

## TITULARIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PELOS ANIMAIS NÃO HUMANOS

Edvaldo Brito \*

**RESUMO:** O fenômeno jurídico, dentre os objetos do conhecimento, é categorizado como cultural e é expresso pela conduta humana na sua interferência intersubjetiva. A norma é o pensamento dessa conduta em liberdade, por isso, expressa pela lógica do dever ser. Os Direitos Fundamentais são as condutas correspondentes às prerrogativas inatas do ser-humano, por isso, essenciais à sua existência com dignidade. A Constituição de 1988 agasalha esses Direitos, *numerus apertus*. A evolução dos Direitos Fundamentais resulta, na contemporaneidade, em várias categorias, sem que isto dê espaço à classificação em geração e dimensão dos mesmos, cujas características estão estudadas para melhor entendimento da sua disciplina jurídica na Constituição de 1988, que discrimina entre direitos, deveres e garantias fundamentais. A conclusão é a de que não há a titularidade desses direitos se não para o homem, porque os animais não-humanos, componentes do meio-ambiente, estão preservados, não como titulares dessas prerrogativas, mas como elementos de uma fauna a ser preservada, para manter o equilíbrio ecológico constitucionalmente determinado como tarefa do homem.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais; Meio-ambiente; animais; não humanos.

**ABSTRACT:** The legal phenomenon, among the objects of knowledge, is categorized as cultural and is expressed by human conduct in its intersubjective interference. The norm is the thought of this conduct in freedom, therefore, expressed by the logic of duty. Fundamental Rights are the conduct corresponding to the innate prerogatives of human beings, therefore, essential to their existence with dignity. The 1988 Constitution embraces these rights, *numerus apertus*. The evolution of Fundamental Rights results, in contemporary times, in several categories, without this giving space to the classification in generation and dimension of them, whose characteristics are studied for a better understanding of their legal discipline in the 1988 Constitution, which discriminates between rights, duties and fundamental guarantees. The conclusion is that there is no ownership of these rights except for man, because non-human animals, components of the environment, are preserved, not as

---

\* Professor Emérito da Universidade Federal da Bahia, em cuja Faculdade de Direito leciona no PPGD – Programa de Pós-graduação em Direito, desde 1982, ininterruptamente. Professor Emérito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em cuja Faculdade de Direito lecionou, na graduação e na pós-graduação de 1992 a 2009. Professor do PPGD/UCSAL – Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Salvador. Doutor e Livre-Docente pela USP - Universidade de São Paulo, em cuja Faculdade de Direito foi aprovado em dois concursos para Professor Titular de Legislação Tributária e para Professor Titular de Direito Civil. Mestre em Direito Econômico pela UFBA – Universidade Federal da Bahia. Autor de Livros e de Artigos especializados.

holders of these prerogatives, but as elements of a fauna to be preserved, to maintain the ecological balance constitutionally determined as a human task.

**Keywords:** Fundamental Rights; Environment; animals; non-humans.

## 1 FENÔMENO JURÍDICO: OBJETO CULTURAL

Buscada, no cadinho do *egologismo existencial*, a noção de que o *fenômeno jurídico* é um *objeto cultural* e, por isso, é expresso pela *conduta humana*, quando esta entra *em sua interferência intersubjetiva*, conclui-se que o ótimo manipulador desse *objeto* é aquele investigador que, não só o observou, *objetivamente*, mas, também, sob o aspecto *subjetivo*, viveu todas as peripécias de uma *existência* em coletividade.

O *objeto cultural* ocupa um campo do conhecimento humano, cujas características são: algo *real*; que tem *existência*; que está na *experiência* e que é *valioso* positiva ou negativamente; razão pela qual o estudioso passa a ser o próprio *objeto* de sua investigação, o que lhe exige *neutralidade axiológica*, a fim de superar os seus “*bias*”, sob pena de distorção do julgamento, como observador, tendo em vista seu íntimo envolvimento com o *objeto* de sua observação.

Carlos Cossio<sup>1</sup> resume o tema no seguinte quadro:

Objetos	I caráter	II caráter	III caráter
Ideais valor	Irreais: não têm existência	Não estão na experiência	Neutros ao valor
Naturais	Reais: têm existência	Estão na experiência	Neutros ao valor
Culturais negativamente	Reais: têm existência	Estão na experiência	Valiosos positiva ou
Metafísicos negativamente	Reais: têm existência	Não estão na experiência	Valiosos positiva ou

O *fenômeno jurídico*, caracterizado como *objeto cultural*, é criado pelo homem, atuando segundo valores, por isso, passível de um tratamento axiológico, submetido a caracterizações. Não é, em si, um *valor*, porque esse tratamento axiológico torna-o *objeto* sob apreciação positiva ou negativa do sujeito cognoscente, tal como se expôs supra.

Exprime-se pela *conduta humana* mediante *linguagem*, usada pelo emissor da mensagem na comunicação com o receptor, tanto no nível da *linguagem objeto* como no nível da *metalinguagem*, circunstância que exige mais cuidado do investigador porque a *linguagem* é, também, *objeto cultural* responsável pela *comunicação* entre o investigador — o *emissor* da mensagem — e o *receptor* do

<sup>1</sup> -cf. La teoria egologica del derecho y el concepto jurídico de libertad. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1964, p.56.

produto da investigação, reclamando cuidado no seu trato para evitar *patologias* na mensagem.

A pesquisa de qualquer aspecto de um *objeto cultural*, em que o *sujeito cognoscente* é o próprio *objeto cognoscível*, cresce de importância pela mestria que se exige na manipulação, a qual não se limita a mero colecionamento de opiniões alheias, mesmo que se identifique, aqui ou acolá, uma originalidade, nessa coleção.

A pesquisa, aqui, exige aprofundamento e, por isso, pede técnica original reveladora da qualificação do *elemento subjetivo* — o pesquisador — na construção de um *elemento objetivo* insofismável.

Esse sujeito tem de ser alguém que, na zetética, buscou uma dogmática segura, sem abandonar essa zetética; ao contrário, firmando-se nela para produzir afirmações indiscutíveis.

É incansável a atuação acadêmica e profissional de alguns pesquisadores, buscando uma proteção jurídica do *animal não-humano*, a partir da discutível premissa da titularidade de um direito subjetivo com os elementos de um direito fundamental.

Centra-se este trabalho na afirmação de ser discutível no ponto em que dizem contribuir para o “*debate ético sobre a relação entre homens e animais*” e em que se pretende provar “*que a Constituição Federal de 1988 elevou os animais à categoria de sujeito de direitos fundamentais básicos, tais como a vida, a liberdade e a integridade psíquico-física*”.

É esse debate — prefira-se dizer: *diálogo* — que tem o propósito de ver a continuidade da pesquisa, sob um ângulo do Direito Constitucional positivo brasileiro.

Ora, os homens são, também, animais, daí preferir-se uma classificação em que esse gênero é contraposto — como o de *ser vivo*, organizado *artificialmente* — àqueles seres da Natureza que não o são, cuja organização é *biológica*.

O *fenômeno jurídico*, sobretudo, quando pensado como norma, é *conduta humana*.

Kelsen tem consciência desta verdade<sup>2</sup>.

## 1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Esse *diálogo* acadêmico é bom, porque faz lembrar a contribuição que se colhe para refletir, por exemplo, que *Direitos Fundamentais* são as prerrogativas *inatas* do ser humano, por isso, essenciais para preservar a sua existência com *dignidade*, as quais fornecem a *natureza jurídica* desses *direitos*, ou seja, dessas prerrogativas, quando submetidas ao crivo jurídico, encontrada em dois polos:

- direitos fundamentais são *direitos subjetivos*,

---

<sup>2</sup> - cf. Hans Kelsen. Teoria pura do direito. 3ª ed. tradução Dr. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado – Editor, Sucessor. 1974, p.35, 57, 231.

- direitos fundamentais são uma *função social*.

### 1.1.1 Por que *direito subjetivo*?

porque constitui uma aptidão outorgada, pela ordem jurídica, a cada sujeito de direito para praticar atos.

Então, os animais não-humanos estão excluídos da sua titularidade.

É um *direito subjetivo público*, sendo necessário o exame de sua *fonte* para que se saiba em que consiste e para que se saiba que descabe uma distinção entre *direitos fundamentais* e *direitos humanos*, salvo se se queira fazer mera categorização, com o auxílio da *Semiótica*, uma vez que qualquer *direito é humano*.

*Direito subjetivo público* é uma das duas espécies de *direito subjetivo*.

A outra é o *direito subjetivo privado*.

O ângulo do estudo, aqui, é o plano *subjetivo*, hipótese em que se trata de aptidão para agir outorgada ao particular, ao administrado, por uma *fonte* privilegiada que é a Constituição. Neste caso, o *direito subjetivo* é categorizado como *público*, em oposição ao *direito subjetivo privado* haurido das normas disciplinadoras das relações jurídicas entre particulares.

Assim, “há direito subjetivo privado, quando é facultativo, para o titular, poder, ou não, fazer uso dele, e é público o direito subjetivo, quando, não só há para o sujeito poder, mas, também, uma obrigação de exercício”<sup>3</sup>, considerando que ele “assegura a proteção”.

### 1.1.2 E por que *função social*?

Porque todo ser humano, individualmente, tem na sociedade uma certa *função* a cumprir, tem uma certa tarefa a executar. Aqui está uma noção realista substitutiva da noção metafísica de *direito subjetivo*.

É a lição de Duguit, ao afirmar que significa deixar a propriedade individual de ser um direito do indivíduo para converter-se em uma *função social*<sup>4</sup>, por isso, o homem não tem direitos; a coletividade tão pouco, porque o indivíduo tem na sociedade uma certa *função* que cumprir e, por consequência, tem o *dever social* de desempenhá-la da melhor maneira, desenvolvendo sua individualidade física, intelectual e moral, pois, não pode permanecer inativo, daí que o Estado pode intervir para impor-lhe o trabalho, de modo a realizar a *função social* que é a condição indispensável da prosperidade e da grandeza das sociedades<sup>5</sup>.

Consequentemente, o *direito fundamental* não é da titularidade individual de um sujeito, mas, sim, um instrumento do exercício de sua *função social*, enquanto um ser que convive na sociedade contemporânea para, assim, dar significação à liberdade, à propriedade, à associação, à responsabilidade.

---

<sup>3</sup> - cf. Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho. Tratado de direito civil brasileiro. Vol. IX Dos direitos subjetivos. Rio de Janeiro/ São Paulo. Livraria Editora Freitas Bastos. 1941, p.665.

<sup>4</sup> - cf. Leon Duguit. La propiedad función social. In. Las transformaciones del derecho (público y privado). Trad. do francês por Adolfo G. Posada y Ramón Jaén. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L. 1975, p.236.

<sup>5</sup> - cf. Leon Duguit. Ob. cit. ps.178 e 179.

Disso, conclui-se que qualquer *direito é humano*, portanto, é descabida a dicotomia *direito fundamental versus direito humano*.

Trata-se de uma única categoria.

Começa-se, também, a perceber a necessidade do *diálogo*, acima referido, para identificar se a Constituição de 1988 elevou os animais não-humanos à *categoria de sujeito de direitos fundamentais*, especialmente, os *básicos*.

A resposta é negativa.

## **2 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A TITULARIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PELOS ANIMAIS NÃO-HUMANOS**

Socorre-se, aqui, novamente, do *egologismo existencial* de Carlos Cossio com a concepção que se orienta pelo *objeto (a conduta humana em sua interferência intersubjetiva)*, porque a *norma* não contém mando nenhum; “a norma simplesmente diz que dado o fato da liberdade civil de uma pessoa, deve ser o fato de não matar e dado o fato de matar deve ser o fato de sua prisão”<sup>6</sup>.

E continua Cossio: o *objeto*, assim representado, é a *conduta humana*.

A *norma*, enquanto objeto, é um *conceito*, quer dizer, um objeto lógico e não um objeto real; o objeto real, representado, intelectualmente, por esse *conceito*, é certa conduta humana”<sup>7</sup>.

A *norma*, nesses termos, é o pensamento de uma *conduta humana* em liberdade; é a estrutura lógica da experiência jurídica; é a classe típica de *conceitos* de que se utiliza o jurista para mencionar a realidade jurídica no conhecimento científico ou, o que é o mesmo, é o modo de *juízo* com que opera seu intelecto ao formar aqueles *conceitos*.

Faz, então, *valoração jurídica* e é esta que leva ao reino dos *objetos culturais*: “é o sentido de um objeto egológico, como razão do dito objeto; é o sentido de uma *conduta humana em sua interferência intersubjetiva*. Aqui, a atitude que cabe ao jurista para apreender este dado por compreensão, também, é uma adequação necessária e fixa: uma interpretação pré-normativa, base que o faz obter, sob método empírico-dialético, a estimativa positiva do Direito”.

Por sua vez, seguido esse método, o conteúdo dogmático da experiência jurídica, leva aos mais diversos *objetos*, os quais estão, efetivamente, mencionados por imputação normativa tais como os objetos ideais quando a norma menciona algarismos como na prescrição ou nas legítimas hereditárias; os objetos lógicos como a analogia; os objetos naturais como o ano civil, o ano solar, ou como as doenças profissionais no campo do direito do trabalho; os objetos culturais como decorre da referência aos bons costumes.

---

<sup>6</sup> - cf. Carlos Cossio. La valoración jurídica y la ciencia del derecho. Buenos Aires: Ediciones Arayú. 1954 p.61

<sup>7</sup> - cf. Carlos Cossio. La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad. 2ª ed. Buenos Aires. 1964 p. 531. La valoración jurídica y la ciencia del derecho. Buenos Aires. Ediciones Arayú. 1954 p.61.

O exposto faz crer que a *norma* alude a esses *objetos* e, portanto, a dados da *experiência* jurídica, razão pela qual vale adotar metodologia no estudo do Direito, que a tenha como um dos seus elementos, para evitar a “*teoria de acho*”<sup>8</sup>, mas sem optar pelo exagero de adotar somente as abstrações lógicas, dado que a vida do Direito não é a lógica, mas a experiência<sup>9</sup>.

O exposto, afinal, faz crer que descabe a dicotomia *direito fundamental e direito humano*, da qual se concluiria que o *direito fundamental* é o *direito humano* positivado na Constituição, isto porque, há um conjunto de sentimentos ou de tendências, formando uma consciência coletiva, da importância de certas prerrogativas que, na *interferência intersubjetiva do homem*, são normatizadas por uma questão de pedagogia social, mostrando uma concepção de vida dentro dos ideais de uma educação universal.

A *Constituição Jurídica* pensa a *conduta humana na sua interferência intersubjetiva*, no plano dos *valores* designativos da *dignidade da pessoa humana*, no sentido de que o homem, em razão de ser homem, tem de exercer essas prerrogativas invioláveis.

O *meio ambiente*, ecologicamente, equilibrado é componente dessa *dignidade*.

O *meio ambiente*, ecologicamente, equilibrado é um *direito fundamental*, cujo polo passivo é um *dever fundamental*.

O *meio ambiente*, para ser, ecologicamente, equilibrado tem de ser preservado por todos e para a “convivência” de seres animados e inanimados que o constituem.

A Doutrina considera a *universalidade do valor do direito fundamental*, ao ponto de reservar-lhe a condição de *objeto* da Teoria da Constituição pelos elementos modernos que a integram nesse nosso tempo.

O *constitucionalismo*, contemporaneamente, expressa “ideia-força” típica dessa quadra, em que a *soberania popular* é exercida com destaque, tendo a *cidadania* como substrato e como sentido.

Aspirações da sociedade, que configuram *elementos* clássicos da Teoria da Constituição, convivem com esses *valores* e com os que se apelidam de modernos, mas que consistem em *direitos fundamentais* que são versões daqueles *valores*.

Tais são: o direito de manifestação da sociedade civil; o direito de resistência; o pluralismo político e o jurídico; os novos contornos da desobediência civil; e, repita-se, *o meio ambiente, ecologicamente, equilibrado*.

---

<sup>8</sup> - cf. Edvaldo Brito. Limites da revisão constitucional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1993 p.12: teoria do acho, pela qual o Direito fica à mercê de uma relação comportamental (pragmática), desprestigiando-se à luz de um tratamento científico, à medida em que os juízos ficam subordinados às preferências por conclusões favoráveis a certos segmentos da vida social.

<sup>9</sup> Cf. Ch. Perelman, prefácio à – Introducción a la lógica jurídica, edição francesa de 1965, de Georges Kalinowski. Buenos Aires, EUDEBA. 1973. Sobre o tema. leia-se MIGUEL REALE "O Direito como experiência". Introdução à epistemologia jurídica". 2ª ed. São Paulo. Saraiva. 1992.

Convivem esses elementos modernos com os clássicos configurados no direito à vida, à liberdade, à segurança, à propriedade, verdadeiros gêneros dos *direitos*, das *garantias* e dos *deveres fundamentais*, todos eles, aliás, tendo como vector o *direito à igualdade*, pois, a cláusula, relativa à *igualdade* diante da lei, vem em primeiro lugar na lista dos *direitos* e *garantias*, como a *Constituição Jurídica* brasileira assegura, não por acaso ou arbitrariamente, mas, porque o *princípio da igualdade* rege todos os direitos em seguida a ele enumerados.

E, assim, o pensamento aceitável de Francisco Campos que chegou a demonstrar que a regra que veicula tal *princípio* deve ser lida como se, assim, estivesse escrita: “a Constituição assegura com *igualdade* os direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes”..<sup>10</sup>.

A lista desses *direitos fundamentais* extrapola de um rol que se possa fazer em uma única lei constitucional, por isso que — longe de serem *numerus clausus* — tratados e outros acordos internacionais são, também, seus repositórios, são suas fontes e são da mesma eficácia normativa, como o determina, por exemplo, o §2º do art. 5º da Constituição brasileira de 1988.

Cada signo dessa *linguagem* técnica tem de ser, rigorosamente, delimitado no seu conteúdo semântico a fim de não comprometer a cientificidade do tratamento desses elementos.

A circunstância de essas prerrogativas constarem de uma lista em um documento normativo — por exemplo, uma *Constituição Jurídica* — não significa que, somente, assim, nesse rol, a proteção do indivíduo faça-se perante seu *próprio* Estado ou perante um *estrangeiro*.

### **3 CONTEMPORANEIDADE, COMO EVOLUÇÃO, DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Há que se contemplar, contemporaneamente, uma *evolução* que, contudo, não autoriza classificar essas prerrogativas em *gerações* ou *dimensões* porque assim, erradamente, poder-se-ia imaginar um esgotamento em cada descendência.

Essa concepção poderá servir, apenas, para entender que essas prerrogativas, à medida em que, *na interferência intersubjetiva do homem*, são normatizadas por uma questão de pedagogia social, produzem outras da mesma natureza, ao mostrarem uma concepção de vida dentro dos ideais de uma educação universal.

Essa *evolução*, também, não autoriza a classificação em *dimensões*, porque não importa o conteúdo de cada qual, pois, sob o aspecto jurídico, há de ser considerado, apenas, que se trata de prerrogativa do homem, enquanto *ser* dessa categorização, entre os animais.

---

<sup>10</sup>- cf. Direito constitucional, vol. II, Rio de Janeiro, Livraria Freiras Bastos S.A., 1956, p.12.

É, assim, que todas as *Constituições Jurídicas* do pós-segunda-guerra mundial disciplinam essas prerrogativas, buscando a proteção do homem, sobretudo, o *cidadão*, portanto, a proteção do homem social e não, somente, do homem, individualmente, considerando-se, com Duguit, que todo indivíduo tem na sociedade, não, propriamente, um *direito subjetivo individual*, mas, uma certa *função social* a cumprir.

Proscreeve-se o *individualismo jurídico*, tanto no regime do direito privado, quanto no público.

Aqui, cabe a concepção de Alexy<sup>11</sup> sobre o sistema de posições jurídicas fundamentais, na categoria por ele chamada de *direitos a algo*, cuja estrutura fundamental, ele, Alexy, classifica em dois tipos: os *direitos a ações negativas* e os *direitos a ações positivas*.

Os *direitos a ações negativas*, como ele próprio faz a similitude, são direitos de defesa, quando positivados; eles impedem o Estado de praticar atos, em contrário do que está estatuído nessa positivação, então, o Estado deve, aí, propiciar ao sujeito as condições para concretizar esses *direitos*.

Os exemplos na Constituição brasileira vigente estão nos arts. 6º e 7º, portanto, uma lista desses *direitos de ações negativas*.

Mas, ele fala dos *direitos a ações positivas*, que são os direitos de atuação do Estado, aí, tem-se, na concepção dele, a *ação positiva fática* e a *ação positiva normativa*.

A *ação positiva fática* constitui os direitos a *prestações* do Estado e a *ação positiva normativa* constitui os direitos a atos estatais de imposição de normas como aquelas que são indispensáveis ao exercício para a proteção do âmbito de liberdade assegurado pelo *direito fundamental*; aqui, encontram-se os direitos a *prescrições*.

As *prestações* constituem a atividade de atendimento das *necessidades da assistência vital*; já as *prescrições* constituem a intervenção autoritária do Estado na vida do particular para exercer o *arbitrio conformador*<sup>12</sup>.

Portanto, não é uma questão de *geração* ou de *dimensão*, porque o *direito fundamental* é ou não é expressão de uma prerrogativa *inata* do homem, em qualquer tempo ou circunstância.

#### 4 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1º - direito natural;

2º - direito subjetivo público;

3º - direito coletivo;

---

<sup>11</sup> - cf. Robert Alexy. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2001, pp.186 e segs.

<sup>12</sup> - cf. Edvaldo Brito. Reflexos jurídicos da atuação do estado no domínio econômico. 3ª ed. São Paulo. Saraiva, 2022, p.20



#### 4º - direito indivisível.

*Direito natural* porque ele integra o patrimônio do ser humano uma vez que é elemento constitutivo de sua *dignidade*.

*Direito subjetivo público*, porque, em razão de sua *fonte*, que é, sempre, ou a Constituição, — quando ele é positivado — ou é um ato do direito internacional — por exemplo, tratados e convenções internacionais — esse direito é exercido de modo oponível a qualquer *destinatário* desse exercício, na ideia de autoridades que têm que aplicá-los e tutelá-los; ou estas autoridades e os sujeitos que têm de observá-los ou que se podem servir dessas normas<sup>13</sup>.

*Direito coletivo* quando assume a natureza de *função social*: a sua titularidade cabe aos órgãos que exercem controle social em nome da *sociedade civil*; são os direitos econômicos, direitos sociais, direitos de solidariedade, direito à *fraternidade*, este, um dos *valores* supremos estabelecidos no Preâmbulo da Constituição de 1988 e, ainda, não explorado, salvo em um recente livro<sup>14</sup>.

E, por último, *direito indivisível*, porque não comporta a tese da existência de *gerações* ou a de *dimensões*. As circunstâncias que dão origem, a cada momento, aos *direitos fundamentais* não os seccionam no *tempo* ou no *espaço*; ao contrário, estratificam-nos como aptidão para a prática de atos na sociedade compondo o hábito de liberdade da pessoa cujo exercício é assegurado pelo próprio *direito fundamental*. as *garantias* têm a natureza de *direito fundamental*.

---

<sup>13</sup> - cf. Santi Romano. Fragmentos de um dicionário jurídico. Trad. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América. pp.239 e segs. Miguel Reale. O direito como experiência (introdução à epistemologia jurídica) 2ª ed. fac-similar com nota introdutória do autor. São Paulo. Editora Saraiva. 1992, p.173.

<sup>14</sup> - cf. Reynaldo Sousa da Fonseca. Princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça. Belo Horizonte. Ed. D'Plácido. 2019.

## 5 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A DISCIPLINA JURÍDICA DOS DIREITOS, DEVERES E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A disciplina jurídica dessas prerrogativas, na Constituição de 1988, sem esgotá-la, está *sistematizada* nos seus arts. 5º a 17, categorizando-se como *direitos individuais* e como *garantias individuais*, mas, também, encontram-se, de modo esparso, no tecido constitucional, também, como *deveres*, a exemplo do disposto no art.225, porque a discriminação não sendo didática, caberá ao intérprete fazê-lo, escoimando o texto desse dano técnico e a partir desse dispositivo pode-se falar de *deveres fundamentais*.

*Direitos fundamentais individuais e coletivos* - são as prerrogativas ligadas ao conceito de pessoa humana e à sua personalidade, tais como as relativas à vida, à igualdade, à dignidade, à segurança, à honra, à liberdade e à propriedade. Caracterizam-se, os *coletivos*, como prerrogativas de coletividades, portanto, a sua titularidade é de um grupo, categoria ou classe, cujos membros são ligados entre si por uma única relação jurídica; são direitos transindividuais em que os sujeitos são indeterminados, porém, as prerrogativas são determináveis, como o direito de moradia, direito à educação, à saúde, à segurança, etc. São *indivisíveis* considerando que os diversos interessados, que formam uma categoria, têm o mesmo tratamento.

*Deveres fundamentais individuais e coletivos* – A Constituição dispõe, não apenas direitos, mas, também, sobre *deveres*. Assim, a partir de seu conceito, os *deveres fundamentais* são normas de restrição estabelecidas, somente, de modo explícito; os sujeitos ativos e passivos dos *deveres fundamentais* devem, também, ser indicados em cada norma ou que possam ser deduzidos mediante interpretação.

*Deveres individuais* e *deveres coletivos* distinguem-se por serem realizados ou por um único indivíduo, para si ou para outrem, ou por uma coletividade.

Essa classificação pode aplicar-se aos *deveres* em sentido estrito, que são, normalmente, *auto interessados*, mas, podem ser *hetero interessados*, ou seja, não revelam uma relação ou uma condição para serem realizados, nem a existência de uma correlação com algum direito que possa ser exigível.

Há quem distinga, no texto constitucional, entre esses *deveres* e as *obrigações*, para as quais, também, caberia essa categorização, embora, elas são, sempre, relacionais e condicionais, além de correlacionadas com direitos exigíveis do rol específico de *deveres individuais e coletivos*, dispostas de modo *expresso* ou *implícito*, “porém, correlatas a direitos reconhecidos no mesmo rol e decorrentes de um *dever geral de cumprir e de respeitar a Constituição, a lei e os direitos alheios*, o qual é um *dever jurídico*, propriamente dito, não expresso”.

Entre as categorias expressas podem ser listadas:

*Obrigação de reunião pacífica* - art. 5.º, XVI

*Obrigação de representa o expressamente autorizada* - art. 5.º, XXI  
*Obriga o de dar fun o social   propriedade* - arts. 5.º, XXIII, 182 a 191.  
*Obriga o de trabalhar a pequena propriedade rural* - art. 5.º, XXVI e de dar fun o social   pequena propriedade rural familiar arts. 184 e 191  
*Obriga o de não violar os direitos e as liberdades fundamentais* - art. 5.º, XLI, XLII, LXVII LXIX, LXXI LXXIII e LXXV.

H  outros *deveres* que estão dispostos na Constitui o fora desse pequeno rol do art.5º e a maioria dos *deveres*, fora dele, tem san oes para o seu descumprimento, como, por exemplo, aquelas decorrentes da improbidade administrativa.

Outros exemplos:

*Obriga o de votar* - art. 14,   1.º  
*Obriga o de contribuir com a manuten o dos gastos públicos de acordo com sua capacidade econ mica* – art.145,  1º

A pandemia do coronavírus foi responsável pelo destaque dado aos *deveres sanitários*<sup>15</sup>.

“Esse conjunto de *deveres* parece ser um dos mais genéricos no tema, ligando-se ao desenvolvimento e dignidade das pessoas, bem como sua integridade física e psíquica.

*Dever em sentido estrito de cuidar da própria saúde*, que se relaciona ao *direito* de exigir do Estado a execu o de políticas sociais e econ micas que visem reduzir o risco de doenças e de outros agravos, além de proporcionar o acesso universal igualitário às a oes e aos serviços para sua promo o, prote o e recupera o”.

*Obriga o de não prejudicar a saúde alheia*, com a dissemina o de doenças contagiosas - arts. 6.º e 196 a 200.

*Dever fundamental de personalidade*. - “Esse *dever* adv m diretamente do fundamento dos Estados democráticos de direito, *garantias* e *deveres*, que   a *dignidade da pessoa humana* (art. 1.º, III)”.

O *dever fundamental de personalidade* refere-se aos *deveres* jurídico e moral de todas as pessoas de promover a *dignidade humana*.

---

<sup>15</sup> - cf. Edvaldo Brito. O estado e a saúde em tempo de pandemia. In. Revista da Academia de Letras da Bahia. Ano 1, vol.1, n.1 (Ago.1930) – Salvador: Academia de Letras da Bahia n 59. 2021 p.209 e segs. Edvaldo Brito, Antonio Brito, Antonio Ali Brito. Efetiva o das garantias ao direito   saúde: legisla o e jurisprudência no combate   pandemia. In. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. Funda o Oswaldo Cruz. Número 3, volume 12 jul./ser. 2023 p.115 segs.

*Garantias Fundamentais* - A Alemanha, segundo relato de Alexy<sup>16</sup>, tem-se louvado em critérios concretos para utilizar *garantias* jurídico-positivas de liberdade, a fim de proteger a *dignidade da pessoa humana* que, pela Lei Fundamental é um valor intangível: “a dignidade da pessoa humana é inviolável. Todas as autoridades públicas têm o dever de a respeitar e proteger”.

Assim, o regime de *ampla liberdade*, em que vive a pessoa, tem de ser interpretado de modo a que as ações que pratica, na “vida de relação”, também, não resultem em perigo para a sua *dignidade*.

Nem tudo que cada um resolve fazer é compatível com os predicados da pessoa humana; algo que delibere pode ter a consequência de humilhar, de discriminar, de depreciar o indivíduo.

Persegue-se, pois, em face de o conceito de *dignidade da pessoa* ser vago — novamente se poderia falar de “*conceito jurídico indeterminado*” — a formulação de um conceito unitário e de diferentes *concepções* da dignidade da pessoa, embora elas sejam difíceis de classificar.

O Tribunal Constitucional Federal alemão, nesta linha, resumiu-as em sua fórmula sobre a imagem da pessoa. Segundo o que essa Corte concebe, a norma que estabelece esse *princípio* traduz “a concepção da pessoa como um ser ético-espiritual que aspira a determinar-se e a desenvolver-se a si mesmo em liberdade. A Lei Fundamental não entende esta liberdade como a de um indivíduo isolado e totalmente dono de si mesmo, senão como a de um indivíduo referido a e vinculado *com* a comunidade”.

Ora, se o *princípio* não quer significar que a pessoa humana tem valor e sim que ela é um valor; se o conteúdo do *princípio*, por isso, sinaliza para os seguintes elementos, dentre outros, desse *valor*:

a igualdade,

a liberdade e

a justiça;

vê-se que o Tribunal Constitucional alemão deu importância, nessa sua concepção, ao elemento liberdade que, por sua vez, também, é um conceito vago, por isso, nesse contexto — explica o autor — o que se busca é assegurar a *dignidade* através do Direito. “Por ele, não pode querer fazer-se referência a uma liberdade positiva interna, como a que existe no cumprimento da lei ética por dever. Ao que se faz referência tem que ser uma liberdade externa que consiste em que não se impede ao indivíduo, através da coação externa, a escolha entre diversas alternativas de decisão, pois, de outra maneira, em um contexto *jurídico*, não poderia falar-se da ‘independência da pessoa e de uma ‘personalidade auto responsável’. Porém, uma liberdade inclui sempre essencialmente a liberdade jurídica negativa. Pode, portanto, dizer-se que sem liberdade jurídica negativa não existe dignidade da pessoa em um sentido juridicamente relevante”.

---

<sup>16</sup> - cf. Teoría de los derechos fundamentales. Segunda reimpressão. Versão castelhana: Ernesto Garzón Valdés. Revisão: Ruth Zimmerling. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001ob. cit. na nota de rodapé nº184, p.344-348

Dada a relevância da liberdade negativa na concepção da *dignidade da pessoa humana*, então, pode concluir-se, com o Tribunal, que o indivíduo não é livre, no sentido de ter-lhe sido outorgada uma permissão definitiva de fazer ou omitir o que queira, senão que tão somente diz que cada qual pode fazer ou omitir o que queira, na medida em que *razões suficientes* (direitos de terceiros e interesses coletivos) não justifiquem uma restrição da liberdade negativa.

Todo o exposto justifica a intervenção judicial na resolução de um *contrato* no conhecido caso *Morsang-sur-Orge*, na França.

É uma cidade com este nome, na região metropolitana de Paris, na qual, uma boate oferecia aos seus frequentadores, um divertimento o “*lancer de nain*” (lançamento de anão), pelo qual a plateia recreava-se arremessando, a partir do palco, o homem nanico, sendo vencedor do concurso quem conseguisse lançá-lo mais longe.

O prefeito dessa cidade decidiu pela extinção do entretenimento e o proibiu, sendo, porém, anulada a sua decisão pelo Tribunal Administrativo de Versailles, em face de impugnação feita pela empresa patrocinadora, em litisconsórcio com o anão — *contratado* como objeto de arremesso — restou, afinal, vitoriosa a providência do prefeito no Conselho de Estado, em outubro de 1995.

O fato é do final de 1991.

O anão, Manuel Wackenheim, que ganhava a vida sendo um dos arremessados, “levou o caso então à Comissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos, que em 27 de setembro de 2002 julgou que a decisão não era discriminatória aos anões, estabelecendo que o banimento do arremesso não era abusivo, e sim necessário para manter a *ordem pública*, fazendo ainda considerações a respeito da *dignidade da pessoa humana*.”

Conseqüentemente, o regime de *ampla liberdade*, em que vive a pessoa, tem de ser interpretado de modo a que as ações que pratica, na “vida de relação”, não resultem em perigo para a sua *dignidade* e, por isso, nem tudo que cada um resolve fazer é compatível com os predicados da pessoa humana; algo que delibere pode ter a conseqüência de humilhar, de discriminar, de depreciar o indivíduo.

O exposto revela as características dos *deveres coletivos*, porque o arremessado alegou o *princípio da autonomia da vontade* em cujo conteúdo está a *liberdade* de contratar ou deixar de contratar. Contudo, nessa “vida de relação” há *limites* a essa *liberdade*, dentre os quais há esse de *ordem pública* — o da *dignidade da pessoa humana* que é um *limite geral*.<sup>17</sup>

Essas garantias são, por sua vez, são disciplinadas no direito brasileiro, como *direitos fundamentais*, quer dizer, a própria *garantia fundamental* arrolada na Constituição é um *direito fundamental*. São:

- Habeas corpus art.5º, LXVII
- Mandado de segurança individual e coletivo art.5º, LXIX, LXX

---

<sup>17</sup> - cf. Edvaldo Brito. O contrato e o contrato com pessoa a declarar, no Brasil, é um pacto: transversalidade entre direito privado e direito tributário. 1ª ed. – São Paulo: Noeses 2023, pp.106 e segs.

- Habeas data art.5º, LXXII
- Mandado de injunção art.5º, LXXI
- Ação popular art.5º, LXXIII
- Razoável duração do processo art.5º, LXXVIII
- Controle de constitucionalidade art.102 e 103

Exemplifique-se, com o mandado de segurança, quanto à *medida liminar*.

Sustenta-se, aqui, que essa *medida* é da titularidade do impetrante.

Profundos estudos de processualistas italianos afirmam: se existentes os pressupostos da *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, o juiz terá de concedê-la, porque a disciplina constitucional atribui a essa ação o condão de *garantia fundamental*; diferentemente do procedimento de uma *tutela provisória* que é regida pelo Código de Processo Civil, uma lei ordinária, no qual o titular do convencimento da sua concessão, é o juiz, a quem compete a convicção de dar ou não dar a tutela, porque ele pode examinar os pressupostos e chegar ao convencimento de, no caso, inexistirem tais características.

Enfim, essas *garantias* são, também, *direitos* e, assim, pode afirmar-se que, em relação a elas, é que se tem a possibilidade de racionar sobre sua inserção nessa categoria de *direitos fundamentais* em uma determinada Constituição como decorrência da ideologia que informa a edição desse documento normativo.

## 5.1 OS ANIMAIS NÃO-HUMANOS

É, por exemplo, um *dever fundamental* do homem, o de *defender* e de *preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, até para as futuras gerações*.

O *meio ambiente* inclui, obviamente, a *fauna*.

Pode-se concluir, nos termos expostos, que inexistente na Constituição de 1988 a elevação dos animais não-humanos à categoria de sujeito de *direitos fundamentais*, senão a conclusão de que a *fauna*, constitucionalmente, deverá ser defendida e preservada em razão de sua funcionalidade no *meio ambiente ecologicamente equilibrado*, este sim, *direito fundamental*, tanto que há sua respectiva *garantia fundamental*: a ação popular, nos termos do inciso LXXIII do art.5º.