

A LEGITIMIDADE E O FUNDAMENTO DA INCRIMINAÇÃO DOS MAUS TRATOS CONTRA ANIMAIS

LEGITIMACY AND BASIS FOR THE INCRIMINATION OF CRUELTY AGAINST ANIMALS

Recebido: 22.01.2021

Aprovado: 31.03.2021

ORLANDO FACCINI NETO

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais, pela Universidade de Lisboa - Portugal. Mestre em Direito Público pela UNISINOS - Universidade do Vale do Rio dos Sinos - RS. Professor de Direito Constitucional, Direito Penal e Processo Penal na Escola Superior da Magistratura/RS, no Curso de Pós Graduação do IDC - Porto Alegre e na Pós Graduação do IDP - Brasília/DF. Juiz de Direito (TJRS).
E-MAIL:Ofneto@tjrs.jus.br
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5934-7119>

RESUMO: O presente texto discute o interesse protegido na incriminação dos maus tratos a animais, buscando estabelecer o bem jurídico tutelado a partir do exame das diversas posições existentes na doutrina, dando-lhe uma fundamentação situada no plano axiológico, e, portanto, moral. A partir da discussão dos argumentos que sustentam as modernas teorias do bem jurídico, e do confronto dialético entre elas, pretende-se dar novo contorno à problemática que envolve a crueldade contra os animais, a qual se afigura como um dos pontos controvertidos para os defensores da necessidade de um bem jurídico, como fator de legitimação das incriminações penais. Mediante revisão da bibliografia, são apresentadas sumariamente desde as correntes que apontam para a consideração dos próprios animais como titulares de direitos, até aquelas que abdicam do próprio conceito de bem jurídico, para, ademais, fornecer-se uma perspectiva que inclua nessa discussão elementos de caráter valorativo, e, portanto, moral.

PALAVRAS-CHAVE: Animais; Crueldade; Direito Penal; Bem jurídico.

ABSTRACT: This text discusses the protected interest in incriminating the cruelty of animals, seeking to establish the protected legal good from the examination of the various existing positions in the doctrine, giving it a rationale located in the axiological, and therefore moral, plan. From the discussion of the arguments that support the modern theories of the legal good, and the dialectical confrontation between them, it is intended to give a new outline to the problem involving cruelty to animals, which appears as one of the controversial points for the defenders the need for a legal good, as a factor to legitimize criminal offenses. Upon reviewing the bibliography, they are summarily from the currents that point to the consideration of the animals themselves as holders of rights, until they give up the very concept of legal good, in addition to providing a perspective that includes elements of a evaluative character in this discussion, and therefore moral.

KEYWORDS: Animals; Cruelty; Criminal Law; Harm.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 2. A TEORIA DO BEM JURÍDICO; 3. EXCEPCIONALIDADE DA INCRIMINAÇÃO DOS MAUS TRATOS CONTRA ANIMAIS: CRIME SEM BEM

JURÍDICO?; 4. ANIMAIS COMO TITULARES DE DIREITOS; 5. RELENDO A TEORIA DO BEM JURÍDICO; 6. AS VARIAÇÕES PUNITIVAS, DE ACORDO COM A ESPÉCIE VITIMADA; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A legitimidade da incriminação dos maus tratos contra animais é um dos temas que mais desafia a dogmática penal, no que essa busca arrimo na teoria do bem jurídico, como base necessária para a idoneidade da atividade legislativa. E é curioso, cumpre dizer, que as dúvidas doutrinárias surgidas neste campo confrontam com o evidente senso comum, segundo o qual a crueldade contra animais não pode, deveras, estar de fora do âmbito das interdições penais.

Vale dizer, no tema que procuraremos abordar, há uma nítida colisão entre a uníssona percepção, inclusive leiga, de que tais condutas cobram a intervenção do Direito Penal, ao passo que, para seus operadores, a justificação da proibição, aqui, está a exigir um complexo de argumentos ainda não bem encontrados, ou a abertura de uma exceção clara à ideia do bem jurídico, aceitando-se que o crime em referência situe-se num plano de ausência de interesse tutelável, ao contrário do que sucede com os demais âmbitos da intervenção penal.

De modo que a legitimidade da incriminação dos maus tratos aos animais encontra três caminhos, quais sejam: (i) o reconhecimento de que temos um caso excepcional de crime sem bem jurídico, (ii) a assunção do próprio animal como titular de interesses dignos de proteção penal, (iii) a inserção de uma nova perspectiva ao próprio conceito de bem jurídico, que seja capaz de abarcar esse tipo de conduta.

Aludir a cada umas dessas possibilidades, refletindo sobre suas premissas e consequências, é o objetivo deste texto, em cuja parte derradeira, ademais, procuraremos delinear, mesmo no âmbito da crueldade contra os animais, situações distintas, a depender da espécie de que se trate, tudo para justificar, como pensamos seja o caso, a diferença de penas recentemente instituída em nossa legislação, tornando mais gravosa a violência contra certos seres do que contra outros, o que, cabe salientar, parece afinar-se com o modo como compreendemos deva ser legitimada a incriminação dessas condutas. Para o efeito, busca-se realizar revisão bibliográfica do que de essencial vem sendo produzido sobre a temática do bem jurídico, discutindo-se, dialeticamente, as virtudes e vícios de cada uma das posições, no que implicadas com os consectários da crueldade contra os animais.

Antes do exame das variadas posições, contudo, cumpre uma breve explicação sobre o conceito e os desenvolvimentos da teoria do bem jurídico.

2. A TEORIA DO BEM JURÍDICO

Se abdicarmos da teoria do bem jurídico e passarmos a admitir que o Poder Legislativo tem a prerrogativa de criar figuras criminosas independentemente de qualquer

alicerce de ordem jurídica, fixado, apenas, nos critérios político-criminais do momento em que atue, estará resolvida toda problemática acerca da violência contra os animais, a partir de uma frase simples e, de certo jeito, cabal: aceita-se a tipificação dessa conduta, porque assim o quis o legislador.

Deste entendimento, contudo, adviriam uma plêiade de consequências, no sentido de exaltar a atividade legislativa, submetendo-nos às incertezas das variações políticas e das contingências do momento. Isto é, abriríamos a caixa de pandora, por uma boa causa, é certo, encetando, todavia, conseqüências imprevisíveis.

Há, porém, quem relegue a teoria do bem jurídico ao olvido, e isso é o que nos cumpre, agora, examinar.

O surgimento dos direitos fundamentais, e sua consagração constitucional, não escondeu uma pretensão de estabelecer um nível de proteção contra interferências estatais indevidas, somada a um dever de proteção, também exercido pelo Estado, em favor destes mesmos direitos, o que coloca em xeque as concepções pautadas num caráter puramente individualista, segundo as quais, em linhas gerais, seriam bens jurídicos os interesses ou objetos necessários ao livre desenvolvimento do indivíduo.

Essa compreensão ignora que não será apenas a contenção estatal que haverá de permitir o desfrute dos direitos, senão que se apresenta relevante a criação de condições necessárias para o seu exercício, bem como o seu resguardo e proteção, a partir da garantia de adequado funcionamento das instituições e expectativas por meio das quais os homens se desenvolvem¹.

Assim, como diz FIGUEIREDO DIAS, falha rotundamente a persistência em se manter um modelo “puramente individual de proteção penal”, uma vez que este empresta nova e mais forte razão à alegação de que o sistema penal estaria pensado em termos de atingir “preferencialmente os estratos e os membros socialmente mais desfavorecidos ou excluídos da população”².

Um dos equívocos das tentativas de elaboração sobre o bem jurídico está na circunstância de se conceber a sua capacidade de rendimento num plano puramente limitativo, criando impedimentos para a atuação penal.

É disso que devemos tentar escapar, a não ser que, por linhas tortas, venhamos a assumir o ponto de vista de JAKOBS³, que deixa de fundamentar a intervenção penal na necessidade de proteção de bens jurídicos, e postula tratar-se, o crime, de uma espécie de lesividade comunicativa, por representar afronta a deveres normativos, de maneira que o Direito Penal passa a ser visto, simplesmente, como garantidor de expectativas normativas, mal disfarçando uma revigorada centralidade do legislador, que, desprovido de critérios externos de referência, estará habilitado para a criação de tal ou qual dever normativo, numa

¹ HEFENDEHL, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Köln: Karl Heymanns, 2002, p. 73-6.

² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal. Parte Geral*. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 136.

³ JAKOBS, Günther. *Sozialschaden? – Bemerkungen zu einem strafrechtstheoretischen Fundamentalproblem*. In: Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag. Martin Böse und Detlev Sternberg-Lieben (Hrsg.). Berlin: Duncker&Humblot, 2009, p. 37-50.

medida em que sequer se poderá suscitar a potencialidade de controle de sua atividade, já que essa mostrar-se-ia infensa a subordinação.

Noutras palavras, o dever jurídico ostentaria índole meramente formal, não reclamando qualquer especificidade quanto à sua substância, ou seja, o conteúdo material do crime deixaria de ter relevância, porquanto a questão sobre saber aquilo que ao Estado cumpre proteger sob a ameaça de pena estaria fora do campo do Direito Penal e, num certo sentido, do próprio Direito. Tratar-se-ia de mera política.

Que daí se afigure praticamente desnecessário cogitar-se do bem jurídico como referente para a proteção penal é algo evidente, e, assim, no modo como o concebe JAKOBS⁴, serão mesmo as normas, consideradas apenas na sua vigência e validade, abstraindo-se seu conteúdo, que aparecerão em primeiro plano. Como sabido, propenderá, o Direito Penal, conforme tal alvitre, a reagir no sentido de demonstrar a validade da norma violada, por isso que a disfuncionalidade do delito não reside em última análise na violação de um bem jurídico, mas antes na denegação de fidelidade ao Direito, através da confrontação da validade e vigência das normas necessárias à orientação da ação e à estabilização das expectativas, recaindo, sobre o agente, os custos tendentes à demonstração de validade da norma violada, tudo em ordem a compreender-se o fim da pena como o asseguramento cognitivo da vigência da norma, isto é, a manutenção da fidelidade à norma, tendo como destinatários pessoas fiéis ao Direito.

São, aliás, as próprias normas que, significativamente, no dizer de COSTA ANDRADE⁵, Jakobs define como os verdadeiros bens jurídicos-penais, e, no que concerne a elas, conforme ficou dito, de pouco significado são aspectos conteudísticos, de sorte que, na forma exposta por POLAINO-ORTS, ter-se-á que o legislador penal “*no se encuentra sometido a suerte alguna de vinculación a la realidad, sino que es la sociedad misma la que configura - crea o construye - sus expectativas, esto es, sus normas jurídicas*”⁶.

Ficará, ademais, alheada a possibilidade de crítica à atividade legislativa, cuja legitimação encerrar-se-á sobre si mesma e, sobretudo, mostrar-se-ia a atuação penal estatal desgarrada de qualquer perspectiva externa, que, a um só tempo, a limitasse e a condicionasse, apartando o Direito Penal de outros campos da esfera jurídica.

Sucedede que, à falta de um critério material, fica sempre por dizer a quem, e como, competirá definir-se da danosidade relevante, de modo que, sabido seja o potencial explicativo derivado de um tal ponto de vista, seu corolário não esconde uma certa assepsia, ou uma neutralidade axiológica, que, aliás, não lhe são recusadas. Com isso, põe-se em risco a própria ideia de constitucionalismo e de força normativa da Constituição, porque na base

⁴ JAKOBS, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. Berlin: Walter de Gruyter, 1993, p. 05.

⁵ COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em Direito Penal (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 114.

⁶ POLAINO-ORTS, Miguel. *Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto*. In: *El funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*. Tomo II. Eduardo Montealegre Lynett (Coord.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 76.

deste entendimento está uma postulação de ausência de hierarquia entre as fontes e as referências jurídicas entre si.

No paradigma funcional tal qual acabamos de o descrever, acaba-se por dizer que o Direito “vale sem validade”, o que, de um modo assim tão radical, significa que nem mesmo se recorre a algo como a “auto-fundação-transcendental da *Grundnorm*”, a qual, seja como for, proponha um problema de fundamentação, que, agora, sistemicamente se exclui⁷. Assim, tudo implica em que se faça assimilar o Direito a mero meio ou técnica, afastando-o de qualquer referência ao conteúdo, à axiologia e aos postulados valorativos.

Se, com isso, torna-se mais fácil a tarefa de legitimar-se a incriminação dos maus tratos contra animais, na medida em que a opção legislativa, por si só, já encerraria justificativa necessária e suficiente, conforme essa perspectiva, estariam fragilizados os mecanismos de controle da atividade parlamentar e, com isso, situações diversas, muito mais discutíveis, encontrariam, na mesma razão explicativa, a base para o fundamento de heterodoxas incriminações.

3. EXCEPCIONALIDADE DA INCRIMINAÇÃO DOS MAUS TRATOS CONTRA ANIMAIS: CRIME SEM BEM JURÍDICO?

Na formulação de um caráter meramente limitador para a ordenação constitucional reside o problema de remanescer um grupo de tipos penais sobre os quais não se possa falar, sem dificuldade, da verificação de um bem jurídico. Para que do próprio conceito de bem jurídico não se abra mão, alude-se haver exceções, isto é, incriminações que se legitimariam, não obstante insuscetíveis de recondução ao conceito de bem jurídico.

GRECO exemplifica, ao dizer que não consegue duvidar do caráter criminoso da conduta de quem pega seu cachorro e o tortura, para “depois abandoná-lo mutilado”, apesar de registrar que não vislumbra aqui qualquer bem jurídico, e isto porque “causar horríveis sofrimentos a um cão não afeta de modo algum qualquer esfera individual” e tampouco “se pode dizer que esse comportamento lesione bens jurídicos da coletividade”⁸.

Essa, contudo, é uma visão que, na tentativa de dissociar qualquer elemento moral, ou, diríamos nós, qualquer argumento valorativo, para efeito de constatação do bem jurídico, culmina meramente numa formulação de critérios, de resto não exprimidos, com os quais se possam aceitar incriminações sem bem jurídico. O gosto de cada qual tornar-se-ia imprevisível, e a justificação ficaria sempre dependente do quanto capaz se mostrasse a força da retórica ou das contingências políticas.

Ocorre que a tal desiderato já ocorre uma questão normativa, segundo a qual, no Brasil pelo menos, tal tipo de comportamento se revela enquadrável no artigo 32 da Lei

⁷ CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Volume 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 306.

⁸ GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de perigo Abstrato (com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 90.

9605/98, que tipifica os crimes ambientais, com o que os maus tratos a animais assim estariam resolvidos. E é de se notar, o que não faz Greco, calcado numa visão pela qual a Constituição assumiria feição meramente limitativa, que dela mesma já se originaria um argumento favorável à incriminação, se com olhos de ver fosse observado o inciso VII, do artigo 225, que, ao dizer incumbir ao Poder Público a proteção do meio ambiente, fá-lo determinando sejam “vedadas, na forma da lei” as práticas que “provoquem a extinção das espécies ou submetam os animais a crueldade”.

Nessa linha normativa, então, o que se afigura como bem jurídico tutelado, na hipótese de maus tratos contra animais, é o meio ambiente, considerado como o patrimônio natural, especialmente “a fauna silvestre, doméstica ou domesticada, nativa ou exótica, ameaçada ou não de extinção contra abusos e maus tratos”⁹.

A doutrina, porém, e com boa dose de razão, depreende equivocada essa vinculação entre a violência causada contra um animal considerado individualmente e a fauna, enquanto sistema consistente na coletividade de animais, pois, exemplificativamente, não se extrai da mutilação de um cachorro riscos de ordem ambiental, por isso que “o ecossistema segue intacto”, de maneira que, desde um ponto de vista sistemático, a “inclusão destes tipos dentre os que protegem o meio ambiente seja mais que censurável”¹⁰.

Sem contar que, com essa concepção, afastar-se-ia a idoneidade de distinguirem-se as penas, a depender do tipo de animal violado, visto que todos comporiam o conceito amplo de meio ambiente, bem como, certas incriminações, ao modo como feitas no estrangeiro, tornar-se-iam discutíveis. Com efeito, em Portugal, por exemplo, o artigo 387 do Código Penal, com alterações bastante recentes e que serão abordadas mais para diante, delimita que a punição dar-se-á no caso de morte ou maus tratos empregados contra “animais de companhia”, os quais estão definidos no artigo 389 da mesma legislação, como sendo aqueles detidos ou destinados a serem detidos por seres humanos, designadamente no seu lar, para seu entretenimento e companhia. De modo que, ademais dos assim chamados animais de companhia por natureza, como cães e gatos, também os animais que “socioculturalmente não são entendidos como animais de companhia (como, por exemplo, silvestres ou selvagens, animais destinados a entrar na cadeia alimentar, animais destinados a trabalhos agrícolas)”, estes todos, poderão “adquirir o estatuto de animais de companhia se o homem decidir detê-los com o objectivo de lhes proporcionarem entretenimento e companhia”¹¹.

Tudo para situar, na relação afetiva que se estabelece entre o ente humano e o animal, o âmbito concretamente violado pela prática da violência ou dos maus tratos. Em suma, se, com acerto, sequer a morte do animal é exigida como requisito para caracterizar o

⁹ SIRVINKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 179.

¹⁰ TEIXEIRA NETO, João Alves. *Tutela penal de animais: uma compreensão onto-antropológica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 169.

¹¹ VALDÁGUA, Maria da Conceição. O crime de maus tratos a animais de companhia. In: Livro em memória do Professor João Curado Neves. Maria Fernanda Palma e outros (org.). Lisboa: AAFDL Editora, 2020, p. 331.

¹² GRECO, Luís. Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais. In: Revista Liberdades, n. 03. Janeiro-Abril. São Paulo: IBCCrim, 2010, p. 57-9.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Direito Constitucional Ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. São Paulo: RT, 2012, p. 44.

crime, cumprindo a evitação de seu sofrimento, fica mesmo difícil asseverar que foi o meio ambiente, na singularidade da fauna, o bem jurídico violado, quando realizado o ato de crueldade. O fundamento, portanto, da incriminação, há de encontrar-se sob uma outra perspectiva.

4. ANIMAIS COMO TITULARES DE DIREITOS

Induvidosamente, a mais sedutora das teses, tendente à legitimação da incriminação dos maus tratos a animais, é aquela que concentra, no próprio animal, o universo dos interesses violados com a prática criminosa. GRECO, por exemplo, num texto diverso daquele já referido alhures, assinala que o tipo penal de crueldade contra os animais protege os próprios animais, detentores que são de uma, embora restrita, capacidade de autodeterminação, o que os faria suscetíveis a uma heterodeterminação, cuja minimização se encontraria “entre as tarefas primordiais do Estado liberal”¹².

De forma semelhante se apresenta o pensamento de SARLET e FENSTERSEIFER, os quais propugnam por uma ampliação da ideia de dignidade, a ser contemplada para além da vida humana, de modo que incida também “em face dos animais não-humanos, bem como de todas as formas de vida de um modo geral”¹³.

A busca de uma equivalência, todavia, entre a dignidade dos humanos e a que eventualmente se possa cogitar para os demais animais, ao revés de estatuir, para os últimos, um mais bem acabado parâmetro de proteção jurídica, culmina por reduzir os primeiros a um ponto em que já não se estará a falar, deveras, de *dignidade humana*, tornando, ademais, inexplicáveis os casos, culturalmente aceitos hodiernamente, em que os animais são utilizados em benefício da alimentação ou da produção de bens essenciais, até essa altura não substituídos para a manutenção da vida humana.

VALDÁGUA advoga essa tese, afirmando que a “incriminação dos maus tratos (como, de resto, a do abandono), visa, a nosso ver, a protecção directa dos bens jurídicos corporizados em cada animal e não uma protecção indirecta, em função de interesses do homem”. Neste sentido, cuidar-se-ia do alargamento de uma teoria do bem jurídico puramente antropocêntrica, para “uma teoria do bem jurídico referente à criatura”¹⁴.

O argumento é, realmente, atraente, porque é inexcedível a constatação de que os animais, sobretudo os animais de companhia, não estão alheios à dor, ao padecimento e ao sofrimento, sendo, nalguns casos, portadores inclusive de sistema nervoso central, sendo este o critério utilizado por alguns dos defensores da postulação em comento. Nestes casos, aliás, não somente a experiência sensorial do prazer ou da comisseração física não lhes são

14 VALDÁGUA, O crime de maus tratos..., p. 335-7.

15 AZEVEDO, André Mauro Lacerda. Harm Principle: fundamentos, validade e limites da criminalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 439.

16 CRESPO DE ALMEIDA, Leonardo Monteiro. Subjetividade jurídica e direito dos animais: um caso para a extemporaneidade. In: Revista Brasileira de Direito Animal. Salvador, vol. 15, n. 02, Mai-Ago de 2020, p. 89.

estranhas, como também a experiência afetiva, emocional, da alegria ou da tristeza, compõem o repertório da vida animal, conferindo-lhes uma espécie de subjetividade, que bem poderíamos sintetizar com a assim chamada *senciência*.

É, portanto, lícito supor que se afigura um componente da própria natureza do animal o interesse de não ser vítima de sofrimento.

Não obstante, como explana AZEVEDO, possuir um “certo interesse não torna os animais sujeitos de direitos”, sobretudo dada a circunstância de que “não teriam a capacidade jurídica de exercê-los ou exigí-los, tampouco teriam contra si a imposição de deveres”¹⁵. Com efeito, no conjunto de emanações jurídicas decorrentes do fato de ser um sujeito de direitos, está o nascimento, correlato, de obrigações jurídicas, as quais, naturalmente, não têm correspondência alguma com a vida animal.

A ampliação do conceito de subjetividade jurídica, é certo, vem sendo postulada por setores doutrinários, no sentido de ser-lhe conferida uma plasticidade que implique na “redefinição profunda do sentido do jurídico”, com uma conseqüente “abertura para o novo, ou seja, para aqueles conteúdos que desestabilizam e reorganizam as noções sedimentadas no sistema”¹⁶, de modo que, concebido o conceito de subjetividade como uma construção jurídica efetuada pelo próprio sistema, seja este capaz de abranger os seres não-humanos.

Como aporte para o futuro, a asserção é válida; contudo, parece indiscutível que a circunstância de a subjetividade jurídica implicar não somente a titularidade de direitos, mas a possibilidade correlata de ostentar obrigações, se afigura como razão suficiente para não ter frutificado a tese na variedade dos ordenamentos jurídicos da atualidade, inclusive porque, em termos dogmáticos, é muita clara a distinção entre o conceito de bem jurídico, correspondente ao tipo de valor violado pela conduta criminosa, e o conceito de objeto material, este alusivo à pessoa ou coisa sobre a qual recai essa mesma conduta.

Vale por dizer, mesmo no crime de homicídio, o que se apresenta como bem jurídico é a vida, na sua mais elevada expressão axiológica, ao passo que a vítima morta, em última análise, e, repetindo, nos termos da dogmática penal, é o objeto material do crime, porque sobre si é que incidiu a conduta delituosa.

Isto está longe de relegar aos animais uma posição de mera subalternidade, bem como de lhes emprestar significado e sentido somente se correlacionados ao homem, numa visão que os situasse meramente ao nível do conceito de *coisas*. Há, pelo contrário, entre o conceito de pessoas e o de coisas essa terceira via, em que se apresentam os animais, máxime os *sencientes*, os quais, se não titularizam exatamente direitos, possuem interesses, a serem tutelados pela ordem jurídica.

Noutras palavras, e seguindo a trilha desenvolvida por AZEVEDO, dada a impossibilidade de os animais serem moralmente responsáveis pelos seus atos, de maneira que os termos *agente moral* e *sujeito de direitos* não são coextensivos aos animais não-humanos, isto, contudo, não impede, antes autoriza, que os animais sejam considerados

“como *pacientes morais*, gozando de certa consideração moral no tocante aos seus interesses básicos de existência”¹⁷.

Com isso, seja dito, ainda não atingimos o fundamento último pelo qual se legitima a incriminação dos maus tratos aos animais; esse é o objetivo do próximo tópico.

5. RELENDO A TEORIA DO BEM JURÍDICO

Na conduta concernente aos maus tratos contra animais, como tal evidenciada, tem-se, antes de tudo, a projeção de *crudeldade*, que rebaixa a condição de quem a executa, de modo a afetar, assim mesmo, a imagem que temos de nós mesmos enquanto pessoas. Há, assim, relacionado à proteção dos animais, um “dever moral de compaixão e humanidade”¹⁸, os quais decorrem dessa sua capacidade de sentir prazer e dor, e cuja incompreensão, em última análise, vilipendia a autocompreensão que possuímos acerca de nós mesmos e da espécie em que nos inserimos.

Como diz SILVA DIAS, a validade jurídico-penal contemporânea está internamente relacionada, e deve ser reconstruída, com base numa “experiência social de valores e da sua negação”, pois o Direito Penal não se afasta de uma posição de “rectaguarda no processo de formação da consciência”, uma vez que o significado simbólico associado à intervenção penal, seja pela “cominação penal de tipos delitivos”, seja pela aplicação judicial de penas, contribui decisivamente para o “reforço da relevância ético-social daqueles valores aos quais dispensa a sua tutela característica”¹⁹.

Na incriminação em desfavor da crueldade contra animais o que se passa é a degradação da condição de quem age, e que conspurca a imagem que temos de nós mesmos, tendo-se em conta o aproveitamento de um estado de pura fragilidade e submissão do animal para o efeito de se lhe impingirem sofrimentos. Repita-se: na conduta como tal incriminada, o que se projeta é o desvalor da *crudeldade*. Onde se espelha o “caráter decaído da nossa humanidade”, tendente à “humilhação reflexiva da nossa condição de espécie – no que ela comporta de não-natural, de alienado, de capaz de, na sua própria *perfectibilidade*, insinuar as raízes da sua *desnaturação* e da sua *incompletude*”²⁰.

Não reconduzível diretamente a uma ou outra pessoa, este interesse de preservação da imagem que temos de nós mesmos, enquanto detentores de humanidade, situa-se, a rigor, no âmbito coletivo, como a proclamar que a todos há de convir que as pessoas se

17 AZEVEDO, Harm Principle..., p. 440.

18 AZEVEDO, Harm Principle..., p. 451.

19 SILVA DIAS, Augusto. «Delicta in Se» e «Delicta Mere Prohibita»: uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção Clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 584-5.

20 ARAÚJO, Fernando. A hora dos direitos dos animais. Coimbra: Almedina, 2003, p. 18.

21 GRECO, Proteção de bens jurídicos..., p. 50-1.

22 PALMA, Maria Fernanda. O princípio da desculpa em Direito Penal. Coimbra: Almedina, 2005, p.105.

23 AZEVEDO, Harm Principle..., p. 459.

comportem como tais, refreando o que, repetimos, vai qualificado como *crueldade*, no caso cometida contra um tipo de ser vivo que não tem qualquer condição de se defender.

Não se trata, portanto, de um sentimento de revolta, como apontado por GRECO, e, a partir do qual, o autor desenvolve o frágil argumento de que sob a mesma fundamentação se poderia aludir a uma criminalização da homossexualidade, afinal, em suas palavras, está “claro que o homossexualismo revolta os antigos e a ida ao bordel os novos moralistas”²¹.

Neste caso, não é de uma defraudação de expectativa que estamos a tratar, senão mesmo do seu exato oposto, visto que se “revoltar” contra o modo por que alguém desenvolve o seu afeto, em casos assim, alude a um defeito de perspectiva. As práticas homossexuais não convocam nenhuma ideia de crueldade, e, portanto, não desfiguram um tipo de representação que reclama, para a condição humana, abdicar da escolha do *mal*.

A escolha do *mal* “diminui o valor da existência”²².

Bem vistas as coisas, é a preservação da imagem que temos de nós mesmos, de nossa própria condição humana, porque apenas assim sentimo-nos como seres dotados de dignidade, o que haverá de determinar sejam repelidas, e punidas, as condutas cruéis com os animais.

Aliás, foi deste modo que se manifestou o Ministro Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1856/RJ, indicando que “o art. 32 da Lei nº 9.605/98 qualifica-se como preceito incriminador que incide nos casos de inobservância ou de transgressão à regra constitucional (CF, art. 225, § 1º, inciso VII), promulgada com o objetivo de proteger a fauna, vedando práticas que, além de colocarem em risco a sua função ecológica ou ensejarem a própria extinção das espécies, também submetam ‘os animais à crueldade’”.

Igualmente, o relator do caso, Ministro Celso de Mello, assentou, por sua vez, que “a cláusula inscrita no inciso VII do § 1º do art. 225 da Constituição da República, além de veicular conteúdo impregnado de alto significado ético-jurídico, justifica-se em função de sua própria razão de ser”, a qual seria motivada pela necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitar todas as formas de vida, não só a do gênero humano, mas, também, “a própria vida animal cuja integridade restaria comprometida por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais”.

Com essa compreensão, extrai-se o correto alvitre de AZEVEDO, no sentido de que a instituição do bem jurídico sob o prisma axiológico aqui defendido não enceta “uma proteção meramente instrumental, através da qual o sentido dessa tutela se dirigiria unicamente ao ser humano”; em verdade, a senciência, a consideração dos animais como pacientes morais, serviria “como ponte, que ligaria as margens opostas de um hiato (gap) imaginário entre homens e animais”, de modo que “ao protegê-los, estaríamos também protegendo a nossa própria humanidade”²³.

24 SHERMAN, Nancy. *The Fabric of Character: Aristotle's Theory of Virtue*. Oxford: Oxford University Press, 1989, p. 45.

6. AS VARIAÇÕES PUNITIVAS, DE ACORDO COM A ESPÉCIE VITIMIADA

Naturalmente, este dever ético de proteção aos animais, enquanto razão moral tendente a justificar a punição de sua violação, torna explicável, para mais de qualquer dúvida, a distinção de penas estabelecidas recentemente em nosso país, de acordo com a espécie de que se cuide.

Com efeito, o grau de aproximação, determinado pela cultura, e as relações de ordem afetivas que desenvolvemos com particulares espécies de animais, estão a indicar que, realizado o ato de crueldade ou vilipêndio, tanto maior será a deflagração de expectativas e a repulsa moral à conduta, quanto mais interligados à nossa experiência emocional forem os animais envolvidos.

Ademais, do ponto de vista do agente, será mais revelador de perversidade o crime cometido com espécies que nos são próximas, do que em detrimento daquelas que, embora ainda hábeis à caracterização do crime, não ostentam, para com o homem, uma mais acentuada relação de afeição.

De notar-se que, conforme SHERMAN²⁴, uma eventual visão de mundo sem a implicação das emoções encerraria o risco de fazer com que perdêssemos o mais relevante, e é nesta direção, outrossim, a asserção de SOLOMON²⁵, para quem existem bons argumentos para sustentar que sem as nossas emoções seríamos totalmente incapazes de tomar decisões racionais. Daí que, ao aludir ao *porquê* da ação, aponte RICOEUR que uma ação é, ao mesmo tempo, certa configuração de movimentos físicos e uma realização possível de ser interpretada em termos de intenções e motivos²⁶. A semântica da ação, enfim, mostra aqui uma categoria mista, que exige a fusão das categorias psíquicas, exclusivamente reservadas às pessoas, com as categorias físicas, comuns às pessoas e às coisas e cuja singularidade está na circunstância de que acontece como um *sentido*.

Ora, se é do âmbito do Direito Penal uma compreensão das condutas não apenas do ponto de vista externo e objetivo, o quadro emocional e o sentido delineado pelo agente não lhe pode ser alheio. Porque estes dão o colorido às ações que repercutem na violação das normas penais, de modo que é possível parafrasear RICOEUR²⁷, quando leva a semântica da ação às emoções, pois, segundo diz, essas descrevem ou explicam a ação e se constituem, no limite, como a base da maioria dos nossos *valores*.

Cães e gatos, na conformidade da Lei 14.064/20, quando *pacientes morais* das condutas de abuso, maus tratos ou mutilação, rendem ensejo a uma pena variável entre dois a cinco anos de reclusão, justamente porque, na expressividade da relação afetiva que estabelecem para com os homens, fazem com que, nas condutas assim evidenciadas, desponte um elemento agravador, de parte do agente, que manifesta em grau intenso a

25 SOLOMON, Robert C. *Ética emocional: una teoría de los sentimientos*. Tradução de Pablo Hermida. Barcelona: Paidós, 2007, p. 18.

26 RICOEUR, Paul. *Escritos e Conferências 2: hermenêutica*. Tradução de Lúcia Pererira de Souza. São Paulo: Edições Loyola, 2011, p. 41-2.

27 RICOEUR, *Escritos...*, p. 43.

crudelidade ou perversidade ínsitas a seu agir, desapontando mais fortemente a expectativa de índole moral e normativa de que devemos nos comportar simplesmente como *seres humanos*.

Como corolário disso, cabe frisar que, deste modo, os maus tratos contra cães e gatos ficam de fora do conceito de infrações penais de menor potencial ofensivo – conceito a que se vincula o caput do art. 32 da Lei 9605/98 -, inviabilizando, corretamente, os benefícios da transação penal e mesmo a suspensão condicional do processo.

Ficará por dizer se, dada a pena mínima cominada, será cabível o assim chamado acordo de não persecução penal, o qual, embora autorize a sua celebração aos casos em que a pena mínima não supera os quatro anos, sendo este o caso, mesmo no concernente a cães e gatos, veda-o, se o crime foi cometido com violência. Caberá à jurisprudência definir se o elemento *violência*, tendente a desautorizar o acordo de não persecução penal, apresenta-se, também, quando essa é direcionada aos animais, o que, em linha de princípio, é o nosso entendimento.

CONCLUSÃO

Os maus tratos contra animais aludem a condutas que o nosso próprio senso de humanidade depreende como passíveis de punição, sendo essa uma exigência moral. Ocorre que o delineamento de qual é o bem jurídico protegido, neste caso, desafia a doutrina penal, que, em alguns casos, preconiza tratar-se, aqui, de um crime sem bem jurídico, e, noutros, assinala ser o próprio animal o titular do bem jurídico tutelado.

Procuramos, em última análise, examinar essas posições e delinear um conceito de bem jurídico que não se constranja de adentrar ao nível da axiologia, dos valores e de uma certa perspectiva moral. Com essa compreensão, aduzimos a legitimidade, e mesmo a imperatividade, da incriminação da crueldade contra os animais, e extraímos, no fim, a existência de razões suficientes para que haja distinção na punição, tal qual recentemente estabelecido normativamente em nosso país, de acordo com a espécie de animal, e de sua proximidade afetiva para com os integrantes da comunidade humana, de que se trate.

Em suma, os maus tratos contra animais expressam uma vertente interna de crueldade daquele que pratica a conduta ignóbil e, além de produzirem sofrimento em seres indefesos, qualificados de pacientes morais, afronta a autocompreensão que possuímos de nossa própria humanidade.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fernando. *A hora dos direitos dos animais*. Coimbra: Almedina, 2003.

AZEVEDO, André Mauro Lacerda. *Harm Principle: fundamentos, validade e limites da criminalização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Volume 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em Direito Penal (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CRESPO DE ALMEIDA, Leonardo Monteiro. *Subjetividade jurídica e direito dos animais: um caso para a extemporaneidade*. In: Revista Brasileira de Direito Animal. Salvador, vol. 15, n. 02, Mai-Ago de 2020.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal. Parte Geral*. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de perigo Abstrato (com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRECO, Luís. *Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais*. In: Revista Liberdades, n. 03. Janeiro-Abril. São Paulo: IBCCrim, 2010.

HEFENDEHL, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Köln: Karl Heymanns, 2002.

JAKOBS, Günther. *Sozialschaden? – Bemerkungen zu einem strafrechtstheoretischen Fundamentalproblem*. In: Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag. Martin Böse und Detlev Sternberg-Lieben (Hrsg.). Berlin: Duncker&Humblot, 2009.

JAKOBS, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. Berlin: Walter de Gruyter, 1993.

PALMA, Maria Fernanda. *O princípio da desculpa em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2005.

POLAINO-ORTS, Miguel. *Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto*. In: El funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs. Tomo II. Eduardo Montealegre Lynett (Coord.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

RICOEUR, Paul. *Escritos e Conferências 2: hermenêutica*. Tradução de Lúcia Pererira de Souza. São Paulo: Edições Loyola, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. São Paulo: RT, 2012.

SHERMAN, Nancy. *The Fabric of Character: Aristotle's Theory of Virtue*. Oxford: Oxford University Press, 1989.

SILVA DIAS, Augusto. *«Delicta in Se» e «Delicta Mere Prohibita»: uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

SIRVINKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SOLOMON, Robert C. *Ética emocional: una teoría de los sentimientos*. Tradução de Pablo Hermida. Barcelona: Paidós, 2007.

TEIXEIRA NETO, João Alves. *Tutela penal de animais: uma compreensão onto-antropológica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

VALDÁGUA, Maria da Conceição. *O crime de maus tratos a animais de companhia*. In: Livro em memória do Professor João Curado Neves. Maria Fernanda Palma e outros (org.). Lisboa: AAFDL Editora, 2020.