

**Repensando a proteção
do meio ambiente**

20 anos da Lei 9.605/98

*Érika Mendes de Carvalho
Alessandra Mascarenhas Prado*

[Orgs.]



Copyright © 2018, D'Plácido Editora.
Copyright © 2018, Os Autores.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa, projeto gráfico
Tales Leon de Marco
(Imagem por HENGSTREAM, via Unsplash)

Diagramação
Leticia Robini

Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843, Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 31 3261 2801
CEP 30140-007



WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,
por quaisquer meios, sem a autorização prévia
do Grupo D'Plácido.

Catálogo na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

Repensando a proteção do meio ambiente: 20 anos da Lei 9.605/98. CARVALHO, Érika Mendes de; PRADO, Alessandra Mascarenhas [Orgs.] -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

Bibliografia.

ISBN: 978-85-8425-978-6

1. Direito. 2. Direito Penal. I. Título. II. Direito

CDU343

CDD341.5

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé



Sumário

Apresentação	9
<i>Érika Mendes de Carvalho</i> <i>Alessandra Mascarenhas Prado</i>	
1. A permeabilidade da tutela penal ambiental no Brasil ao princípio da precaução	11
<i>Fábio André Guaragni</i> <i>Luiz Henrique Bianchi Madeira</i>	
2. Da configurabilidade do princípio da insignificância nos delitos contra o meio ambiente	37
<i>Ney Fayet Júnior</i> <i>Andressa de Bittencourt Siqueira da Silva</i>	
3. Intervenção mínima x precaução: conflito entre princípios no direito penal ambiental?	59
<i>Karin Kässmayer</i> <i>Paulo César Busato</i>	
4. Conteúdo intelectual do dolo nos crimes ambientais: o problema do erro sobre a norma de complementação das leis penais em branco	87
<i>Frederico Horta</i>	

5. Propostas de acerto para o meio ambiente enquanto bem jurídico penal e imputação de crimes ambientais: fundamento onto-antropológico e crimes de perigo em contextos de instabilidade.....107

Décio Franco David

6. A omissão penalmente relevante nos delitos ambientais: uma discussão a partir da imputação à pessoa jurídica e aos dirigentes societários no caso Samarco S/A.....139

Rodrigo Sánchez Rios

Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa

7. As normas penais em branco no âmbito dos crimes ambientais e suas consequências na política criminal brasileira.....161

Edson Amaral de Almeida

João Paulo Orsini Martinelli

8. Crimes de acumulação no direito penal ambiental: ofensividade e critérios de imputação.....179

Tatiana Badaró

9. Análise dogmática acerca do concurso real e aparente de tipos penais ambientais em face de atos posteriores impuníveis/coapenados a partir do Recurso Especial nº 1.639.723/ PR.....201

Andressa Paula de Andrade

Daiane Ayumi Kassada

10. Comportamento pós-delitivo positivo e crimes ambientais: uma análise das atenuantes do artigo 14, II, III e IV, da Lei nº 9.605/98.....221

Érika Mendes de Carvalho

**11. A responsabilidade penal da pessoa jurídica:
as lacunas da lei 9.605/98 e a (im)possibilidade
do uso da integração.....251**

Mauro Fonseca Andrade

Matheus Gonçalves dos Santos Trindade

**12. A celebração de acordo de não persecução
penal entre o Ministério Público e a pessoa
jurídica responsável por crime ambiental.....265**

Rodrigo Iennaco de Moraes

**13. Tutela penal da fauna: o valor protegido
pela legislação brasileira.....285**

Maria Auxiliadora Minahim

Lucas Gabriel Costa

14. Avanços e desafios da proteção animal no Brasil.....297

Thayara Castelo Branco

Lorena Saboya Vieira Soares

**15. Os animais superiores podem ser
titulares de bens jurídicos?.....313**

Humberto Souza Santos

**16. Por que é legítimo impetrar habeas
corpus para os grandes primatas?.....333**

Heron José de Santana Gordilho

**17. Correção de rumos: um convite à reflexão dos
próximos 20 anos da Lei de Crimes Ambientais.....357**

José Danilo Tavares Lobato

**18. Degradação prévia ao lançamento
de substâncias no meio ambiente:
caracterização de crime impossível?.....367**

Alessandra R. Mascarenhas Prado

- 5. Propostas de acerto para o meio ambiente enquanto bem jurídico penal e imputação de crimes ambientais: fundamento onto-antropológico e crimes de perigo em contextos de instabilidade.....107**

Décio Franco David

- 6. A omissão penalmente relevante nos delitos ambientais: uma discussão a partir da imputação à pessoa jurídica e aos dirigentes societários no caso Samarco S/A.....139**

Rodrigo Sánchez Rios

Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa

- 7. As normas penais em branco no âmbito dos crimes ambientais e suas consequências na política criminal brasileira.....161**

Edson Amaral de Almeida

João Paulo Orsini Martinelli

- 8. Crimes de acumulação no direito penal ambiental: ofensividade e critérios de imputação.....179**

Tatiana Badaró

- 9. Análise dogmática acerca do concurso real e aparente de tipos penais ambientais em face de atos posteriores impuníveis/coapenados a partir do Recurso Especial nº 1.639.723/ PR.....201**

Andressa Paula de Andrade

Daiane Ayumi Kassada

- 10. Comportamento pós-delitivo positivo e crimes ambientais: uma análise das atenuantes do artigo 14, II, III e IV, da Lei nº 9.605/98.....221**

Érika Mendes de Carvalho

Os animais superiores podem ser titulares de bens jurídicos?

Humberto Souza Santos¹

1. Introdução

A discussão sobre o que legitima a incriminação de comportamentos cruéis contra animais já alcança dois séculos e não é uma novidade do direito penal contemporâneo. No mundo ocidental, a primeira lei nesse sentido foi editada na Inglaterra, em 1822, cuja notícia não foi bem recebida por parte da doutrina alemã da primeira metade do século XIX, fortemente influenciada por um liberalismo que chegava à conclusão de que o emprego do direito penal deveria estar limitado somente aos direitos ou interesses humanos e excluir de seu âmbito, como mera imoralidade, tudo o que não se refere a essa espécie de proteção. O “detalhe” do crime de crueldade contra animais surgiu, então, como uma pedra no sapato dos liberais mais radicais, pois a coerência com o ponto de partida do ser humano como centro de proteção do direito penal implicaria negar legitimidade à pretensão de punir penalmente a crueldade contra os animais.²

¹ Doutor em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Advogado.

² À época era forte o entendimento de que o direito penal somente poderia intervir nos casos de lesão a direitos subjetivos das pessoas, o que não combinava nem com o teor da lei inglesa nem com as propostas que surgiam de introduzir norma penal semelhante em território alemão. Nesse sentido, Henke afirmava que animais não poderiam ser objeto de violações de direito e, por conseguinte, de crimes, pois a incriminação de maus-tratos contra os animais ou contra determinadas espécies de animais estaria relacionada com convicções religiosas e apenas por meio de tais convicções seria possível justificá-la. Em sua opinião, mesmo que os maus-tratos contra os animais exerçam uma influência ruim sobre o caráter da população quando se tornam costume, esse mal não pode ser incriminado, já que apenas uma pessoa pode ser objeto de crime. HENKE, Eduard. *Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik*, Erster Theil. Berlin und Stettin: Nicolaische Buchhandlung, 1823, p. 201-202. Mittermaier sustentava que, embora existisse na Inglaterra uma lei incriminadora dos

Vários argumentos distintos foram desenvolvidos para explicar a intervenção do direito penal sobre maus-tratos praticados aos animais, embora em relação à sua legitimidade já exista um amplo consenso.³ A ampla maioria das principais justificativas partem da perspectiva de que a incriminação da crueldade contra os animais é uma espécie de proteção ao próprio ser humano, o que é

maus-tratos contra animais desde 1822, nem tudo o que fosse considerado imoral deveria se tornar comportamento incriminado. MITTERMAIER, Carl Josef Anton. *Ueber den neuesten Zustand der Criminalgesetzgebung in Deutschland: mit Prüfung der neuen Entwürfe für die Königreiche Hannover und Sachsen*. Heidelberg: Joseph Engelmann, 1825, p. 173. Duden, em sua análise sobre o § 543 do projeto de código penal prussiano, que incriminava a conduta de torturar ou maltratar animais, entendia que era uma norma penal que não poderia ser aprovada, pois significaria uma forma de paternalismo moral. DUDEN, Gottfried. *Der Preußische Entwurf einer neuen Strafgesetzgebung und sein Verhalten zum Rheinlande: Für Juristen und Nichtjuristen*. Bonn: Eduard Weber, 1843, p. 328. Mas as resistências diminuíram com a perda de terreno da teoria da lesão a direitos subjetivos como explicação sobre o objeto do direito penal e posturas favoráveis a um liberalismo mais radical passaram a ser preteridas em favor de posicionamentos que reconheciam uma relação estreita entre direito e moral. GRECO, Luís. *Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais*. In: Revista Liberdades nº 3, janeiro-abril de 2010, São Paulo: IBCCRIM, 2010, p. 48. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/03/integra.pdf>. Ainda antes de a Alemanha editar a sua primeira norma penal de proteção aos animais, Abegg já defendia a legitimidade de se incriminar os maus-tratos contra os animais, pois considerava que o direito penal não poderia deixar de incidir, como pretendia a teoria da lesão de direitos subjetivos, sobre comportamentos que violavam outros campos, como a moral e a religião. ABEGG, Julius Friedrich Heinrich. *Ueber die Bestrafung der Mißhandlung von Thieren*. In: Neues Archiv des Criminalrechts, Zwölfter Band, Halle: C. A. Schwetschke und Sohn, 1832, p. 622-623. Os maus-tratos contra os animais foram finalmente incriminados na Alemanha primeiramente por uma lei regional de Sachsen, em 1838, e, em 1871, passaram a ter previsão no § 360 Nr. 13 do Código Penal do Império Alemão. Hoje está incriminado no § 17 da Lei de Proteção aos Animais (*Tierschutzgesetz – TierSchG*) e a proteção dos animais é constitucionalmente reconhecida como um dos fins do Estado alemão no Art. 20a da Lei Fundamental da Alemanha (*Grundgesetz – GG*). No Brasil, a proteção dos animais contra maus-tratos foi prevista no Código de Posturas do Município de São Paulo, de 06 de outubro de 1886, que previa: “É proibido a todo e qualquer cocheiro, condutor de carroça, pipa d’água, etc., maltratar os animais com castigos bárbaros e imoderados. Esta disposição é igualmente aplicada aos ferradores. Os infratores sofrerão a multa de 10\$, de cada vez que se der a infração.” Já a primeira norma no plano federal a conferir proteção aos animais, ainda fora do âmbito penal, foi o Decreto 16.590, de 1924, que vedava a realização de corridas de touros, garraios, novilhos, lutas de aves, e outras espécies de divertimentos em que animais eram maltratados. Mas o direito penal somente veio a ser utilizado em 1934, por meio do Decreto Lei n. 24.645, que previu como contravenção a prática dos atos de crueldade contra os animais. Atualmente, a crueldade contra os animais é crime disposto no artigo 32 da Lei 9.605, de 1998, que proíbe em seu *caput* as condutas de “abuso”, “maus-tratos”, “ferir”, “mutilar” animais silvestres, domésticos, domesticados, nativos ou exóticos, e, em seu § 1º, a “experiência dolorosa ou cruel em animal vivo”, ainda que seja para “fins didáticos ou científicos”, caso existam recursos alternativos. A proteção aos animais foi alçada ao patamar constitucional pela Constituição de 1988 com a previsão no artigo 225, § 1º, VII, de que o poder público tem o dever de “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”.

³ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal – Parte Especial*, 20ª edición, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, p. 493.

estranho por negar valor próprio ao que a intuição indica como o objeto de tutela do delito. Por isso, o objetivo desse estudo será realizar uma breve análise sobre os principais argumentos legitimadores da incriminação dos maus-tratos aos animais para, em seguida, examinar se é possível reconhecer que o delito se justifica pela proteção dos próprios animais superiores e se poderia ser admitida a sua condição de titulares de bens jurídicos merecedores de proteção penal.

2. Proteção contra a perigosidade do autor do fato

Um dos mais tradicionais argumentos justificador da legitimidade da incriminação da crueldade contra os animais é o da perigosidade do autor do fato. Esse argumento sustenta que há nessa espécie de delito a proteção do próprio ser humano a partir do raciocínio de que quem pratica atos de crueldade contra animais também poderá praticar contra pessoas. Tal entendimento já era vislumbrado por Kant, que afirmava que quem pratica comportamentos cruéis contra animais enfraquece e gradualmente elimina uma predisposição natural que é muito útil a uma moralidade nas relações com outros seres humanos.⁴ Foi um argumento também empregado por Abegg, que sustentava ser algo conhecido que quem pratica na juventude crueldade contra animais com frequência desenvolve mais tarde vilanias mais agressivas,⁵ demonstra uma crueldade de ânimo cujas perigosas consequências são incalculáveis,⁶ e onde não se protege animais indefesos contra a crueldade, a vilania e a crueldade dificilmente há compatibilidade com o bem dos conviventes, com o direito e a liberdade dos concidadãos, com o cumprimento dos altos deveres, com o autocontrole e o amor ao próximo.⁷ O argumento também foi levantado por Von Ihering, para quem no jovem torturador de animais seria de se temer o futuro torturador de seres humanos, que começa a praticar nos animais e termina nos seres humanos, de modo que, ao proteger os animais, os seres humanos estão a proteger a si mesmos.⁸

Tal explicação, porém, é digna de críticas contundentes. Nozick observa com razão que um juízo de prognose tão inseguro não pode fundamentar

⁴ KANT, Immanuel. *Die Metaphysik der Sitten Zweyter Theil – Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre*. Königsberg: Friedrich Nicolovius, 1797, p. 108.

⁵ ABEGG, Julius Friedrich Heinrich. *Op. cit.*, 1832, nota 22, p. 638.

⁶ ABEGG, Julius Friedrich Heinrich. *Nachträgliche Bemerkungen zu der Abhandlung über die Mißhandlung von Thieren*. In: *Neues Archiv des Criminalrechts*, Vierzehnter Band, Halle: C. A. Schwetschke und Sohn, 1834, p. 97.

⁷ ABEGG, Julius Friedrich Heinrich. *Der neuere Standpunkt der Gesetzgebung in Betreff der Mißhandlung von Thieren*. In: *Archiv des Criminalrechts*, Halle: C. A. Schwetschke und Sohn, 1851, p. 109.

⁸ VON IHERING, Rudolph. *Der Zweck im Recht*, Zweiter Band. Leipzig: Druck und Verlag von Breitkopf & Härtel, 1883, p. 139-143.

uma certeza sobre a natureza injusta dos maus-tratos com os animais e não serve para esclarecer o que ocorre quando falha tal prognose. Ele questiona o motivo pelo qual essa transposição dos atos contra os animais para atos contra os humanos deveria acontecer; por que ferir ou matar animais deveria levar ao embrutecimento do sujeito e torná-lo mais inclinado a ferir ou matar pessoas; e se açougueiros cometem mais homicídios do que outras pessoas que tenham facas ao seu alcance. Nozick faz também uma comparação com a prática de beisebol e indaga se o gosto por bater com o taco em uma bola de beisebol aumenta significativamente o perigo de que seja feito o mesmo com a cabeça de alguém; se não é possível perceber a diferença entre uma pessoa e uma bola de beisebol; se esse entendimento já não impediria o efeito da transposição; e por qual razão as coisas seriam distintas em relação aos animais.⁹ Já Greco verifica corretamente que se prognoses dessa espécie forem consideradas o bastante para justificar uma incriminação, argumentos do mesmo gênero podem ser admitidos, por exemplo, para incriminar a homossexualidade ou a pornografia, cujos defensores de tais proibições penais também sustentam argumentos com base em similares prognoses improváveis.¹⁰

3. Reprovação moral dos sentimentos interiores do autor do fato

Argumento próximo ao da perigosidade do autor do fato e que também sustenta uma proteção dirigida ao ser humano é o de que ocorreria na incriminação uma reprovação moral dos sentimentos interiores do sujeito que pratica a crueldade contra os animais. Próximo porque permite a conclusão de que quem, ao maltratar animais, manifesta sentimentos interiores merecedores de alto grau de censura e, por isso, é um sujeito perigoso que pode também manifestá-los em relação a seres humanos. Mendelsohn-Bartholdy, em 1905, vislumbrava que a vedação dos maus-tratos aos animais era um meio de luta contra atitudes interiores cruéis, enquanto argumentos semelhantes tiveram repercussão durante o nacional-socialismo, como o de Klee, para quem o fundamento da proibição era a crueldade da atitude interior documentada, e no pós-guerra, como os referidos por Gallas, que enxergava na incriminação a proteção dos valores da atitude interna e na prática dos maus-tratos aos animais uma auto-degradação do ser humano e um exemplo de brutal falta de escrúpulos.¹¹ Ainda no pós-guerra, Welzel afirmava que na tortura de seres animados é punível como tal a manifestação de uma brutalidade de ânimo, independentemente da maneira em que ela atua.¹²

⁹ NOZICK, Robert. *Anarchy, state, and utopia*. Oxford: Blackwell, 2001, p. 35-38.

¹⁰ GRECO, Luís. *Op. cit.*, 2010, p. 52.

¹¹ GRECO, Luís. *Op. cit.*, 2010, p. 49.

¹² WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*, 11. Auflage, Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1969, p. 452.

Há nesse argumento, porém, uma inadequada combinação de direito penal de ânimo e moralismo. A reprovação alegada não é propriamente sobre a conduta praticada, mas sobre os sentimentos interiores manifestados pelo sujeito, que afrontariam valores morais desejáveis para um ser humano. Além de permitir a introdução de argumentos de natureza moral para justificar uma incriminação, que podem ser ilimitadamente empregados para fundamentar diversas outras condutas atualmente consideradas atípicas, como o homossexualidade, a pornografia e a utilização de serviços de prostituição, desloca o centro de reproche do direito penal para os meros dados anímicos da pessoa, o que se afasta das premissas de um direito penal do fato.

4. Proteção dos sentimentos da coletividade humana

Outro argumento bastante difundido para justificar a incriminação dos maus-tratos dos animais, também sob a perspectiva de proteção ao próprio ser humano, é a referência aos sentimentos da coletividade. Para os seus defensores, a explicação estaria na revolta que os cidadãos sentem diante da informação de que um animal foi maltratado. Von Hippel afirmava que o fundamento para a incriminação da crueldade contra os animais estava na agressão ao sentimento de moralidade humana na forma da violação ao sentimento de piedade para com os animais.¹³ Von Liszt sustentava que o delito de maus-tratos aos animais se justificava pela violação do sentimento de moralidade da população e não no reconhecimento de direitos dos animais, por isso, deveria ser punido somente aquele que maltratasse com crueza ou torturasse com perversidade animais em público ou de uma maneira a causar escândalo.¹⁴ Essa também era a posição antiga de Roxin, que considerava justificável a incriminação dos maus-tratos aos animais sob o argumento de que existiria um sentimento de solidariedade entre as criaturas, o qual permite considerar os animais superiores como nossos semelhantes, como “irmãos distintos” que devem ser protegidos como tais. Roxin compreendia, então, que na proteção da convivência humana estaria também incluída, mesmo que com uma atenuação diferenciada, a vida dos animais superiores, cujo sentimento de dor se equipararia em certo ao grau ao do homem.¹⁵

¹³ VON HIPPEL, Robert. *Die Tierquälerei in der Strafgesetzgebung des In- und Auslandes, historisch, dogmatisch und kritisch dargestellt nebst Vorschlägen zur Abänderung des Reichsrechts*. Berlin: Verlag von Otto Liebmann, 1891, p. 125.

¹⁴ VON LISZT, Franz. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 10. Auflage, Berlin: J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, 1900, p. 613.

¹⁵ Antiga opinião de Roxin, manifestada, por exemplo, em ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general*, Tomo I, traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal, Madrid: Editorial Civitas S.A., 1997, p. 59.

Mas uma fundamentação nesse sentido também é problemática. Greco observa com acerto que esse argumento não esclarece o conteúdo de injusto da prática de crueldade contra os animais que não chegam ao conhecimento do público e tampouco não esclarece o motivo pelo qual, então, o punível é a prática de maus-tratos e não somente a sua divulgação. Além disso, lembra, com razão, que um recurso incondicionado à proteção dos sentimentos promove uma perigosa aproximação com o moralismo, que torna viáveis justificativas para a punição de outras espécies de comportamentos, já que, por exemplo, a prática de atos de homossexualidade fere os sentimentos de moralistas antigos, enquanto visitas a bordeis os sentimentos de moralistas novos.¹⁶ Por outro lado, argumentos com base na mera proteção de sentimentos deveriam ser evitados no direito por permitir a introdução de justificativas moralistas. Como sustenta Hörnle, a evitação de sentimentos desagradáveis deve ser considerada apenas um efeito colateral da respectiva proibição penal e não constituir, por si mesma, a própria justificativa da incriminação.¹⁷

5. Proteção da paz jurídica

Argumento também conhecido que busca fundamentar a incriminação dos maus-tratos aos animais na proteção dos seres humanos é aquele levantado pelos defensores do entendimento de que somente condutas socialmente danosas podem fundamentar a incriminação de um comportamento, por afetarem a paz jurídica. Nesse sentido, Jakobs considera a crueldade contra os animais um comportamento cuja necessidade de proteção é marcadamente antecipada, como delito de perigo extremamente abstrato, e pode ser defendida sempre com facilidade, mas que apenas isso não fornece uma fundamentação, pois também regras de urbanidade à mesa poderiam ser explicadas como proteção abstrata diante da barbárie. Jakobs explica que o determinante seria o fato de que a sua infração desperta temores muito heterogêneos, desde imaginações difusas sobre consequências danosas posteriores até a defesa por iniciativa própria diante de tais comportamentos. Em sua opinião, a conduta é proibida devido a esses efeitos desorientadores, que não são compensados por nenhuma utilidade social, e isso significa que o que se protege é a paz social. Jakobs afirma que não importa se a inquietude produzida pelo comportamento está fundada numa falta de ilustração, pois uma sociedade não ilustrada e um direito penal ilustrado não são compatíveis. Ele explica que ao menos deve ser pretendida a proteção da paz jurídica e que um comportamento sem efeitos exteriores, nem objetivamente e nem de acordo com a opinião dos concidadãos, fica à margem do âmbito do comportamento que deve ser regulado penalmente, por falta de referência

¹⁶ GRECO, Luís. *Op. cit.*, 2010, p. 50-51.

¹⁷ HÖRNLE, Tatjana. *Grob anstößiges Verhalten – strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2005, p. 84.

social, como mera imoralidade.¹⁸ Já Amelung critica a antiga definição de Roxin, fundada no sentimento de solidariedade das criaturas, por entender que nada tem a ver com o requisito dos bens jurídicos admitido pelo próprio Roxin de proteção do indivíduo e de seu desenvolvimento,¹⁹ e reafirma a defesa de uma teoria sociológica sobre a danosidade social que não concebe o dano social como a lesão de objetos, mas retoma a ideia de que o delito agride as condições de organização da convivência humana.²⁰

Diversas críticas, porém, são corretamente dirigidas aos pressupostos desse argumento. Roxin tem razão ao afirmar que nos pressupostos do pensamento de Jakobs há a pretensão de que a norma tenha por fim apenas a obediência dos cidadãos, sem que esteja orientada pela produção de um estado de convívio pacífico, livre e respeitador dos direitos humanos dos membros componentes da sociedade.²¹ Hefendehl observa com acerto uma falta de lugar para a finalidade do conteúdo da norma, o que elimina o ônus de fundamentação a partir de argumentações meramente estéticas.²² Já Swoboda também percebe que o determinante é apenas a obediência dos cidadãos ao ordenamento social como um todo.²³ Críticas aproximadas também são levantadas contra os pressupostos da argumentação de Amelung. Roxin vislumbra, corretamente, que o foco na funcionalidade sistemática de uma conduta resulta numa proteção não dirigida à própria pessoa, mas somente à sociedade, o que autoriza o seu sacrifício desde que o sistema social continue íntegro.²⁴ E Swoboda também tem razão ao entender que a construção de Amelung derivada de sua perspectiva sobre conduta causadora de danosidade social é vazia de conteúdo e expressa desinteresse pelo debate sobre critérios político-criminais de legitimação do direito penal.²⁵ Mais outra crítica correta é a de Greco, em relação ao argumento propriamente dito, que verifica que a justificativa na proteção da paz jurídica ignora que o perigo

¹⁸ JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general*, traducción Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González de Murillo, 2ª edición, Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., 1997, p. 54-55.

¹⁹ AMELUNG, Knut. *Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz*. In: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 161.

²⁰ AMELUNG, Knut. *Op. cit.*, 2003, p. 182.

²¹ ROXIN, Claus. *Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?*. In: HEFENDEHL, Roland (Hrsg.). *Empirische und dogmatische Fundamente kriminalpolitischer Impetus*, Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2005, p. 148.

²² HEFENDEHL, Roland. *Der Begriff des Rechtsguts*. In: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 154 Jahrgang, 2007, p. 5.

²³ SWOBODA, Sabine. *Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen*. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Band 122, Berlin: Walter De Gruyter, 2010, p. 43-44.

²⁴ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2006, p. 51-52.

²⁵ SWOBODA, Sabine. *Op. cit.*, 2010, p. 43.

de reações informais apenas pode oferecer uma razão para proibir uma conduta se tal conduta não puder ser realizada já por outros motivos, pois, de outra maneira, não deveria ser proibida a prática da conduta, mas existir um dever de proteger quem a pratica. Como explica Greco, o argumento da paz jurídica não é capaz de afastar o risco moralista, uma vez que não são desconhecidas sociedades em que homossexuais sofrem linchamentos, bem como também é imaginável no futuro sociedades em que clientes de prostitutas possam estar expostos ao risco da justiça privada.²⁶

6. Exceção a uma teoria antropocêntrica do bem jurídico

Antigo defensor do argumento da proteção do sentimento de solidariedade que os seres humanos devem ter com os animais superiores, Roxin mudou de opinião para admitir que na incriminação dos maus-tratos aos animais há, na verdade, uma exceção à teoria do bem jurídico em sentido crítico-sistemático. Roxin passou a afirmar que a humanidade pode viver sem impedimentos e independentemente da extinção de espécies raras de animais ou plantas, cuja existência não constitui verdadeiros bens jurídicos, mas os seres humanos, como são no mundo atual “os senhores da natureza”, devem suportar a responsabilidade de mantê-la. Ele explica que animais e plantas devem ser incluídos no âmbito de proteção do direito penal, ainda que não tenham qualquer utilidade para a existência social para os seres humanos e que a proteção penal dos animais, cuja legitimidade sempre foi um embaraço para a teoria do bem jurídico, está legitimada constitucionalmente pelo artigo 20a da Lei Fundamental da Alemanha.²⁷

Atualmente, Roxin entende que a proibição da crueldade com os animais pretende, em primeira linha, não resguardar nossos sentimentos, mas em poupar os animais do sofrimento desnecessário. Por isso, reconhece que todas as regras jurídicas de proteção dos animais se relacionam com a própria proteção dos animais e não com o fim de preservar as pessoas da aflição. Roxin passou a concordar com a crítica de que, se fosse diferente, a crueldade com os animais deveria permanecer impune quando praticada fora da esfera pública e não provocasse escândalo em ninguém. Em sua atual opinião, uma teoria do bem jurídico puramente antropocêntrica em estreitos limites, segundo a qual a proteção dos animais é minimamente relacionada com a proteção das pessoas, deve ser ampliada para uma teoria do bem jurídico das criaturas, isto é, em que os animais sejam protegidos como “cocriaturas”.²⁸

²⁶ GRECO, Luís. *Op. cit.*, 2010, p. 49.

²⁷ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, Band I, 2006, p. 30.

²⁸ ROXIN, Claus. *Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf dem Prüfstand*. In: Goldammer's Archiv für Strafrecht, 160. Jahrgang, 2013, München: R. v. Decker, 2013, p. 447-448.



A nova posição de Roxin assume a direção correta de uma nova interpretação sobre a teoria do bem jurídico, que não a entenda como exclusivamente antropocêntrica. Mas o seu novo entendimento ainda é construído com base em argumentos referidos a boas consequências e cumprimento de deveres constitucionais, cuja natureza aberta e flexível não indica com precisão o que fundamentaria uma proteção penal que não seja exclusivamente antropocêntrica. A mera referência a poupar os animais de sofrimentos desnecessários sem explicar o motivo pelo qual os animais devem ser poupados de sofrimentos desnecessários, embora deixe claro que a proteção não pode ser dirigida em primeiro plano aos sentimentos dos humanos, ainda não coloca outra fundamentação consistente no lugar da antiga resposta no sentido de que o comportamento deve ser proibido porque viola nosso sentimento de solidariedade para com os animais.

7. Proteção dos animais em razão de sua autonomia básica

Uma justificativa consistente para fundamentar a proteção dos animais em razão deles mesmos é oferecida por Greco, que abre um caminho importante para uma teoria da proteção dos animais que não seja antropocêntrica nem rompa com os alicerces do liberalismo. Greco defende que os animais possuem um valor próprio, independente dos seres humanos, e, como seres dignos de valor próprio, merecem ser protegidos pelo direito penal em função de si mesmos, mas com base em fundamentos que não sirvam também para justificar posições meramente moralistas.²⁹ Ele desenvolve seu entendimento a partir do reconhecimento do acerto do denominado “liberalismo do medo (*Liberalismo of Fear*)”,³⁰ defendido por Shklar, que trabalha com as categorias forte/fraco e sustenta que a dominação alheia é um desvalor,³¹ e conclui que os animais podem ser objeto de heterodeterminação por constituírem a parte mais fraca na relação com os humanos.³²

Greco acredita que não é necessário que o objeto de heterodeterminação seja um ser humano e sim que se tenha uma capacidade de autodeterminação, embora limitada. Em sua opinião, o ser humano é autônomo em sentido pleno, mas os animais “superiores” possuem uma determinada autonomia, pois têm a capacidade de iniciar ações com desejos e finalidades (*desires*) e de suposição de poder satisfazer esses desejos ou finalidades mediante a prática de uma determinada ação de determinada maneira (*beliefs*). Greco exemplifica com um

²⁹ GRECO, Luís. *Op. cit.*, 2010, p. 53-54.

³⁰ GRECO, Luís. *Op. cit.*, 2010, p. 57.

³¹ SHKLAR, Judith N. *The liberalism of fear*. In: ROSENBLUM, Nancy L. (ed.). *Liberalism and the moral life*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1989, p. 27-28.

³² GRECO, Luís. *Op. cit.*, 2010, p. 57.

cachorro que late para ganhar um bife de seu dono ou um rato que corre para não ser pego pelo gato. Por isso, para Greco, há legitimidade no Estado para considerar crimes maus-tratos que alcancem uma intensidade bastante para tornar o animal, um ser capaz de autodeterminação, em heterodeterminado sem deixar sobrar praticamente nada de tal capacidade de autodeterminação. Greco explica que a provocação de dores e sofrimentos pode causar um controle completo sobre o outro, capaz de determinar não apenas quais condutas deve praticar, ou seja, seus gritos, e também o conteúdo de seus desejos e suas vontades, isto é, que as dores parem, e suas crenças e pensamentos sobre o mundo, que passa a conter nada mais do que a dor. Greco explica, então, que a crueldade elimina não apenas a capacidade de agir, mas também a de querer e pensar, o que dá legitimidade ao Estado para impedir esse tipo de comportamento, pois o Estado existe para impedir essas ocorrências.³³

A explicação de Greco é a princípio correta. Há nela um esclarecimento sólido sobre o fundamento da legitimidade da incriminação de atos que violem a autonomia em nível básico que possuem os animais superiores. Mas tal justificativa não abrange todos os atos que podem ser considerados cruéis contra os animais, pois se limita àqueles que causam dor e nem todos os merecedores de proibição provocam dor. É preciso ainda esclarecer qual a justificativa para a legitimidade de se incriminar outras circunstâncias que, embora não provoquem dor, constituem ataques intoleráveis contra os animais. Uma explicação nesse sentido me parece ter maior capacidade de rendimento apenas se levar em consideração aquilo que Roxin intuiu em sua mudança de opinião: uma teoria do bem jurídico que admita, também, entre os seus titulares, os animais superiores. Isso para que seja possível vislumbrar quais dados ou “bens” são de titularidade dos animais superiores e merecem a proteção do direito penal, o que deixará mais claro os fundamentos e os limites da incriminação das condutas que os violem.

8. Os animais superiores como titulares de bens jurídicos e o artigo 32 da Lei 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais)

Há poucos dias tive a honra de defender minha tese de doutorado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, denominada “Ainda vive a teoria do bem jurídico?”. Nela proponho um filtro de três fases para aferir a legitimidade das normas penais: o primeiro, um comportamento fora da esfera intocável da autonomia da pessoa; o segundo, a existência de um bem jurídico merecedor de proteção penal; o terceiro, um nexo de afetação negativa relevante entre a conduta fora da esfera de autonomia e o bem jurídico merecedor de proteção

³³ GRECO, Luís. *Op. cit.*, 2010, p. 57-58.

penal.³⁴ Como o presente artigo trata apenas da possibilidade de os animais superiores serem titulares de bens jurídicos, deixarei aqui de lado o primeiro e o terceiro plano do filtro de legitimidade lá proposto para me concentrar apenas no segundo, que é o que especificamente se refere à questão do bem jurídico e sustenta uma reformulação conceitual também relevante para esclarecer que os animais superiores podem ser titulares de bens jurídicos.³⁵

O conceito de bem jurídico proposto em minha tese de doutorado gira em torno da noção de liberdade substantiva, que se refere às oportunidades reais disponíveis a alguém para que realize, à sua escolha, o que tem razão para valorizar. Ela pressupõe a adoção de conceitos extraídos da abordagem das capacidades, uma teoria da justiça que propõe uma noção de vida boa e liberdade não somente referida ao bem-estar total ou médio de cada um, mas às oportunidades que lhe são disponíveis.³⁶ Os defensores da abordagem das capacidades acreditam que a liberdade é valiosa porque fornece mais oportunidades para a busca de objetivos, isto é, a busca de daquilo que é valorizado, e porque possibilita a atribuição de importância ao próprio processo de escolha, pois torna possível, por exemplo, estar certo de não ser forçado a algo mediante constrangimentos quando se está ciente que tal não ocorre.³⁷

Os argumentos da abordagem das capacidades podem ser aproveitados para esclarecer que o conceito de liberdade adequado a uma teoria do bem jurídico merecedor de proteção penal é o de liberdade substantiva, entendido como o conjunto de oportunidades reais disponível a alguém para realizar, à sua escolha, o que tem razão para valorizar.³⁸ Isso porque se o bem jurídico merecedor de proteção penal serve à liberdade de seu titular, como já indicado pela doutrina penal por meio da noção de “livre desenvolvimento”, prevista em distintos conceitos,³⁹ interpretar a liberdade como liberdade em

³⁴ SANTOS, Humberto Souza. *Ainda vive a teoria do bem jurídico? – Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2018, p. 205-285.

³⁵ Aqui esclareço: de acordo com o meu entendimento não é suficiente a presença de um bem jurídico merecedor de proteção penal para que uma norma penal seja considerada legítima, pois é preciso também que o comportamento proibido esteja fora da esfera intocável da autonomia da pessoa e que exista um nexo de afetação negativa relevante entre o comportamento fora da esfera da autonomia da pessoa e o bem jurídico merecedor de proteção penal. Isso, porém, ficará mais claro ao leitor quando tiver em mãos a tese já publicada.

³⁶ NUSSBAUM, Martha C. *Creating capabilities – the human development approach*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 18.

³⁷ SEN, Armatya. *The idea of justice*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009, p. 228.

³⁸ SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, 2018, p. 236.

³⁹ Por exemplo, Roxin define bens jurídicos como “dados ou finalidades necessários para o livre desenvolvimento do indivíduo, a realização de seus direitos fundamentais e o funcionamento de um sistema estatal estruturado sob estes objetivos”, em ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2006, p. 16; já Kindhäuser

sentido substantivo permite compreender que o bem jurídico merecedor de proteção penal serve à liberdade substantiva de seu titular por lhe conferir um conjunto de oportunidades reais de realizar, à sua escolha, o que valoriza, com o exercício de tal liberdade delimitado pelos valores constitucionais de um Estado democrático de direito.⁴⁰ Os bens jurídicos merecedores de proteção penal, portanto, são os dados que conferem o âmbito de oportunidades reais aos seus titulares para que realizem, à sua escolha, o que valorizam, nos limites de uma ordem constitucional democrática.^{41,42}

Nussbaum, uma das principais teóricas da abordagem das capacidades, reconhece uma lista de capacidades centrais dos animais superiores paralelas ao que ela própria admite em relação aos seres humanos.⁴³ O reconhecimento de

entende bens jurídicos como “qualidades de pessoa, coisas ou instituições que servem ao livre desenvolvimento do indivíduo numa sociedade de um Estado social, constitucional e democrático de direito”, em KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2008, p. 37.

⁴⁰ SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, 2018, p. 236-237.

⁴¹ SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, 2018, p. 238-239.

⁴² A abordagem das capacidades pode ser compreendida a partir de três termos considerados chaves. O primeiro é o conceito de funcionamentos, que são as diversas coisas que alguém pode valorizar fazer ou ser. O segundo é o de capacidade, que significa a liberdade de gozar de diversos funcionamentos na forma das diferentes combinações de funcionamentos, ser e fazer, que alguém pode realizar, de modo a se apresentar como a liberdade substantiva de alguém realizar o tipo de vida que tem razão para valorizar. O terceiro é o de agência, que quer dizer a aptidão de buscar objetivos que valoriza ou tem razão para valorizar e, por isso, agente é aquele que atua ou provoca mudança. ALKIRE, Sabine; DENEULIN, Séverine. *The human development and capability approach*. In: SÉVERINE, Deneulin; SHAHANI, Lila. *An introduction to the human development and capability approach – freedom and agency*. London: Earthscan: 2009, p. 31. Assim, a capacidade de alguém se relaciona com as alternativas de combinações de funcionamentos que ela pode realizar e manifesta, nesse sentido, uma espécie de liberdade, que é a liberdade substantiva de concretizar alternativas de combinações de funcionamentos, isto é, de realizar distintos estilos de vida. CROCKER, David A. *Ethics of global development – agency, capability, and deliberative democracy*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 168-169. No contexto desse raciocínio, o bem jurídico merecedor de proteção penal pode ser compreendido como o dado que confere oportunidades ao seu titular de realizar funcionamentos e combinações de funcionamentos. SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, 2018, p. 238.

⁴³ A primeira, a vida, que significaria um direito assegurado contra a morte gratuita por esporte. A segunda, a saúde corporal, no sentido de um direito à vida saudável. A terceira, a integridade corporal, que corresponde a direitos imediatos contra violações à integridade de seus corpos mediante violência, abuso ou outras espécies de tratamentos lesivos, dolorosos ou não. A quarta, os sentidos da imaginação e do pensamento, que quer dizer o direito ao banimento de tratamento severo, cruel e abusivo, além do acesso a fontes de prazer, como a livre movimentação em um meio ambiente que estimule e agrade os sentidos. A quinta, as emoções, que corresponde ao direito a um amplo campo de emoções, como medo, raiva, ressentimento, gratidão, tristeza, inveja, alegria, e, em nível menor, pensamentos perspectivos e compaixão. A sexta é a razão prática, que significa ter espaço e oportunidades para uma variedade de atividades de acordo com a aptidão possível a cada criatura de estabelecer objetivos, projetos e planejar sua vida. A sétima é a afiliação, no sentido do direito a oportunidades de realizar vínculos e se envolver em ligações afetivas e inter-relacionamentos.

que animais superiores ou sencientes têm determinadas capacidades, ainda que em nível mais básico do que os seres humanos, permite, sem entrar no mérito a respeito de se essas capacidades são as mesmas indicadas por Nussbaum, admitir que os animais possuem determinada liberdade de realizar diversas coisas que podem valorizar fazer ou ser, o que autoriza, por sua vez, admitir a existência de dados que lhes confirmam oportunidades de realizar essas coisas. Tais dados exercem um papel correspondente ao que vislumbramos em bens jurídicos individuais humanos, embora não recebam do direito penal uma proteção explícita como a recebida pelos bens jurídicos individuais humanos, já que os dados de titularidade dos seres humanos são tutelados por tipos penais fechados e segmentados no código penal ou na legislação especial, enquanto a tutela penal relacionada a animais é legalmente disposta por meio de termos como “abuso”, “maus-tratos”, “crueldade”, “sofrimento”, “dor”, ou descrições de comportamentos como “ferir”, “mutilar”, “realizar experiências”.

Há, portanto, a necessidade de esclarecer quais desses dados de titularidade dos animais superiores são merecedores de proteção penal e, além disso, quais se enquadram nos limites dos elementos previstos na norma penal, para que se saiba a extensão da proteção penal conferida pelo legislador. A Constituição de 1988 dispõe em seu artigo 225, § 1º, VII, que o poder público tem o dever de “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”. Já o artigo 32 da Lei 9.605/1998 proíbe em seu *caput* os comportamentos de “abuso”, “maus-tratos”, “ferir”, “mutilar” animais silvestres, domésticos, domesticados, nativos ou exóticos, e, em seu § 1º, a prática de “experiência dolorosa ou cruel em animal vivo”, ainda que para “fins didáticos ou científicos”, se existirem recursos alternativos. Tais elementos delimitam o que o legislador penal efetivamente protege.⁴⁴

O primeiro termo empregado pelo artigo 32 da Lei 9.605/1998, o “abuso”, pode ser entendido como desmando, como a utilização em excesso de uma posição superior, de uma força ou poder sobre quem está numa posição inferior, fraco ou submetido. Ele denota uma submissão do mais fraco a uma circunstância que não é obrigado a se submeter, mas se submete em

A oitava são as outras espécies, que quer dizer o direito de estar apto a viver com outras espécies além de sua própria, o que inclui a própria espécie humana e o resto do mundo natural. A nona é a de jogar, que corresponde ao direito a provisão de espaço adequado, luz, estimulação sensorial nos espaços de convivência e a presença de outros membros da espécie. Por fim, a última é o controle sobre um meio ambiente, que significa o direito, no aspecto político, de integrar uma concepção política que os respeite e os trate com justiça, que possibilite a um guardião humano ir a uma corte e reivindicar esses direitos, e, no aspecto material, o respeito e integridade territorial de seus *habitats*, doméstico ou na natureza selvagem. NUSSBAUM, Martha C. *Beyond “compassion and humanity”: justice for nonhuman animals*. In: SUNSTEIN, Cass R.; NUSSBAUM, Martha C. (Ed.). *Animals rights – current debates and new directions*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 313-317.

⁴⁴ SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, 2018, p. 287-291.

razão da utilização em excesso de tal posição superior do mais forte, que o heterodetermina. No caso do comportamento descrito no tipo penal, o ser humano, mais forte, age com transbordamento dos limites toleráveis de sua força e sujeita o animal, mais fraco, à violação de seu nível básico de autonomia. A violação da autonomia básica do animal, aqui, ainda não é na intensidade descrita por Greco, mas se refere à violação das virtudes que condicionam a autonomia, descritas por Feinberg.

Feinberg desenvolve o conceito de autonomia como condição, constituído pelas virtudes que condicionam um sujeito ao autogoverno,⁴⁵ o que aqui colabora para esclarecer o conteúdo da autonomia básica dos animais. Como explicado em minha tese de doutorado, as virtudes identificadas por Feinberg servem para analisar, na primeira fase do filtro de legitimidade lá proposto, se o comportamento proibido faz parte da esfera intocável da autonomia de quem o pratica. Mas caracterizam, também, em determinados crimes, a autonomia protegida como bem jurídico da vítima. É esse último aspecto o que interessa aqui. Feinberg elaborou a sua ideia de autonomia como condição apenas sob a perspectiva do ser humano, mas ao se admitir que os animais superiores possuem uma autonomia básica que merece proteção do direito penal, a comparação com o conceito de autonomia como condição possibilita vislumbrar que tal autonomia básica dos animais superiores, por estar em um nível mais baixo do que a autonomia do ser humano, é formada pelo

⁴⁵ Feinberg identifica doze virtudes cujo exercício torna um sujeito autônomo. A primeira virtude é a autoposse, que se refere a estar na posse de si mesmo, a não ser propriedade nem se sujeitar à posse de outro alguém. A segunda virtude é a autoidentidade ou individualidade, relacionada a um não ser mero reflexo de outro sujeito, que não tem percebe a sua própria identidade. A terceira virtude é a autenticidade ou autosseleção, segundo a qual os desejos, as vontades, os sentimentos do sujeito autônomo são em geral seus, pois ele não se conduz como um simples porta-voz ou representante de outro sujeito. A quarta virtude é a autocriação ou autodeterminação, segundo a qual o sujeito autônomo é um “*self-made man*”, pois adota um processo de recriação mediante a acomodação racional de novas experiências e antigas políticas que lhe confere coerência e flexibilidade. A quinta virtude é a autolegislação, que significa a capacidade de elaborar suas próprias regras morais, que lhe permite ter, além de suas próprias preferências e opiniões, convicções morais e princípios autenticamente seus. A sexta virtude é a autenticidade moral, que se manifesta como o enraizamento das convicções morais e princípios do sujeito em seu próprio caráter. A sétima virtude é a independência moral, cuja noção é aproximada a de soberania das nações-estado, pois expressa a ideia de uma independência de fato a despeito das convenções sociais. A oitava virtude é a integridade ou fidelidade a si mesmo, que quer dizer que o sujeito autônomo é fiel aos seus princípios. A nona virtude é o autocontrole ou autodisciplina, que manifesta que o sujeito autônomo está no controle de si mesmo. A décima virtude é a autoconfiança, segundo a qual o sujeito autônomo tem independência em relação aos outros e pode dispensar o que lhe é indesejável. A décima primeira virtude é a iniciativa, que significa que os projetos, empreendimentos, planos e estratégias do sujeito autônomo pertencem a ele mesmo. A décima segunda virtude é a responsabilidade por si próprio, que se refere à capacidade de assumir responsabilidade em relação a suas atitudes, em responder pelas conseqüências das escolhas voluntárias que faz. FEINBERG, Joel. *Harm to self*, New York: Oxford University Press, 1986, p. 32-44.

exercício de apenas duas das virtudes que originalmente foram concebidas: a autenticidade ou autosseleção, que se caracteriza pela aptidão de ter desejos, vontades e sentimentos próprios, e a iniciativa, que significa aptidão para adotar planos e estratégias que tenham por finalidade a satisfação de seus desejos, vontades e sentimentos. É possível considerar a autonomia básica formada por essas duas virtudes como um dado ou bem do animal a partir da constatação de que ela confere ao animal que lhe é titular um âmbito de oportunidades de exercer tais virtudes, o que significa um âmbito de oportunidades de ter desejos, vontades e sentimentos e de poder adotar planos e estratégias para satisfazer esses desejos, vontades e sentimentos.⁴⁶

A presença dessas virtudes é fundamental para o desenvolvimento de uma liberdade ou autonomia básica do animal que possa ser elevada à condição de um dado ou “bem” do animal merecedor de proteção penal. Ela se torna violada pelo comportamento humano que o tipo penal do artigo 32 da Lei 9.605/1998 descreve como “abuso”, que pode ser praticado sem a ocorrência de dor, mas mediante um bloqueio físico completo, como no exemplo em que um cão é amarrado pelas quatro patas, imobilizado e com a boca amordaçada, de modo a lhe tornar impossível qualquer movimento e a satisfação de seus desejos, como latir, correr, comer, ou de adotar qualquer plano ou estratégia nesse sentido, apenas pelo prazer de seu dono em presenciar esse tipo de situação.⁴⁷

O artigo 32 da Lei 9.605/1998 prevê também a conduta de “maus-tratos”, cuja expressão permite uma interpretação que a entende como dor, tormento, sofrimento, algo, portanto, relacionado a uma reação física que permanece no mesmo contexto de submissão imposta por um ser humano em posição de superioridade a um animal em posição de inferioridade, isto é, de relação forte/fraco. Tal circunstância envolve dor em sentido físico e é a mesma descrita por Greco em sua análise sobre o aniquilamento da autonomia básica dos animais, segundo a qual há uma redução da autodeterminação do animal somente à dor e direcionamento de seus desejos e vontades apenas à redução do tormento. Tal situação, porém, ocorre pela violação de dois dados ou “bens” que podem ser considerados de titularidade dos animais superiores, quais sejam, a autonomia básica, no sentido dado no parágrafo acima, constituída pelas duas virtudes identificadas a partir da comparação com o conceito de Feinberg, e a integridade física, violada para que as dores intensas sejam produzidas. Como visto, a autonomia básica do animal confere-lhe um âmbito de oportunidades de sentir desejos, vontades e sentimentos, mediante a virtude da autenticidade e de poder adotar planos e estratégias para satisfazer tais desejos, vontades e sentimentos, mediante a virtude da iniciativa. E todas

⁴⁶ SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, 2018, p. 291-292.

⁴⁷ SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, 2018, p. 292.

essas duas virtudes ficam completamente aniquiladas pelo comportamento de “maus-tratos”, já que a dor reduz os desejos, sentimentos e vontades, característicos da autenticidade, apenas ao desejo de que o tormento seja diminuído e impede que qualquer plano seja adotado para a satisfação de qualquer vontade, pois a aptidão para conceber planos fica também reduzida ao desejo de diminuição do sofrimento. A integridade física, por sua vez, fornece ao animal superior um âmbito de oportunidades de viver e movimentar-se sem dor e sofrimento, que é afetado pela dor física gerada pela prática dos “maus-tratos”. Assim, a conduta de “maus-tratos” prevista no tipo penal equivale ao que Greco considera como a crueldade geral cuja incriminação é legítima. Mas a explicação aqui proposta demonstra que não significa o único caso em que a autonomia básica dos animais superiores pode ser atingida, mas apenas um dos casos e que ocorre especificamente por meio de uma também afetação de outro dado de titularidade dos animais superiores merecedor de proteção penal: a integridade física.⁴⁸

Outro comportamento proibido pelo artigo 32 da Lei 9.605/1998 é o de “ferir”, que também se relaciona com a integridade física do animal. Nesse caso, a lesão ao bem integridade física precisa ser suficiente para produzir um ferimento que afete de maneira relevante o âmbito de oportunidades fornecido ao animal de realizar o que valoriza. É o caso, por exemplo, de lhe quebrar a perna, o que diminui de maneira relevante suas oportunidades de correr. Também relacionada à proteção da integridade física, o tipo penal proíbe a conduta de “mutilar” o animal. Nessa hipótese, a integridade física é lesionada mediante a extirpação de pedaços do corpo do animal e sua relevância penal deve ser admitida se a mutilação também afeta de maneira relevante o âmbito de oportunidades conferido pela integridade física de o animal realizar o que valoriza. Isso quer dizer que a mutilação do rabo de um cão recém-nascido pode não significar nada para ele, pois não afeta de maneira relevante o âmbito de oportunidades desse cão de realizar o que de fato valoriza, ainda que depois de adulto, como, por exemplo, se movimentar, brincar, latir, beber, comer. Já a extração de suas quatro patas para torná-lo um enfeite vivo numa estante afetaria com relevância esse âmbito de oportunidades, ainda que o dono o alimentasse e o mantivesse vivo livre de dores físicas.⁴⁹

Por fim, o § 1º prevê a proibição de realizar “experiência dolorosa ou cruel”. Tal conduta descrita no tipo penal é o que se pode entender como um experimento, um ensaio cuja finalidade é uma observação científica ou resultado empírico. As expressões “dolorosa” ou “cruel”, que se relacionam com tal “experiência”, querem dizer que a sua prática deve produzir dor intensa no animal, ao ponto de se chegar à situação de redução de sua autonomia básica

⁴⁸ SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, 2018, p. 292-293.

⁴⁹ SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, 2018, p. 293-294.

ao sofrimento pela sujeição à experiência proibida. Por isso, os dados ou bens de titularidade do animal que podem ser considerados aqui violados são a sua autonomia básica, que se aniquila, e sua integridade física, afetada como meio de produção de tormento físico intenso. Isso permite identificar uma dupla afetação semelhante à dos maus-tratos, porém, com a especificidade de ser ocasionada pela realização do experimento.⁵⁰

9. Conclusão

É possível concluir, portanto, que os animais superiores podem sim ser titulares de bens jurídicos. Ao menos dois são protegidos pelo direito penal brasileiro: a autonomia básica e a integridade física. Uma conclusão definitiva a respeito da legitimidade do artigo 32 da Lei 9.605/1998 ainda depende da análise sobre o cumprimento das demais fases do filtro de legitimidade das normas penais proposto em minha tese de doutorado.⁵¹ Mas nos limites do objetivo desse trabalho é suficiente essa verificação de que os animais superiores também possuem dados ou bens dignos de proteção penal, uma vez que já demonstra que o caminho correto a seguir é o desenvolvimento de uma teoria do bem jurídico que não permaneça numa perspectiva antropocêntrica. Já é tempo de assumir, no âmbito do direito penal, o reconhecimento de que os animais superiores têm valor próprio e merecem proteção por eles mesmos, de modo a justificar a incriminação de uma conduta que lhes é ofensiva pelo que eles têm efetivamente violado e não por uma eventual boa consequência que pode ser trazida aos seres humanos.

Referências

ABEGG, Julius Friedrich Heinrich. *Ueber die Bestrafung der Mißhandlung Von Thieren*. In: Neues Archiv des Criminalrechts, Zwölfter Band, Halle: C. A. Schwetschke und Sohn, 1832.

ABEGG, Julius Friedrich Heinrich. *Nachträgliche Bemerkungen zu der Abhandlung über die Mißhandlung von Thieren*. In: Neues Archiv des Criminalrechts, Vierzehnter Band, Halle: C. A. Schwetschke und Sohn, 1834.

ABEGG, Julius Friedrich Heinrich. *Der neuere Standpunkt der Gesetzgebung in Betreff der Mißhandlung Von Thieren*. In: Archiv des Criminalrechts, Halle: C. A. Schwetschke und Sohn, 1851.

⁵⁰ SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, 2018, p. 294.

⁵¹ Análise que chegou a ser procedida na tese e me permitiu concluir que há legitimidade na proibição das condutas previstas no artigo 32 da Lei 9.605/1998, pois estão fora da esfera intocável da autonomia de quem as pratica (superação da primeira fase do proposto filtro de legitimidade das normas penais); existem bens jurídicos merecedores de proteção penal (superação da segunda fase) e está presente um nexo de afetação negativa relevante entre o comportamento fora da esfera intocável da autonomia e o bem jurídico merecedor de proteção penal (superação da terceira fase). SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, 2018, p. 286-295.

ALKIRE, Sabine; DENEULIN, Séverine. *The human development and capability approach*. In: SÉVERINE, Deneulin; SHAHANI, Lila. *An introduction to the human development and capability approach – freedom and agency*. London: Earthscan: 2009

AMELUNG, Knut. *Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz*. In: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003.

GRECO, Luís. *Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais*. In: *Revista Liberdades* n° 3, janeiro-abril de 2010, São Paulo: IBCCRIM, 2010, p. 47-59. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/03/integra.pdf>

DUDEN, Gottfried. *Der Preußische Entwurf einer neuen Strafgesetzgebung und sein Verhalten zum Rheinlande: Für Juristen und Nichtjuristen*. Bonn: Eduard Weber, 1843.

FEINBERG, Joel. *Harm to self*, New York: Oxford University Press, 1986.

HEFENDEHL, Roland. *Der Begriff des Rechtsguts*. In: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 154 Jahrgang, 2007.

HENKE, Eduard. *Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik*, Erster Theil. Berlin und Stettin: Nicolaische Buchhandlung, 1823.

HÖRNLE, Tatjana. *Grob anstössiges Verhalten – strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2005.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general*, traducción Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo, 2ª edición, Madrid: Marcial Pons, Ediciones Juridicas S.A., 1997.

KANT, Immanuel. *Die Methaphysik der Sitten Zweyter Theil – Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre*. Königsberg: Friedrich Nicolovius, 1797.

KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2008.

MITTERMAIER, Carl Josef Anton. *Ueber den neuesten Zustand der Criminalgesetzgebung in Deutschland: mit Prüfung der neuen Entwürfe für die Königreiche Hannover und Sachsen*. Heidelberg: Joseph Engelmann, 1825.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal – Parte Especial*, 20ª edición, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.

NOZICK, Robert. *Anarchy, state, and utopia*. Oxford: Blackwell, 2001.

NUSSBAUM, Martha C. *Beyond “compassion and humanity”: justice for nonhuman animals*. In: SUNSTEIN, Cass R.; NUSSBAUM, Martha C. (Ed.). *Animals rights – current debates and new directions*. New York: Oxford University Press, 2004.



NUSSBAUM, Martha C. *Creating capabilities – the human development approach*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

ROXIN, Claus. *Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf dem Prüfstand*. In: Goldammer's Archiv für Strafrecht, 160. Jahrgang, 2013, München: R. v. Decker, 2013.

ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general*, Tomo I, traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal, Madrid: Editorial Civitas S.A., 1997.

ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2006.

SANTOS, Humberto Souza. *Ainda vive a teoria do bem jurídico? – Uma contribuição aos debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2018.

SHKLAR, Judith N. *The liberalism of fear*. In: ROSENBLUM, Nancy L. (ed.). *Liberalism and the moral life*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1989.

SEN, Armatya. *The idea of justice*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009.

VON IHERING, Rudolph. *Der Zweck im Recht*, Zweiter Band. Leipzig: Druck und Verlag von Breitkopf & Härtel, 1883.

VON HIPPEL, Robert. *Die Tierquälerei in der Strafgesetzgebung des In- und Auslandes, historisch, dogmatisch und kritisch dargestellt nebst Vorschlägen zur Abänderung des Reichsrechts*. Berlin: Verlag von Otto Liebmann, 1891.

WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*, 11. Auflage, Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1969.