necessariamente deságua, sobre a pré-compreensão, um elemento subjetivo na interpretação. Agora a intuição judicial entra em jogo. Intuição é, segundo concepção transmitida, o conhecer imediato, não discursivo, não baseado em reflexão. Para a intuição judicial essa perspectiva carece de uma certa modificação. Certamente intuição tem uma estrutura subjetiva. Ela radica na pessoa do aplicador do direito. Ela baseia-se na sua experiência. Nós denominamos isso Judiz. (Capacidade de achamento do direito, fundada em prática judicial de muitos anos.) A intuição judicial tem, porém, também uma estrutura objetiva. Ela sai, a saber, do processo de argumentação racional amplo mencionado. A intuição judicial pode, por isso, ser descrita como um pressentir pessoal, racional, que avança tentando, que se condensa progressivamente. Agora o

peso maior desloca-se completamente na pessoa do aplicador do direito. Duas virtudes platônicas são exigidas, cuidado e vontade. Cuidado preserva de marchar à frente sem rédeas, vontade, de vacilação medrosa. Ambas as virtudes fundem-se para criatividade produtiva.

No final do processo argumentativo está a decisão, concebida para o caso particular, sobre a existência de um fundamento racional. O método completa a lei. A interpretação achada esclarece, por um lado, o litígio concreto. Nisto reside sua função de satisfação. Ela contém, por outro lado, uma regulação geral. Nisto reside sua função de ordem. Ela pode converter-se em célula germinativa de um subsistema ou de um novo grupo de casos.

b. Carga da prova

Permanecem no caso particular os fatos não aclarados, dos quais depende a existência de um fundamento racional, decidem as regras sobre a carga da prova, quem tem de suportar a desvantagem. Em matérias penais tem de o estado, em virtude da regra “in dubio pro reo”, comprovar a não existência de um fundamento racional. Em matérias de direito administrativo vale, ao contrário, a regra que aquele que deriva direitos de uma norma tem de provar seus pressupostos. Disso resulta que o utilizador do animal tem de comprovar o pressuposto do fundamento racional, pois ele apoia-se em uma norma que é favorável a ele (...).

Fonte: Hager, Günter. *Das Tier in Ethik und Recht*. Tübingen: Mohr, 2015, S. 60 ff. Os pés-de-página não foram indicados.

3. A declaração sobre os antropoides grandes

(...)

Do esclarecimento ainda carece a questão, em qual forma um tal passo jurídico para a libertação dos animais poderia seguir. Dois caminhos oferecem-se. A ordem jurídica pode atribuir aos animais um direito subjetivo à liberdade. Esse caminho a declaração sobre os antropoides grandes iniciou. A ordem jurídica pode, porém, também limitar-se a isto, determinar objetivamente a liberdade dos animais, sem conceder direitos aos animais. Na primeira solução os direitos dos animais deveriam ser salvaguardados por fiador. Na segunda solução a imposição do direito estaria nas mãos da autoridade competente. (...) A primeira posição iria intensificar a posição do animal, o animal não mais seria mero objeto de proteção, mas titular de direito ...

Fonte: a mesma, S. 87 f.