

DOCTRINA INTERNACIONAL

INTERNATIONAL ARTICLES

PORQUE É UM DELITO ESMAGAR UM PEIXINHO DOURADO? – DANO, VÍTIMA E A ESTRUTURA DOS CRIMES DE CRUELDADE CONTRA OS ANIMAIS

Why is it a crime to stomp on a goldfish? – harm, victimhood and the structure of anti-cruelty offenses¹

Luis Chiesa

Professor Associado da Pace University Law School

Recebido em 30.07.2013 | Aprovado em 01.08.2013

RESUMO: Este artigo discorre sobre a crueldade contra os animais nos EUA, analisando, a partir do case *o Povo vs Garcia*, que os tribunais adotam várias teorias sobre os interesses que as leis anti-crueldade visam prevenir: danos contra a propriedade, imposição de um princípio moral, danos ao guardião do animal, danos futuros aos seres humanos, concluindo que as leis criminais anti-crueldade visam prevenir danos aos próprios animais, que são as verdadeiras vítimas dessas ofensas.

PALAVRAS-CHAVE: Crueldade, Crime, Animais.

ABSTRACT: This article is about the animal cruelty in the U.S., analyzing from the case *People v. Garcia* that courts have adopted various theories about the interests that anti-cruelty laws are intended to prevent: (1) protection of property, (2) protection against the infliction of emotional harm to those who have ties to the injured animal, (3) prevention of future harm to humans, (4) enforcement of a moral principle, concluding that the criminal anti-cruelty laws are intended to (5) protect animals themselves, who are the real victims of these offenses.

KEYWORDS: Cruelty, Felony, Animals

SUMÁRIO: 1. Introdução. – 2. Animais e o Direito Penal: História e Contradições. – 3. O consentimento de vítima e danos – 4. Interesses que devem ser protegidos pela lei anti-crueldade: cinco teorias plausíveis – 5. Prevenção de Danos aos Animais – 7. Porque as reivindicações dos especialistas em direito animal estão erradas – 8. Por que tudo isso deveria importar para um ativista dos direitos dos animais – 9. Conclusões – 10. Notas de referência.

1. Introdução

A crueldade contra os animais é considerada ilícito penal em todos os cinquenta estados americanos, além dos distritos de Columbia, Porto Rico e Ilhas Virgens. Embora a punição por abuso de animais difira amplamente entre as jurisdições, todos os estados exceto sete consideram essa conduta como um crime. Alguns estados, como o de Nova York, apenas consideram como crime se os atos de crueldade forem realizados em um animal de estimação. Outros, como a Pensilvânia, agravam a pena se o dano for causado a cães, gatos ou animais de zoológico. A criminalização da crueldade aos animais não é de forma alguma um fenômeno americano. Leis anti-crueldade tem sido amplamente editadas em muitos países, incluindo o Reino Unido, Holanda, Austrália e Argentina, por exemplos.

Mesmo que a maioria dos países acredite que é necessário criminalizar a crueldade contra os animais, as razões que justificam a proibição de tal conduta não são claras. Considerando que algumas jurisdições pareçam parcialmente motivadas a aprovar as leis pelo motivo de que as pessoas que prejudicam os animais sejam mais propensas a causar sofrimento a seres humanos, outras possuem plena convicção de que infligir danos em um ser senciente é moralmente errado. Além disso, algumas leis estaduais sugerem que foram elaboradas visando a proteção da propriedade.

Apurar as razões que justificam punir as pessoas por envolvimento em atos de crueldade contra os animais não é apenas de interesse teórico. Conforme o caso recentemente decidido de

People vs García² demonstra-se que é difícil, senão impossível, determinar o escopo adequado de crueldade sem primeiro responder à pergunta de por que tal conduta é crime, em primeiro lugar. Em García, a Divisão de Apelação da Suprema Corte de Nova York teve de determinar se a ação do réu de pisar em um peixinho de estimação, na presença de Juan, o guardião de nove anos do peixe, constituiu um crime. Para isso, o tribunal precisava decidir se matando instantaneamente um peixe pisando nele é um ato de “crueldade grave”.

Uma vez que o peixe morreu na hora, o réu alegou que ele não sofreu de dor extrema, e que sua morte foi causada sem perversão ou sadismo. Assim, ele afirmou que o “assassinato” não foi realizado com um nível elevado de crueldade.³ O tribunal rejeitou a alegação do réu, apontando que, tendo em vista a evolução histórica da lei, para que um ato seja considerado uma crueldade grave, depende do “estado mental do agente”.⁴ O tribunal também pareceu ser fortemente influenciado pelo fato de que a morte de um animal doméstico na frente de uma criança constitui um “ato sádico e perverso”, porque se destina a “infligir [dor] emocional ao menino”.⁵

Ao concluir que a crueldade grave depende se o agente pretende fazer o guardião do animal sofrer, o tribunal sugere que o propósito da lei anti-crueldade é o de evitar as pessoas de se envolverem em atos que causem danos emocionais aos seres humanos, e não o de proteger os animais de dores injustificáveis. Assim, de acordo com García, as verdadeiras vítimas, nesses casos, não são os animais que estão sendo maltratados, mas os humanos que sofrem quando as criaturas vivas são prejudicadas.

Este artigo irá mostrar que o raciocínio do tribunal em García não pode resistir a uma análise cuidadosa. A conclusão de que as leis anti-crueldade foram editadas por razões outras que não a proteção dos animais contra a imposição injustificada de dor está em tensão com os princípios básicos do direito penal. Além disso, a melhor maneira de definir as características mais importantes das leis de anti-crueldade é reconhecendo que as vítimas

a serem protegidas através da promulgação de tais leis são os animais, e não seres humanos. Farei isso em quatro partes.

Na parte I será fornecido um breve relato da história das leis anglo-americanas proibindo danos aos animais. Esta análise histórica mostra que muitas dessas leis foram originalmente promulgadas como uma forma de proteger a propriedade privada. No entanto, ele também revela que tem havido uma forte tendência, especialmente nos últimos tempos, de punir a crueldade contra animais, independentemente dos interesses de propriedade envolvidos.

Na Parte II, as noções de dano, vitimização e consentimento serão explorados, a fim de estabelecer as bases para as reivindicações que serão expostas no restante do artigo. É difícil ter uma discussão significativa sobre o interesse que a lei visa proteger ao criminalizar a crueldade contra os animais, sem primeiro entender a inter-relação complexa que existe entre esses conceitos. À luz das questões levantadas pelas leis anti-crueldade animal, especial atenção será dada à discussão de John Stuart Mill e a concepção H.L.A. Hart, do “princípio do dano.” A legitimidade da promulgação de crimes sem vítimas e as formas as quais o consentimento pode negar tanto dano e vítima também serão considerados.

Na Parte III, serão examinadas as cinco diferentes teorias avançadas para explicar a sociedade e o interesse pela busca da punição de atos que são prejudiciais aos animais, a saber: (1) proteção da propriedade, (2) proteção contra a provocação de dano emocional naqueles que têm laços com o animal ferido, (3) prevenção de futuros danos aos seres humanos, (4) a aplicação de um princípio moral, e (5) a proteção dos próprios animais.

Na Parte IV tentarei explicar porque esse não é necessariamente o caso, como alguns estudiosos do direito animal argumentam, na medida em que as leis anti-crueldade permitem a imposição de danos aos animais como resultado da caça, atividades científicas e da agricultura, sendo que o interesse primário a ser protegido por estas leis é algo que não a proteção dos

próprios animais. Apesar de sedutor à primeira vista, este argumento é falho porque tem como premissa uma incompreensão da estrutura de infrações penais em geral, e das leis anti-crueldade em particular. Devidamente compreendido isso, a existência de privilégios que permitem às pessoas infringir a norma *prima facie*, de modo a prejudicar os animais, apenas revela que a sociedade (com ou sem razão) acredita que há, em contrapartida, razões que justificam ofender o bem jurídico a ser protegido pelo delito, não que a norma proibitiva seja realmente concebida para proteger os animais em primeiro plano.⁶

Em conclusão, este artigo pretende demonstrar que a sociedade decidiu criminalizar os danos aos animais principalmente por preocupação com o bem-estar dos mesmos, e não porque isso promova algum outro interesse humano. Finalmente, a análise do tribunal de *People vs García* será reexaminada à luz das conclusões avançadas neste artigo.

2. Animais e o direito penal: história e contradições

A primeira lei a criminalizar uma conduta abusiva em relação aos animais foi promulgada na Grã-Bretanha em 1822. A lei, conhecida como “Lei de Martin,” tratou como um crime cruel maltratar cavalos, mulas, vacas, ovelhas ou outro gado.⁷ Naquela época, a crueldade contra os animais não constituía delito indicado no common law (lei comum).⁸ Ao adotar esta lei, o Parlamento Inglês preencheu essa lacuna percebida na lei. Antes da promulgação da Lei de Martin, a crueldade contra animais só era considerada crime quando fossem satisfeitos os elementos de alguma outra infração punível na *common law*, como a perturbação da paz ou condutas dolosas.⁹ Ao passo que os atos de *common law* que infligiam dor injustificável em animais eram considerados erros legais, somente se a criatura prejudicada fosse propriedade de alguém. Após a promulgação da lei de Martin,

tal conduta era crime, mesmo se o animal ferido não fosse propriedade de uma pessoa.

Nos Estados Unidos e Inglaterra, os maus-tratos a animais foram entendidos pela primeira vez como um crime através de legislação. No entanto, em contraste com as leis iniciais adotados na Grã-Bretanha, algumas das leis anti-crueldade inicialmente promulgadas nos Estados Unidos só tornaram os atos abusivos contra animais um crime caso os mesmos fossem propriedade de um indivíduo. Por exemplo, a lei de Vermont, de 1846, tornou um crime “matar, mutilar, ferir ou desfigurar, intencionalmente e deliberadamente, qualquer equino, bovino, ovino ou suíno de propriedade de outrem.”¹⁰ Ao limitar o âmbito da proibição de atos que causam danos apenas aos animais que pertencem a outra pessoa, a Assembléia Geral de Vermont deixou claro que o propósito da lei era proteger os direitos de propriedade, e não dos animais. Além disso, apenas por punir a crueldade contra os animais de valor comercial, o legislador revelou que a sua principal razão para a proibição da conduta foi vetar os atos que poderiam afetar negativamente importantes interesses econômicos.

Nem todas as leis anti-crueldade adotadas nos Estados Unidos durante o século XIX¹¹ eram unicamente inspiradas pelo interesse de proteger os direitos de propriedade. Algumas leis no início tinham como fundamento criminalizar os maus-tratos dolosos de animais, independentemente de serem a propriedade de alguém. Por exemplo, em 1829, em Nova York, uma lei tornou crime “torturar qualquer cavalo, boi, ovelha ou outro gado, quer pertença a si próprio ou a outrem.”¹²

Tornando a questão da propriedade irrelevante, esta lei significou uma mudança importante no discurso jurídico do movimento anti-crueldade. Considerando que a legislação de 1846, como a Lei de Vermont, claramente considerava o proprietário do animal como a vítima do delito; outras leis, como a de 1829, pareciam transformar essa concepção de anti-crueldade da le-

gislação em sua essência, implicando que o animal, não o proprietário, era o interesse juridicamente protegido.

Deve-se notar, no entanto, que a lei de Nova York, em 1829, apenas criminalizou a conduta abusiva em relação aos animais com valor comercial. Isso traz à tona uma tensão na lei anti-crueldade que permanece sem solução até hoje. Não é fácil conciliar a condição dos animais como vítimas com a ideia de que somente as criaturas de valor comercial são dignas de proteção contra atos de crueldade. Se o propósito de proibir a conduta é para proteger os animais a partir da imposição injustificada de dor, é difícil entender por que o valor econômico deve condicionar o âmbito das leis.

Infelizmente, embora por razões diferentes, as mais modernas leis anti-crueldade possuem incongruências similares. Enquanto a maioria das jurisdições têm expandido o escopo das leis anti-crueldade para incluir a proteção dos animais que geralmente não são considerados de valor econômico significativo, a maioria da legislação atual diferencia aqueles indivíduos que maltratam um animal doméstico ou domesticado, daqueles que ferem animais não domesticados.¹³ Assim, a morte de um roedor “daninho” com uma ratoeira dentro de propriedade privada, geralmente não é considerada um crime. No entanto, causar a morte de um hamster é crime. Outra característica marcante da moderna lei anti-crueldade é a tendência de proteger legalmente cães e gatos. Nos estados do Alabama e Kentucky, por exemplo, a prática de atos de crueldade contra um cão ou gato é crime. No entanto, realizando atos idênticos em cavalos, vacas, coelhos, roedores ou qualquer outro animal é apenas uma contravenção.¹⁴

Em vista dessas considerações, a moderna legislação anti-crueldade, bem como suas antecessoras do século XIX, estão repletas de contradições. Por um lado, o impulso para expandir o número de animais protegidos pela lei anti-crueldade e a tendência crescente de proteger os animais independentemente de questões de propriedade, sugerem que os efeitos da adoção dessas leis é proteger os não-humanos de sofrimento desneces-

sário. Por outro lado, o tratamento diferente que os domésticos recebem, em oposição às criaturas domesticadas, indica que o objetivo dessas leis é algo que não a proteção dos animais ao dano. Se o objetivo das leis anti-crueldade é manter os animais livres de sofrimento desnecessário, por que importa se o animal é domesticado? Um roedor morto por uma ratoeira sente tanta dor quanto um hamster morto de uma forma similar. No entanto, apenas o dano a este último é considerado crime sob a lei anti-crueldade.

A legislação atual de Nova York proíbe uma conduta abusiva em relação aos animais, popularmente conhecida como “Lei de Buster”, e exemplifica muitas das contradições que foram descritas aqui.¹⁵ Para começar, embora seja considerado um crime realizar atos de crueldade contra qualquer animal, é apenas um crime qualificado, de crueldade agravada, se for de estimação. Além disso, a Lei Buster contém uma excludente que permite atos prejudiciais contra os não-humanos em diversas atividades, como a pesca e a caça. Como resultado desta disposição, o assassinato de uma truta durante uma viagem de pesca desportiva não constitui um crime punível, enquanto a morte de um peixinho dourado constitui. À luz dessas considerações, não está claro se o objetivo principal da Lei Buster é proteger os animais da imposição injustificada de dor ou evitar que as pessoas se envolvam em atos que prejudiquem aquelas pessoas que possuem fortes laços emocionais com um determinado animal ou animais.

Sem surpresa, na *People v. García*, da Divisão de Apelação da Suprema Corte de Nova York, houve um esforço para ir de encontro com as lógicas conflitantes que parecem ter sustentado a adoção da Lei Buster, em particular, a promulgação de leis anti-crueldade em geral. O tribunal parecia sugerir que a vítima do delito foi o menino que sofreu a perda de seu amado animal de estimação, e em outras ocasiões ele parecia sugerir que a verdadeira vítima foi o peixe injustificadamente prejudicado pelo réu. Para complicar a questão, é o fato de que a decisão do

tribunal também foi influenciada pela afirmação de que a crueldade com os animais deve ser proibida porque “desumanidade do homem para com o homem muitas vezes começa com desumanidade para com aquelas criaturas que se formaram através das relações particularmente estreitas com a humanidade.”¹⁶ Consequentemente, o tribunal em García elaborou três diferentes (e às vezes conflitantes) teorias do dano que se pretende prevenir pela lei anti-crueldade: (1) dano àqueles que desenvolveram laços emocionais com o animal, (2) dano ao animal, e (3) a possibilidade de dano futuro aos seres humanos com base na correlação entre violência contra animais e violência contra as pessoas.

O objetivo do restante deste artigo é avaliar qual dessas concepções diferentes das leis anti-crueldade melhor explica e justifica as nossas práticas de culpar e punir as pessoas que se envolvem em práticas abusivas contra os animais. Antes de fazê-lo, no entanto, é necessário examinar brevemente as noções de consentimento de vítima e dano.

3. O consentimento de vítima e danos

3.1. A Vítima

3.1.1. Considerações preliminares

De um modo geral, a vítima é uma parte contra a qual uma pessoa cometeu um crime.¹⁷ Portanto, as noções de “vitimização” e dano estão interligadas. Alguém é considerado vítima somente se tiver sido prejudicado por outra pessoa. Normalmente os códigos criminais proíbem conduta que cause dano a algum bem/interesse importante da vítima. Assim, o código penal típico contém seções que proíbem “crimes contra a pessoa”, “crimes contra a propriedade”, “crimes contra a autonomia sexual,” e “crimes contra a liberdade.” Em cada um desses casos, um cri-

me é cometido quando alguém injustificadamente interfere nos interesses fundamentais de outra pessoa. No crime de roubo, por exemplo, o infrator ilegalmente interfere diretamente no direito à propriedade privada. Quando alguém comete homicídio, ilegalmente interfere no direito da vítima à vida. “No caso de estupro, o [agente] busca o prazer por violar direito fundamental da vítima para decidir como e quando [ele ou] ela deseja se envolver em relações sexuais”.¹⁸

Deve-se notar, no entanto, que há muitos crimes cuja consumação não implica danos à vítima. Delitos, como posse de drogas, representam exemplos paradigmáticos desses tipos de crimes. Tomemos, por exemplo, o delito de posse de maconha para consumo pessoal. Note-se que essa conduta em nada interfere nos interesses fundamentais de outra pessoa. A pessoa que comete esse crime não negou o valor da vida de outra pessoa, nem afetou os direitos de outrem. Assim, não há nenhuma vítima cujos interesses são justificados por punir o infrator.¹⁹ O agente, nestes casos, violou uma norma, mas ao fazer isso ele ou ela não tem vitimado ninguém.

Quando, como no caso do delito de posse de drogas, a conduta criminal do agressor não interfere nos interesses de outra pessoa, diz-se então que houve envolvimento em um “crime sem vítimas”. Exemplos adicionais de delitos tradicionalmente considerados como crimes sem vítimas estão a prostituição e dirigir embriagado.

O Estado, por várias razões, proíbe crimes sem vítimas. Às vezes esses tipos de delitos são criados como uma forma de fazer cumprir os princípios morais. O caso mais frequente é quando o Estado proíbe certos tipos de conduta sexual consensual. A criminalização da sodomia consensual constitui um excelente exemplo. Tal conduta não prejudica nem as pessoas que realizam o ato nem terceiros, e foi proibida porque muitas pessoas consideram a sodomia ser um ato que infringe as suas crenças religiosas e morais.²⁰

Ocasionalmente, um Estado decide criar um crime sem vítimas, como forma de dissuadir as pessoas de se envolvem em atos que possam prejudicar alguém no futuro. Este tende a ser o objetivo de proibir o ato de dirigir sob a influência de álcool ou entorpecentes. Apesar do fato de que dirigir embriagado não seja prejudicial por si só, aqueles que se envolvem em tal conduta são mais propensos a ferir alguém do que aqueles que não o fazem. Nestes casos, o objetivo da sanção criminal é utilizado para prevenir uma conduta perigosa antes que o dano efetivamente ocorra.

Em alguns casos de crimes ambientais, não está claro se o governo criou um crime sem vítimas, por exemplo o delito de liberar poluentes perigosos na atmosfera.²¹ Nota-se que tal conduta não interfere diretamente nos interesses dos outros, assim, à primeira vista, esse crime parece constituir um crime sem vítimas. No entanto, o efeito agregado de poluição quase certamente irá resultar em danos à nossa saúde. Deste modo, a longo prazo, seremos todos vítimas das consequências perigosas desta conduta. Devido aos danos futuros resultantes, pode ser coerente argumentar que o delito de liberar um poluente perigoso para o ar não seja um crime sem vítimas, apesar do fato de que tal conduta não diretamente prejudique ninguém no momento que ocorre.

A legitimidade da criação de crimes sem vítimas tem sido cada vez mais questionada. Com o passar do tempo, as sociedades se tornaram mais democráticas e os governos menos autoritários, e o foco da lei penal mudou da salvaguarda do Estado para a proteção das pessoas.²² Uma vez que é aceito que o propósito principal dos códigos penais é reivindicar os direitos daqueles que foram prejudicados por comportamentos nocivos do agressor, é difícil justificar a punição dos indivíduos por envolvimento em atos que não interfere nos direitos de outrem. Levando a sério esta afirmação, deve-se questionar a legitimidade da criação de crimes sem vítimas, principalmente quando a única razão para

isso é impor uma concepção particular da moralidade por meio do direito penal.

Isto não quer dizer, entretanto, que a conduta que não cause dano a vítima é necessariamente ilegítima. Ninguém acredita seriamente, por exemplo, que criminalizar o ato de dirigir embriagado é imprudente ou injustificável. Embora tal conduta não implica a interferência nos interesses dos outros, a perigosidade inegável do ato parece fornecer uma razão mais do que adequada para a sua proibição. Contudo, na ausência de razões que apontam para o contrário, crimes sem vítimas são geralmente considerados, pelo menos, *prima facie* ou presumivelmente ilegítimos. No entanto, esta presunção de ilegitimidade pode ser aludida pela demonstração de que existem boas razões para a proibição da conduta.

3.1.2. *Vitimização e as leis anti-crueldade*

Não está claro se as leis anti-crueldade proíbem crimes sem vítimas. Se se considera que o principal objetivo dessas leis é proteger os direitos de propriedade, então ele deve partir do entendimento de que não há uma vítima legalmente protegida – e sim o proprietário da criatura prejudicada. Sendo assim, as leis de crueldade contra os animais passam a ser considerados uma espécie do crime mais geral de danos criminais.

Por outro lado, se as leis que criminalizam e concebem os maus-tratos de animais, como decretos que pretendem dissuadir as pessoas de infligir sofrimento sobre aqueles que têm fortes laços emocionais com as criaturas, a vítima do crime seria a pessoa cujas sensibilidades foram afetadas pelo ato do agressor. Esta concepção de vítima parece informar parcialmente o raciocínio do tribunal em *People vs García*. Insinuando que o ato do réu revelou um elevado nível de crueldade, porque a morte do peixe dourado causou muito sofrimento ao Juan, o tribunal parecia es-

tar sugerindo que a vítima, nesses casos, é o indivíduo que sofre quando alguém faz mal a uma criatura que ele tanto preza.

Também pode-se argumentar que a crueldade aos animais é um crime, porque aqueles que maltratam animais são mais suscetíveis a prejudicar os seres humanos do que aqueles que não o fazem. Se este fosse o caso, o propósito de punir aqueles que fazem os animais sofrerem injustificadamente seria para neutralizar indivíduos perigosos antes que eles se engajem em atividades que possam prejudicar um ser humano. Sob esta concepção, a crueldade aos animais constituiria um crime sem vítimas, já que a conduta é considerada criminosa, tendo em conta o fato de que revela a natureza perigosa do ofensor e não porque o ato interfere nos direitos das pessoas. Em *People vs García*, o tribunal parecia ter tido essa concepção em mente quando afirmou que estas leis foram promulgadas em reconhecimento de que “desumanidade do homem com relação ao homem muitas vezes começa com a desumanidade para com animais”.²³

Uma legislação que proíbe a imposição de dano aos animais também pode ser defendida com o fundamento de que a maioria da população considera tal conduta imoral. Se a imoralidade de prejudicar desnecessariamente animais é a única base para a criminalização da crueldade contra os animais, então os delitos que proíbem tal conduta constituiriam claramente crimes sem vítimas.

Finalmente, pode-se argumentar que o propósito das leis anti-crueldade é estabelecer um crime para proteger as criaturas de dor injustificável. Sob esta concepção, a vítima do delito é o animal prejudicado pela conduta ilícita do agente. Esta abordagem exige necessariamente que nós interpretemos a noção de “vítima” de uma maneira ampla, de modo a permitir a não-humanos se qualificarem como vítimas. Alguns teóricos do direito penal, com relação a essa expansão do conceito, notam que apenas seres autônomos podem ter seus direitos violados de tal forma que seja apropriado classificá-los como “vítimas”.²⁴

3.2. Consentimento

3.2.1. *Considerações preliminares*

As noções de consentimento e crimes sem vítimas estão interligadas. Como regra geral, alguém é considerado vítima apenas quando for forçado a fazer algo que de outra forma não deseja fazer. Se a pessoa consente com o ato que o suposto ofensor que que ele pratique, nós seríamos levados a acreditar que ele foi uma vítima. No entanto, um consentimento da vítima modifica o que inicialmente parecia ser um ato injustificável de irresistível coação para um ato permissível de auto-determinação. Portanto, o consentimento da vítima muda o que inicialmente parecia ser um ato injustificável de subjugação forçada em um ato permissível de auto-determinação.²⁵ Como o professor Dubber acertadamente aponta:

Ao consentir, a vítima aparentemente rebate a presunção de vítima. Ele indica que o ato do outro que facilmente satisfaça os elementos de um crime na verdade não prejudica sua autonomia. Com o consentimento, um ato evidente de heteronomia é revelado como um ato de autonomia.²⁶

O efeito transformador de consentimento é aparente em casos que envolvem a alegada prática do estupro. Nestes casos, o consentimento da vítima transforma o que seria considerado um ato deplorável de imposição sexual em um ato inquestionável de fazer amor.²⁷ Ao consentir com a conduta, a pessoa está tomando uma decisão consciente sobre que tipos de atos fazem de sua vida digna de ser vivida. Portanto, na ausência de coerção ou de capacidade legal para consentir o ato, a vítima que consentiu não está sofrendo nenhuma interferência em seus direitos que precisam ser justificados pela aplicação de um castigo.²⁸

Após uma inspeção mais minuciosa, verifica-se que punir alguém pela realização de um ato para o qual a suposta vítima consentiu equivale a punir alguém por cometer um cri-

me sem vítimas. A razão para isto é que se a vítima consentir o ato, ela não é realmente uma vítima em todos os aspectos. Consequentemente, punir o ofensor para suposta prática do ato consentido é tão censurável como infligir punição a uma pessoa que cometeu um ato que não causou danos à vítima.²⁹

Apesar dos inegáveis efeitos transformadores do consentimento, os tribunais têm sido lentos em reconhecer a aquiescência da vítima como uma defesa a responsabilidade penal. A reticência foi mais palpável em casos que envolvem a imposição de danos físicos ou morte. Assim, os tribunais têm sido relutantes em permitir que os réus pleiteem o consentimento como uma defesa para o crime de assalto. Mais controversa, muitas jurisdições têm se recusado a reconhecer o consentimento informado de um indivíduo para a eutanásia como uma defesa para os crimes de homicídio e assistência ao suicídio.

Embora os tribunais têm sido geralmente dispostos a reconhecer o consentimento da vítima como uma defesa a um ataque violento, o consentimento é amplamente aceito como uma defesa para os crimes contra a propriedade. A jurisprudência constantemente atesta que, tendo a propriedade do objeto, não constitui roubo se o dono do item consentiu.³⁰ Da mesma forma, o réu não pode ser considerado culpado de conduta criminosa, se o proprietário do imóvel concordou em seus danos ou destruição. Além disso, uma vez que o proprietário tem o direito de fazer o que quiser com sua propriedade, ele não pode ser condenado por cometer o delito de dano, se ele decide prejudicar a sua própria propriedade.³¹

3.2.2. *Consentimento e as leis anti-crueldade*

A doutrina do consentimento levanta duas questões importantes no contexto das leis anti-crueldade. A primeira questão leva em consideração se a conduta de um proprietário de um animal que inflija dor ao mesmo é (ou deveria ser) considerada criminosa, considerando que a posse pressupõe a livre disposição do “bem”.

Também merecem consideração a questão de que se alguém que prejudica ou mata um animal é (ou deveria ser) culpado de um crime se o proprietário da criatura consentiu com o ato.

A maneira pela qual nos aproximamos a estas questões dependerá da concepção de anti-crueldade das leis que adotamos. Por um lado, a decisão do proprietário em permitir que seu animal seja prejudicado ou morto não deve gerar responsabilidade penal, se considerarmos que o propósito da lei anti-crueldade é proteger os direitos de propriedade. Por outro lado, se acreditasse que o propósito do dispositivo penal é proteger os animais de dor desnecessária, o consentimento do proprietário em comportamentos danosos deve ser irrelevante.

3.3. O princípio do dano

3.3.1. *Considerações preliminares*

Intimamente relacionada com a questão de saber se é legítimo punir as pessoas que cometem um crime sem vítimas está o chamado “princípio do dano”. Elaborado pelo famoso filósofo John Stuart Mill, este princípio tem sido empregado como um meio para limitar o poder do governo ao criminalizar a conduta. De acordo com a sua formulação da doutrina, “o único propósito em que o poder pode ser legitimamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é para evitar danos a outros.”³²

Como resultado deste, Mill concluiu que o governo não podia legitimamente proibir um ato apenas para promover o bem-estar físico ou moral da pessoa envolvida na conduta. Além disso, ele afirmou que o fato de que a maioria das pessoas considera um determinado ato errado ou imprudente não é razão suficiente para justificar a criminalização da conduta.³³

A tese de Mill mais tarde ecoou e foi desenvolvida pelo teórico jurídico HLA Hart. Hart acreditava que proibir uma conduta

somente porque ela é considerada imoral é ilegítimo porque isso entraria em contradição com os interesses da liberdade fundamental. Ele também afirmou que o sofrimento que as pessoas sentem quando os outros comportam-se no que eles consideram ser uma forma imoral não pode constituir um dano punível, uma vez que este seria “equivalente a puni-los simplesmente porque os outros criticam o que eles fazem; e a única liberdade que poderiam coexistir com esta extensão do princípio utilitarista ‘princípio do dano’ é a liberdade de fazer aquelas coisas que ninguém seriamente deseja. Tal liberdade é claramente inútil”.³⁴ Em outras palavras, de acordo com Hart, criminalizar um ato por causa de sua imoralidade é ilegítimo porque atribui apenas a importância insignificante para o direito fundamental da autonomia individual.³⁵

Uma importante consequência do princípio do dano é que ele põe em dúvida a adequação de criminalizar um ato meramente por causa de sua perigosidade. Proibir tal conduta é problemático porque “estes crimes não prescrevem mal em si, mas sim a possibilidade de dano – uma possibilidade que não precisa (e geralmente não) se materializar quando o delito for cometido”.³⁶ Há inúmeros exemplos de atos não-prejudiciais que são considerados criminosos pelo simples fato de criar riscos de danos. Talvez a mais prevalente é a criminalização da posse não autorizada de uma arma. Embora a mera posse de uma arma não seja prejudicial a qualquer pessoa, presumivelmente aumenta o risco de que o possuidor poder usá-la para ferir alguém. Não é clara a justificativa de considerar este tipo de crime como uma forma de neutralizar criminosos perigosos antes deles se envolverem em comportamentos prejudiciais. É seguro dizer, no entanto, que quanto mais se buscou prevenir o risco concretamente, mais justificável será criminalizar a conduta. Por outro lado, como a perigosidade inerente à conduta diminui, as razões em favor de criminalizar o ato ficam progressivamente mais fracas. Comparando-se, por exemplo, os méritos relativos à decisão de criminalizar a posse de ferramentas comumente utilizadas para

fins criminosos com a proibição da posse de armas. Partindo-se do ponto de que a maioria das pessoas parecem acreditar que criminalizar a última é justificável, existem dúvidas consideráveis no que diz respeito a saber se proibir a primeira é correta. A chave para explicar essa distinção reside na perigosidade inerente dos itens envolvidos.

Assim, tem sido afirmado que “a diferença entre as armas e ferramentas de arrombamento é que as primeiras são perigosas, ou pensadas para ser perigosas, para todos os aqueles que poderiam entrar em contato com elas [enquanto que as últimas não são]”.³⁷ Uma vez que as armas representam um risco mais sério de causar graves danos a outras pessoas do que as ferramentas, a decisão de criminalizar a sua posse é mais defensável do que a escolha de proibir o uso das ferramentas.

Enquanto o princípio do dano inicialmente oferece uma ferramenta eficaz aos tribunais e comentaristas com a qual condenar a promulgação de leis que foram aprovadas para impor moralidade pública, o princípio tem sido criticado por causa da maleabilidade e imprecisão do conceito de “dano”.³⁸ Muitas leis que parecem proibir condutas apenas para fazer cumprir os princípios morais podem ser facilmente reformuladas como decretos que visam evitar a concretização de danos indiretos. Assim, a professora Catharine MacKinnon argumentou que a regulamentação governamental da pornografia, que se pensava estar em desacordo com o princípio do dano, pode ser justificada por motivos moralmente neutros, pois é prejudicial às mulheres uma vez que perpetua o sexismo, promove a subjugação das mulheres e a desigualdade.³⁹ De forma semelhante, o ex-prefeito de Nova York Rudolph Giuliani justificou sua repressão aos sex shops e peep shows em Times Square, centrando-se sobre o dano indireto da sociedade que eles causam, e não em sua imoralidade.

Apesar das suas deficiências, o princípio do dano serve para limitar o poder de criminalização do governo, exigindo que o Estado forneça razões para se proibir condutas que sejam ge-

ralmente consideradas imorais. Em alguns casos, o Estado pode justificar a conduta que proíbe, apontando para a sua perigosidade evidente (dirigir alcoolizado, por exemplo) ou pela demonstração de que os benefícios a longo prazo de proscrever o que de outra forma, parece ser um ato inócuo justifica criminalizando tal conduta (que proíbe certas pornográfico materiais como forma de coibir o sexismo e as discriminações, por exemplo). No entanto, o governo ocasionalmente não era capaz de fornecer razões para criminalizar a conduta além de sua imoralidade percebida.

A proibição de certos atos sexuais fornece um bom exemplo disso. Na decisão histórica de *Lawrence vs Texas*, por exemplo, a Suprema Corte dos Estados Unidos teve que decidir se uma lei que considerasse crime a sodomia consensual violaria os interesses protegidos pela liberdade na Décima Quarta Emenda do devido processo legal. Em uma linguagem que espelha a formulação de Mill sobre o princípio do dano, o Tribunal justificou derrubando a legislação ao apontar que “o fato de que a maioria governamental um Estado tem tradicionalmente visto uma determinada prática como imoral não é uma razão suficiente para defender uma lei proibindo a prática.”⁴⁰

3.3.2. *O princípio do dano e a lei anti-crueldade*

O famoso jurista inglês Lord Devlin afirmou certa vez que as leis anti-crueldade foram decretadas apenas como forma de impor publicamente a visão amplamente compartilhada de que a dor injustificadamente infligida a um animal é imoral.⁴¹ Se a caracterização de Lord Devlin de tais leis é correta, criminalizar os maus-tratos de animais violaria o princípio do dano. Isso seria pôr em dúvida a legitimidade da promulgação dessa legislação.

A concepção de Lord Devlin sobre leis anti-crueldade não é de forma alguma universalmente realizada. Em uma famosa resposta a Devlin, H.L.A. Hart apontou que:

É muitas vezes assumido que, se uma lei não é projetada para proteger um homem de outro, a única lógica pode ser de que é concebida para punir a maldade moral ou, nas palavras de Lord Devlin, “para fazer valer um princípio moral.” Assim, pode-se dizer que as leis que punem a crueldade aos animais só podem ser explicadas dessa maneira. Mas certamente é inteligível, ambos como um agrupamento dos motivos originais que inspiraram tal legislação e como a especificação de um objetivo amplamente realizado para que seja vantajoso perseguir, para dizer que a lei está aqui preocupada com o sofrimento, embora apenas de animais, ao invés de com a imoralidade de torturá-los. Certamente ninguém que suporta esse uso do direito penal é, assim, ligado na consistência de admitir que a lei pode punir as formas de imoralidade que não envolvem sofrimento a qualquer ser senciente.

Assim, a legislação anti-crueldade não viola o princípio do dano, desde que seja interpretado o princípio como aquele que permite a justificável imposição de punição à conduta do agente que cause dano a outro ser senciente, ou seja, um ser humano ou animal.

4. Interesses que devem ser protegidos pela lei anti-crueldade: cinco teorias plausíveis

4.1. Proteção da propriedade

4.1.1. O argumento em favor da concepção das leis anti-crueldade como uma forma de proteger os interesses da propriedade

O Professor Gary Francione declarou recentemente que, “na medida em que a lei está em causa, animais não são mais do que commodities (bens).⁴² “Isto o levou e a muitos outros⁴³ a concluir que, para todos os efeitos legais pertinentes, os animais são tratados como propriedade. Como resultado, chegaria-se à conclusão de que a finalidade das leis anti-crueldade seria proteger

os interesses de propriedade dos seres humanos em relação aos animais.

A alegação de que o propósito de proibir práticas abusivas contra os animais seja proteger os direitos de propriedade encontra algum suporte histórico. Como foi discutido na Parte I deste artigo, a crueldade contra os animais não era um crime de direito comum. Na época, matar ou ferir um animal era considerado um delito apenas se fosse realizado cumulado com algum outro crime punível por lei comum. Se qualquer desses delitos fossem violados, seria normalmente um crime contra a propriedade, tais como invasão ou dano. Da mesma forma, a primeira lei anti-crueldade americana somente tornou punível a conduta de maltratar animais se fossem propriedade de outra pessoa. Portanto, o proprietário da criatura era originalmente livre para infligir dor em seu animal como bem entendesse.

Decretos recentes têm geralmente ampliado os crimes de forma a abranger a proteção da maioria dos animais, incluindo aqueles que não são de propriedade de outrem. Isto pode sugerir que, ao contrário de seus homólogos do século XIX, a moderna legislação anti-crueldade protege outros interesses que não a propriedade. Deve-se notar, no entanto, que alguns aspectos dessas leis parecem perpetuar a noção de que as leis anti-crueldade são promulgadas principalmente como forma de proteger a propriedade privada. Considere-se, por exemplo, como a proteção conferida a certos animais, como peixes ou pássaros, depende se eles pertencem a alguém ou não. A maioria dos dispositivos geralmente autoriza as pessoas a causarem dano a peixes ou pássaros enquanto envolver a prática de pesca ou caça.

Já que ninguém se preocupa com uma reivindicação de direitos destes animais, enquanto eles viverem em estado selvagem, o fato deles serem mortos ou pegos em armadilhas não afeta nenhum interesse de propriedade. No entanto, a proteção jurídica concedida a estas criaturas aumenta substancialmente, uma vez que o animal pertence a alguém. Assim, a aquisição de direitos de propriedade sobre esses tipos de animais tem um efeito sig-

nificativo de transformação. Antes de se tornarem propriedade privada, muitas pessoas são livres para prejudicá-los. No entanto, uma vez que alguém tem uma pretensão de direito sobre a criatura, ninguém, com a possível exceção do proprietário, pode legalmente maltratar o animal.

Vale ressaltar que, se a proteção pretendida pelas leis anti-crueldade é um interesse de propriedade, a vítima de tais crimes seria o proprietário do animal e não a própria criatura. Se concebido desta maneira, essas legislações não deveriam ser consideradas como estatuinto crimes sem vítimas. Além disso, se a razão para criminalizar os maus-tratos de animais é evitar danos à propriedade, a promulgação de leis anti-crueldade também satisfaz o princípio do dano.

4.1.2. O argumento contra a lei anti-crueldade como forma de proteger os interesses da propriedade

Mesmo que uma concepção baseada na propriedade de leis anti-crueldade adequadamente explique certas características dessas leis, ela não consegue dar conta de algumas de suas características mais distintas. Considera-se como exemplo a proteção significativa dada aos cães e gatos na maioria das jurisdições (maltratar um cão ou gato é considerado um crime em muitos estados, enquanto que maltratar algum outro animal não é). O maior grau de proteção oferecida a esses animais não depende se alguém é dono deles. Assim, torturar um cachorro de rua é considerado um crime na maioria dos estados, independentemente de alguém ter uma pretensão de direito sobre o animal.

Concepções baseadas na propriedade de leis anti-crueldade também são difíceis de conciliar com as leis que consideram crime incentivar briga de galos ou cães. Tal conduta é considerada um delito em todos os cinquenta estados.⁴⁴ Curiosamente, o ato continua sendo criminoso, mesmo que os proprietários dos animais voluntariamente decidam exercer a atividade. Uma vez que

estas leis protegem animais em circunstâncias em que isso possa ser prejudicial para os interesses pecuniários de seus proprietários, a proteção conferida neste contexto é incompatível com a posição de que leis anti-crueldade são efetuadas primariamente como uma forma de promover os interesses de propriedade.

Também deve ser notado que cada jurisdição torna crime os maus-tratos a animais de estimação por seus proprietários. A adoção deste tipo de legislação está em desacordo com uma concepção baseada na propriedade de leis anti-crueldade porque a proteção incondicional oferecida aos animais de estimação contra atos danosos de seus proprietários é contrária ao princípio geral do direito de propriedade que um proprietário tem o direito de fazer o que deseja a sua propriedade, inclusive destruindo ou danificando-o.

4.2. Proteção contra danos emocionais

4.2.1. *O argumento a favor da concepção das leis anti-crueldade como meio de proteger os humanos contra a imposição de danos emocionais*

Pode ser convincentemente argumentado que o objetivo principal de leis anti-crueldade seja impedir as pessoas de causar danos a pessoas com fortes laços emocionais com um animal maltratado. A teoria do “dano emocional” se encaixa em vários aspectos importantes com a abordagem baseada na propriedade às leis de crueldade contra animais. Uma vez que os donos de animais geralmente desenvolvem fortes laços emocionais com seus animais, eles normalmente vão ser os que mais sofrem quando alguém injustificadamente prejudica seus animais de estimação. Propriedade, no entanto, não é necessariamente determinante para saber se alguém tem desenvolvido uma estreita relação emocional com o animal. É fácil imaginar casos em que o proprietário da criatura não tem apego afetivo ao seu animal de

estimação. Da mesma forma, podem-se conceber muitos casos em que alguém que não seja o proprietário tenha cultivado uma estreita ligação sentimental com o animal. Como resultado, a propriedade é normalmente, embora não necessariamente, indicativo de um vínculo emocional significativo com o animal. No entanto, sob essa concepção de leis anti-crueldade, a finalidade última dessas leis é proteger as pessoas de sofrerem danos emocionais, e não para salvaguardar os interesses dos seus bens.

A abordagem de danos emocionais às leis de crueldade contra animais é particularmente oportuna para explicar o elevado nível de proteção jurídica, que é tradicionalmente oferecida aos animais de companhia. Segundo a Sociedade Americana para a Prevenção da Crueldade contra os Animais (ASPCA), animais de companhia são “animais domesticados ou domésticos de raça cujas necessidades comportamentais físicas, emocionais, e sociais podem ser facilmente cumpridas, facilitando que sejam companheiros na casa, possuindo um relacionamento diário perto dos seres humanos”.⁴⁵ Esta definição é similar às adotadas na maioria dos ordenamentos jurídicos nos Estados Unidos.⁴⁶ Assim, por definição, animais de companhia são aqueles seres que são mais propensos a ter relações estreitas e significativas com os seres humanos. Conseqüentemente, se alguém acredita que o principal objetivo de leis anti-crueldade é impedir as pessoas de se envolver em condutas que podem romper a forte ligação que une os animais e os seres humanos, faz mais sentido para proteger animais de companhia do que as outras criaturas.

Assim concebidas, as leis de crueldade contra os animais parecem satisfazer o princípio do dano, pela razão principal de que criminalizar condutas pode evitar danos emocionais a terceiros. Além disso, essas leis não criariam crimes sem vítimas, já que há uma vítima cujos interesses são justificados por punir aqueles que infringem a norma contra quem prejudicar os animais - os humanos, com laços estreitos com a criatura.

Esta parece ser a concepção de leis anti-crueldade que o tribunal inferior tinha em mente em *García*, em que parecia sugerir que as ações do réu evidenciaram um maior grau de crueldade, porque elas foram calculadas para infligir sofrimento na pessoa com maiores laços emocionais com o peixinho de estimação: Juan. Centrando-se sobre o impacto que a conduta do agressor teve sobre o menino, em vez de os danos que o ato causou ao animal, o tribunal se posicionou claramente no sentido de que objetivo principal da lei é evitar o sofrimento humano, não para proteger os animais de inflições injustificáveis de dor.

4.2.2. O argumento contra a concepção das leis anti-crueldade como meio de proteger os humanos contra a imposição de danos emocionais

A proposição de que a finalidade de leis anti-crueldade é proteger os humanos dos danos emocionais não pode ser facilmente reconciliada com a ampla gama de típicas leis anti-crueldade. Tomemos, por exemplo, a lei de Dakota do Sul sobre crueldade animal. Esta lei torna crime prejudicar quaisquer “mamíferos, aves, répteis, anfíbios ou peixes” ao incorrer em todo ato “ou omissão pela qual a dor física ou sofrimento, inclusive atos de mutilação, seja, de forma desnecessária, injustificável ou não razoável, causada, permitida ou autorizada”.⁴⁷ A lei protege muitos animais, como répteis e anfíbios, que normalmente não têm relações cotidianas próximas com os humanos. Dando proteção legal a esses animais é difícil de explicar, em uma abordagem segundo a teoria de “dano emocional”, as leis anti-crueldade. Além disso, maltratar cães e gatos abandonados é considerado crime, mesmo que ninguém desenvolva uma forte ligação emocional com os animais. Este é o caso, mesmo se a maioria ou todos os membros da comunidade desprezam o ser prejudicado. Considerando a lei em pauta, mesmo assim os animais são considerados dignos de proteção jurídica.

Finalmente, a abordagem de “danos emocionais” às leis anti-crueldade não pode explicar satisfatoriamente a proibição generalizada de rinhas de cães e galos. A maioria das pessoas que participam deste tipo de atividade trata os animais envolvidos quer como fonte de renda ou como entretenimento. Além disso, eles são, evidentemente, cientes do fato de que muitos dos animais irão sofrer grande dor e/ou morte, como resultado das lutas. Uma vez que as pessoas envolvidas nestes esportes tratam os animais envolvidos como objetos descartáveis que existem apenas para gerar dinheiro ou prazer, não se pode dizer que a principal razão para a criminalização da luta de cães ou galos é evitar danos psicológicos àqueles que desenvolveram laços estreitos com os animais. Nestes casos, a conduta é crime, apesar do fato de que as pessoas geralmente associadas a estes eventos não sofrem quando os animais estão com dor. Tipicamente, o oposto parece ser verdade: eles gostam de assistir as criaturas sofrerem.

4.3. Prevenção de danos futuros para os Seres Humanos

4.3.1. *O argumento a favor de conceber a lei anti-crueldade como um meio de prevenir futuros danos aos seres humanos*

Talvez a crença dominante no que diz respeito às leis anti-crueldade é que elas são promulgadas como forma de identificar e neutralizar pessoas supostamente perigosas, antes que elas se envolvam em atos que são prejudiciais aos seres humanos. As raízes filosóficas do “futuro dano”, ponto de vista que remete a Immanuel Kant, com sua famosa frase que afirma: “quem é cruel com os animais torna-se difícil também no trato com os homens. Podemos julgar o coração de um homem pelo seu tratamento para com animais”⁴⁸

Defensores desta abordagem da lei anti-crueldade acreditam que criminalizar os maus-tratos a animais é garantido porque “aqui é ampla a evidência para sugerir que os indivíduos que se envolvem em atos de crueldade contra os animais têm maior probabilidade de cometer atos de violência contra pessoas em comparação com indivíduos que não têm histórico de cometer atos de violência contra os animais”.⁴⁹ Essa concepção é tão prevalente que muitas organizações dedicadas à proteção dos animais defendem como um esforço para justificar a promulgação da ampla campanha anti-crueldade na legislação. A campanha chamada *First Strike*, apresentada à sociedade, constitui um exemplo. O objetivo deste programa é reduzir o abuso de animais por “sensibilizar a opinião pública e de profissionais sobre a crueldade e violência contra animais, e a conexão que há entre a violência contra os animais e outros crimes, para ajudar as comunidades a identificar algumas origens desta violência e preveni-la”.⁵⁰

Isto é muito importante para evidenciar e demonstrar a correlação existente entre a violência contra animais e outras formas de violência. Confirmação anedótica deste. Alguns dos mais famosos assassinos em série, incluindo Jeffrey Dahmer, o Filho de Sam, o Estrangulador de Boston e Ted Bundy tinham um histórico de abuso de animais.⁵¹ A evidência empírica também parece comprovar a correlação. Segundo alguns estudos, “indivíduos que abusam de animais são cinco vezes mais propensos a cometer crimes violentos... [E] quatro vezes mais propensos a cometer crimes contra a propriedade do que aqueles que não maltratam os animais”.⁵²

A adoção da concepção de danos futuros aos animais nas leis anti-crueldade deveria levar à punição apenas dos atos que mostrarem uma correlação da violência interpessoal. Isso pode explicar por que normalmente não é considerada criminosa a conduta que prejudica os animais durante o curso de certas atividades, como caça, pesca e agricultura. Como não há ligação significativa entre envolvimento nessas atividades e violência

contra as pessoas, aqueles que acreditam que as leis anti-crueldade devem ser adotadas como uma forma de evitar futuros danos aos seres humanos, não têm razões legítimas para punir esta conduta.

O tribunal García reconheceu expressamente que uma das considerações que motivaram a adoção da Lei Anti-crueldade de Nova York foi a ligação entre o abuso de animais e crimes violentos. Isso foi uma preocupação proeminente de legisladores desde que o então governador Pataki defendeu as alterações propostas das leis anti-crueldade, apontando que os atos “horríveis [da tortura sofrida pelos animais], considerando os estudos recentes que revelam uma correlação entre a violência contra animais e futuros atos de violência contra seres humanos, aumentam a necessidade de elevar as penas para crueldade contra os animais.”⁵³

4.3.2. O argumento contra a concepção da lei anti-crueldade como um meio de prevenir futuros danos aos seres humanos

De acordo com a concepção de danos futuros, a lei anti-crueldade tem a finalidade de promulgar dispositivos que criminalizam o abuso de animais identificando indivíduos perigosos antes de os mesmos decidirem prejudicar um ser humano. Se esse fosse o caso, a justificativa da adoção de tais leis seria questionável, pois isso violaria o princípio do dano. Na medida em que o objetivo de prevenir possíveis danos – danos futuros aos seres humanos – criminalizar a crueldade contra os animais nem sempre traz um resultado, pois não se pode considerar que tal conduta é proibida porque provoca danos diretos aos outros, como o princípio do dano exigiria. Além disso, a legislação seria um meio para a criação de um crime sem vítima se fossem estatuídos os maus tratos de animais unicamente por causa de sua correlação com a violência interpessoal.

Ao verificar que o propósito das leis anti-crueldade é evitar prejuízo para a vítima no futuro, o legislador está dando a en-

tender que a conduta presente do agressor ainda não interfere nos interesses pessoais. Como foi discutido anteriormente, a legitimidade de se proibir uma conduta que não viole os direitos de uma vítima não é clara.

A concepção de danos futuros leva inevitavelmente a desviar o foco destas leis de evitar danos a animais, para neutralizar indivíduos presumivelmente perigosos. Portanto, segundo alguns autores, a decisão de criminalizar o tratamento abusivo dos animais como uma forma de evitar danos futuros possíveis para os seres humanos se baseia no reconhecimento “de que a solução para uma sociedade violenta não está na caracterização da vítima, mas nas características do infrator”.⁵⁴ Isso pode explicar por que o tribunal García sugeriu que a chave para determinar se o réu deve ser condenado por um crime porque seu ato evidenciou um elevado grau de crueldade, exigiu um exame de seu estado de mente, em vez de uma avaliação da quantidade de dor infligida ao peixinho de estimação. Se o objetivo principal da lei anti-crueldade fosse o de evitar futuros danos aos seres humanos, a gradação da punição para o abuso de animais deveria ser proporcional à perigosidade percebida do ofensor, e não quanto à angústia real sofrida pela criatura. Isso é um pouco contra-intuitivo. Por que uma conduta de crueldade agravada dependeria de nada além de uma avaliação do grau e extensão do sofrimento da vítima?

Também é importante ressaltar que a concepção de danos futuros referente às leis que proíbem o abuso de animais, não pode explicar satisfatoriamente duas características distintivas da legislação anti-crueldade moderna, ou seja, a criminalização dos maus tratos negligentes de animais de estimação a proibição de briga de galos. Estudos empíricos demonstram que existe uma correlação entre atos intencionais de crueldade contra animais e violência interpessoal. Assim, os pesquisadores têm sido rápidos em apontar que muitos dos assassinos têm uma história de prejudicar dolosamente os animais, por exemplo, colocá-los no fogo.⁵⁵ No entanto, não há nenhuma relação comprovada en-

tre os maus tratos negligentes de animais de estimação e futuros atos de violência contra seres humanos.⁵⁶ A pessoa que, por descuido, se esquece de manter seu animal de estimação alimentado durante um período de férias é culpado de abuso de animais, apesar do fato de que a realização de tal conduta não aumenta substancialmente a probabilidade de que o dono do animal irá prejudicar um ser humano no futuro.

Da mesma forma, participar de briga de galos é um crime, embora as pessoas envolvidas não sejam tipicamente mais propensas a se envolver em crimes interpessoais violentos do que aqueles que não participam de tais atividades. A ausência de uma correlação entre a participação em brigas e violência contra os seres humanos é particularmente evidente no caso dos muitos latinos que veem a prática de criação e treinamento de galos de briga como uma tradição familiar e cultural.⁵⁷ Seria absurdo argumentar que os latinos que participam de briga de galos são mais propensos a infligir danos aos seres humanos do que as pessoas comuns. Assim, a concepção de danos futuros das leis anti-crueldade é uma base particularmente fraca para explicar a criminalização da briga de galos. Parece óbvio que tais espetáculos são proibidos, a fim de evitar danos injustificáveis aos animais, não como um meio de prevenir possíveis danos futuros aos seres humanos.

4.3.3. O argumento a favor de conceber a lei anti-crueldade como um meio de impor um princípio moral

Vários tribunais e autores (mais notavelmente, Lord Devlin) têm postulado que o objetivo principal da legislação anti-crueldade é promover uma visão moral realizada por uma maioria da população.⁵⁸ Os defensores da concepção da “execução pública de moralidade” argumentam que a imoralidade percebida na conduta justifica a sua criminalização.

Esta concepção é atraente porque a maioria das pessoas acredita que infligir danos injustificadamente em um animal é imo-

ral. Assim, a elegância dessa visão reside na sua simplicidade. Por que não temos de criminalizar o que a maioria, se não todos, julgam ser um curso de ação moralmente questionável?

Outra vantagem da execução pública da concepção moral é que pode explicar satisfatoriamente por que ela geralmente não é considerada criminosa para prejudicar os animais durante o curso de certas atividades como a pesca e a caça. Uma vez que a maioria das pessoas considera que a pesca e a caça constituem instâncias de comportamento moralmente aceitáveis, nenhum princípio moral seria promovido pela tal conduta.

Este ponto de vista da legislação contra crueldade aos animais também tem sucesso onde a maioria das outras abordagens falha. A criminalização da luta de cães e brigas de galos é facilmente explicável sob essa concepção. Estas atividades não eram consideradas criminosas no passado, porque naquela época não havia um claro consenso sobre se engajar-se ou não em tais comportamentos poderia ser considerado imoral. No entanto, como o tempo passou e os valores sociais mudaram, diferentes grupos de pessoas entraram num consenso sobre a imoralidade de abuso animal. A cristalização deste consenso moral pavimentou o caminho para a proibição desta conduta em tempos modernos.

4.3.4. O argumento contra a concepção da Lei anti-crueldade como meio de impor um princípio moral

A principal objeção que pode ser levantada contra a imposição pública sobre a concepção moral das leis contra crueldade aos animais é que a maioria dos tribunais e autores na doutrina acredita que o fato de que a maioria da população acredita que um determinado ato imoral em si não é razão suficiente para criminalizar a conduta. Vale a pena repetir o princípio estabelecido pela Suprema Corte em *Lawrence vs Texas*: “[O] fato de a maioria governar um Estado que tradicionalmente vê uma determinada prática como imoral não é uma razão suficiente para defender uma lei que proíba a prática”.

Além disso, essa concepção de legislação anti-crueldade é totalmente incompatível com o princípio do dano. Levar este princípio a sério exige que se deve proibir apenas condutas que interfiram nos direitos dos outros. No entanto, ninguém tem o direito de ter seus próprios pontos de vista morais estatuídos publicamente por meio do direito penal. Este é o caso mesmo quando os princípios morais de uma pessoa coincidem com aqueles seguidos por uma parcela substancial da população. As pessoas não devem ter de suportar o castigo da privação de liberdade e/ou propriedade que ela implica só porque muitos contestam sua conduta em bases puramente morais. Em uma sociedade tolerante e pluralista, algo além da imoralidade percebida na conduta do agente deve ser mostrado antes que consideremos esse indivíduo um criminoso.

5. Prevenção de danos aos animais

5.1. O argumento a favor da concepção da lei anti-crueldade como um meio de prevenir danos aos animais.

Talvez o interesse a ser protegido por leis anti-crueldade seja a prevenção dos danos causados aos animais. Afinal de contas, estas leis são normalmente referidas como leis contra a crueldade animal. Há muito que comentar sobre a visão de que estas leis objetivam proteger os animais de injustificável imposição de dor. Para começar, ela parece explicar as características mais salientes da legislação anti-crueldade moderna. As decisões de criminalizar os maus-tratos negligentes contra animais de estimação e proibir rinhas de cães e galos pode ser facilmente contabilizadas segundo esta concepção. Na medida em que os maltratos negligentes fazem com que eles sofram desnecessariamente, é perfeitamente sensato proibir tal conduta, a fim de proteger tais seres. Da mesma forma, dado que os cães e galos usados em

lutas podem suportar quantidades incríveis de dor, existem razões legítimas para proibir as lutas como um meio de promover a proteção dos animais envolvidos.

Além disso, contrariamente à imposição pública da visão moralista, o conceito de leis anti-crueldade discutido nesta seção é compatível com o princípio do dano. Como H.L.A. Hart sublinhou, com razão, criminalizar o abuso de animais não viola este princípio, contanto que seja interpretado de tal forma que permita a criminalização da conduta humana que prejudique um ser senciente. A proibição da conduta que interfira nos interesses fundamentais de outrem é universalmente considerada legítima. Assim, desde que consideremos que os animais tenham interesses dignos de proteção legal, não deve haver nenhuma objeção a que seja proibido o abuso de animais. Felizmente, a maioria das pessoas agora acredita que os animais têm interesse em ser mantidos livres de sofrimento desnecessário. Este interesse básico decorre da senciência de um animal, ou seja, de sua capacidade de sentir dor. Na medida em que a nossa experiência leva-nos a concluir que sentir dor é uma ocorrência desagradável, temos boas razões para abster-nos de causar dor a outros seres, humanos ou não.

Enquanto as leis anti-crueldade são concebidas como leis que protegem os animais do sofrimento direto duradouro, seus dispositivos não constituem crimes sem vítimas. Assim concebida, a vítima legalmente protegida seria a criatura prejudicada pela conduta do agressor. Alguns se oporiam a essa conceituação de vítima, apontando que apenas os seres humanos devem se qualificar como vítimas.⁵⁹ Este argumento somente seria válido, no entanto, se houvesse alguma característica distintiva humana para além da capacidade de sentir dor que pudesse justificar os seres humanos gozarem de uma maior proteção legal do que animais. Professor Dubber acredita que a capacidade humana de exercer autonomia sobre suas vidas garante esse tratamento tão diferenciado.⁶⁰ O problema com relação a este argumento é que os humanos são considerados vítimas, mesmo que eles não

tenham capacidade para exercer sua autonomia significativa. Uma criança recém-nascida, por exemplo, não tem maior capacidade de autonomia que um cão ou um macaco. No entanto, se alguém causasse dano a uma criança, ninguém seriamente afirmaria que ela não deveria ser considerada vítima de um crime. Então parece que, em casos como estes, a característica definidora de vítima é a senciência, não autonomia.

No entanto, isso não significa que nunca há boas razões para discriminar legalmente humanos e animais. Poderia ser argumentado de forma coerente, por exemplo, que, à luz da sua capacidade única para a autonomia, os seres humanos nunca devem ser considerados propriedade de ninguém. Contudo, partindo-se do fato de que os animais, presumivelmente, não entendem ou se preocupam com noções de propriedade, os seus interesses em não ser considerados propriedade são indiscutivelmente mais fracos do que os interesses dos seres humanos sobre o mesmo assunto.

Alguns estudiosos, como Gary Francione, argumentam que existe a chamada “autonomia animal”, sendo que tais espécies devem ser dignas de proteção legal.⁶¹ Se este fosse o caso, as razões para discriminar animais e seres humanos, pelo menos com relação às questões sobre a legitimidade de ter posse sobre tais seres, desapareceriam. No entanto, não é preciso concordar com esta proposição a fim de defender a noção de que os animais devem qualificar como vítimas. Para este fim específico, a sua capacidade de sentir dor parece suficiente.

5.2. O argumento contra a concepção da lei anti-crueldade como um meio de prevenir danos aos animais

A concepção de que leis anti-crueldade são promulgadas como forma de proteger os animais contra a imposição injustificada de dor parece entrar em conflito com certas características

dessas leis. Particularmente difícil de explicar sob este ponto de vista é o fato de que não é um crime punível prejudicar um animal durante o curso das atividades de pesca ou caça. Se estas leis realmente visam evitar danos aos animais, o que poderia justificar o interesse superior de prejudicá-los durante o curso das atividades de pesca ou caça?

Embora possa ser argumentado como justificativa os interesses econômicos e de entretenimento promovidos por essas atividades, muitos acham essas razões insatisfatórias. No entanto, seria errado concluir que, à luz dessas considerações, o objetivo das leis anti-crueldade não é a proteção dos animais. Pode-se argumentar que, embora essas leis de fato protejam os animais, elas atribuem muito peso à compensação de interesses que possa justificar uma infração. Assim, o problema não reside no propósito da lei, que é em grande parte salutar, mas no escopo das razões que possam justificar o que de outra forma, constitui uma infração nominal da lei. A fim de compreender plenamente esse argumento, uma discussão sobre a estrutura de infrações penais, em geral, e de leis anti-crueldade, em particular, se justifica.

6. Atividades prejudiciais aos animais isentas de punição e a estrutura de infrações penais e leis anti-crueldade

6.1. A Reclamação

Na medida em que as leis anti-crueldade estão cheias de exceções que permitem que as pessoas causem danos aos animais, os estudiosos do direito dos animais frequentemente alegam que isso demonstra que tais dispositivos são decretados para garantir que os seres humanos continuem a explorar, em vez de proteger os animais.⁶² A aceitação desta proposição tipicamente leva a interpretações ímpares de leis contra a crueldade animal. Tomemos, por exemplo, os pontos de vista defendidos pela pro-

fessora Taimie Bryant em um artigo recente. Ao discutir a forma como o código penal lida com os casos envolvendo maus-tratos a galinhas poedeiras, ela afirma que:

A lei não identifica como cruel as práticas que diretamente causam seu sofrimento. Se o sofrimento dessas galinhas é considerado “necessário” para os ovos fornecidos aos seres humanos, então este sofrimento simplesmente não é levado em conta em termos legais, nem o sofrimento dos seres humanos que se preocupam com tal sofrimento.⁶³

Esta leitura demonstra a estrutura conceitual das infrações penais, confundindo a acusação (se o sofrimento das galinhas “conta” como um dano juridicamente relevante) e defesa ou excludente (se existem razões que justifiquem a imposição de sofrimento juridicamente relevante) como dimensões das leis crueldade animal. Isso, por sua vez, leva a uma incapacidade de compreender o sentido comunicativo das exceções que afligem as leis que proíbem o abuso de animais.

No restante desta seção, a estrutura de crimes puníveis é explorada em uma tentativa de (1) comprovar que a leitura supracitada sobre infrações de crueldade contra animais é equivocada e (2) demonstrar por que não é verdade que as exceções que afligem essas leis revelam que elas são principalmente promulgadas mais pelo bem-estar humano em vez de proteger os animais de dano injustificável.

6.2. Uma cartilha sobre a Estrutura Conceitual de infrações penais

6.2.1. *Acusação x Defesa quanto à dimensão de crimes puníveis e a distinção quanto à excludente*

Crimes puníveis têm tanto uma dimensão de defesa quanto uma dimensão de acusação.⁶⁴ Uma pessoa que se envolve em conduta que satisfaça os elementos de um delito se auto incrimina.⁶⁵ Assim, David incrimina a si próprio se mata um ser huma-

no, isto é, ele satisfaz os elementos do delito de homicídio. Além disso, uma pessoa que realiza um ato que satisfaça os elementos de um delito realiza uma conduta que é *prima facie* ilegal.⁶⁶ Consequentemente, o ato de David de matar um ser humano é ilegal.

Isto, naturalmente, não significa que a conduta que satisfaça os elementos de um delito é necessariamente ilegal. Um agente pode fugir às suas responsabilidades, apesar de não ter infringido os elementos de um delito, se ele pode pleitear com sucesso sua defesa.⁶⁷ Portanto, se David pode demonstrar que agiu em legítima defesa, ele não vai ser punido mesmo que uma conduta que foi, *prima facie*, ilegal. A presença de condições de exclusão, como a legítima defesa, transforma o ato *prima facie* ilegal do agente em uma conduta legal.⁶⁸

Note-se que a conduta pode ser considerada legítima ou porque ela não incrimina o agente, isto é, não satisfaz os elementos de uma infração, ou porque ele deve ser inocentado, à luz da presença de circunstâncias que proporcionam ao autor razões para a prática do ato ilícito *prima facie*, ou seja, uma excludente de ilicitude. Seria um erro, contudo, concluir que a absolvição do agente em ambos os casos significa a mesma coisa. A próxima subseção irá demonstrar a diferença fundamental entre a conduta que não é ilícita, pois não preenche os elementos de um delito e conduta que é lícita, porque se justifica. Esta distinção revela-se crucial para uma análise adequada da estrutura e do significado de crimes de crueldade.

6.2.2. O Significado comunicativo da Distinção de Excludente

6.2.2.1. *Condutas danosas vs Condutas legais não-danosas*

O significado comunicativo da distinção pela excludente pode ser ilustrado através da análise da diferença entre os atos de atirar em um pedaço de papel e atirar em uma pessoa em

legítima defesa.⁶⁹ O ato de atirar em um pedaço de papel é legal, porque não preenche os elementos de um crime descrito por nossas leis. Uma vez que esta conduta não é proibida, a sua prática não causa dano a nenhum interesse protegido pela lei. Assim, o ato de atirar em um pedaço de papel, como qualquer outra conduta que não satisfaz os elementos de um delito, é irrelevante para o direito penal.

Atirar em um ser humano em legítima defesa também é legal. No entanto, em contraste com o ato de atirar em um pedaço de papel, este comportamento satisfaz os elementos de um crime: assalto.⁷⁰ Uma vez que esta conduta é proibida, a realização interfere em um interesse que é protegido pela lei: integridade física. Obviamente, o prejuízo causado à pessoa que foi baleada conta como dano na medida em que se considera a letra da lei. Portanto, o ato de atirar em uma pessoa é relevante para o direito penal, mesmo que ele não seja ilegal, já que a legítima defesa é uma circunstância justificativa.

Como se pode ver, esses atos são lícitos devido a razões muito distintas. O ato de atirar em um pedaço de papel não satisfaz os elementos de uma infração, porque não causa dano a um interesse que a lei pretende proteger. Assim, a lei não nos fornece razões para se abster de se envolver no ato. Ao contrário, o ato de atirar em uma pessoa em legítima defesa satisfaz os elementos do crime de assalto e fere um dos mais importantes interesses protegidos pelo direito penal. Uma vez que essa conduta é prejudicial, a lei nos dá boas razões para não se envolver no ato (proteger a vida ou a integridade física), mesmo que isso estivesse justificado.

6.2.2.2. *Razões e distinções crimes/ Excludente*

- Outra maneira de interpretar a distinção entre crime e excludente de criminalidade é examinando as diferentes maneiras que essas categorias procuram moldar a conduta humana. Ao cri-

minalizar as ofensas, nós fornecemos às pessoas razões para que elas não se engajem no curso da ação proibida. Criminalizando as condutas danosas, objetiva-se evitar que as pessoas cometam atos proibidos pelo ordenamento.⁷¹ Veja, por exemplo, o delito de incêndio criminoso. Quando se proíbe o ato de colocar fogo na propriedade de alguém sem o seu consentimento, a sociedade tem um motivo forte para se voltar contra o envolvimento neste tipo de conduta. Assim, se Randy perguntasse a Ralph se ele deveria queimar o milharal de Sasha, Ralph poderia coerentemente apontar para o fato de que isso iria satisfazer os elementos de um crime como uma razão sólida para que Randy não se envolvesse na conduta.

Ao contrário, a lei não prevê razão alguma contra se envolver em conduta que não constitui uma infração. Assim, a lei não prevê nenhuma razão que possa obstar a decisão de Sasha de queimar o seu próprio campo para construir um estábulo, pelo fato de esta conduta não preencher os elementos de um delito.⁷² Embora as pessoas possam ter uma infinidade de motivos para opor-se à decisão de Sasha de queimar seu milharal, isso não pode tornar a decisão de Sasha uma conduta ilegal.

As excludentes, por outro lado, não nos dão razões para se abster de realizar determinado ato. Quando se reconhece a existência de uma excludente, pretendemos proporcionar às pessoas boas razões em favor de se envolver em conduta que não satisfaça os elementos de um delito. Portanto, as justificativas nos fornecem “razões legalmente admissíveis em favor de [agindo em] não-conformidade com a norma”.⁷³

Supondo, por exemplo, que agora Randy perguntou a Ralph se ele poderia queimar o milharal de Sasha a fim de criar uma barreira que pudesse impedir três casas de serem engolidas pelas chamas. Desta vez, Ralph poderia responder afirmando que a existência de circunstâncias de excludente (necessidade/escolha de males) fornecem a Randy boas razões para queimar o milharal, mesmo cometendo um ato que viola os elementos do delito de incêndio criminoso.

Deve-se notar, entretanto, que o fato de que as excludentes nos fornecem boas razões para certa conduta não significa que as razões que o crime oferece contra a realização da conduta magicamente desapareçam.⁷⁴ Assim, afirma-se que:

[...] quando alguém alega uma excludente, ela está afirmando que as razões favoráveis de se conduzir como ela fez, faz com que ela fique invicta com relação às razões contrárias. As razões contrárias são aquelas que fazem de sua conduta um crime. Elas não desapareceram. Elas ainda fazem de sua conduta um crime. Mas as razões favoráveis prevalecem e a tornam uma excludente (e, portanto, um dos motivos pelos quais ela deve ser absolvida).⁷⁵

Partindo-se do fato de que o crime fornece razões para a abstenção de se envolver em um ato que não seja abarcado por excludentes, algumas razões residuais para a não realização da conduta permanecem mesmo que o ato, em última análise, seja justificado. Consequentemente, embora a questão da necessidade forneça a Randy boas razões para queimar milharal de Sasha, o fato de que fazê-lo infringe os elementos do delito de incêndio criminoso ainda nos fornece algumas razões residuais contra a realização da conduta justificada. No entanto, dado que estas razões residuais (salvar o milharal) não possuem força suficiente para superar as razões em favor de se envolver em conduta permitida por excludente (salvar três casas), queimando milharal de Sasha, em tal caso não pode ser considerada criminosa.

6.2.2.3. Atos legais lamentáveis x atos legais não lamentáveis

Enquanto razões residuais contra a realização de um ato que constitui crime não fornecer motivos suficientes para criminalizar a conduta que se justifica, elas também não fornecem boas razões para que alguém sinta arrependimento por ter se envolvido em tal conduta. Temos motivos para lamentar a conduta porque, considerando todas as coisas, “teria sido melhor... se

não tivesse havido ocasião para cometer [o ato]...se a sua ação foi justificada ou não “.76 Portanto, a conduta justificada por excludente, embora legal, é lamentável, pelo fato de os danos decorrentes da infração não serem apagados apenas pela existência de circunstâncias de excludente.

Em um artigo recente, Professores Michelle Dempsey e Jonathan Herring convincentemente argumentaram que “o delito justificado *prima facie* deixa um resíduo de arrependimento moral” e que o arrependimento produzido tem uma significativa “força racional”.77 Este lamento tem força racional porque gera razões legais “para preferir alternativas menos injustas a fim de garantir os valores que justificam a conduta *prima facie* injusta”.78

Suponha, por exemplo, que a lei não impõe o dever de retiro como um pré-requisito para o uso da força justificável em legítima defesa. Em tal jurisdição, Sandra poderia justificadamente matar Laura, a fim de repelir seu ataque ilegal mortal, mesmo que ela pudesse ter evitado ferimentos ao se retirar para um lugar seguro. No entanto, considerando que o ato de matar Laura satisfaça os elementos do delito de homicídio, Sandra tem um bom motivo (salvar a vida de Laura) para abster-se de realizar a conduta justificável. Embora as razões contra a participação na conduta que representa o delito não sejam de peso suficiente para que Sandra fizesse uso de força letal criminal justificável, estas razões fornecem a ela motivos para se arrepender de matar Laura. Além disso, esses motivos de arrependimento residuais oferecem a Sandra razões para tentar evitar o ataque ilegal ao se retirar, embora não seria criminoso para ela decidir repelir o ato de matar Laura em legítima defesa. Curiosamente, os mesmos motivos que o crime oferece contrários em matar Laura em legítima defesa em primeiro lugar – a proteção da vida humana – são os que aconselham a favor de tentar evitar o ataque por alternativas menos nocivas.

Por outro lado, atos que não satisfazem os elementos de um delito não geram razões para lamentar a conduta. Como resulta-

do, uma pessoa que se envolve em uma conduta que não constitui crime não tem nenhuma razão para a busca de alternativas menos prejudiciais para atingir o que ele ou ela pretende realizar através da realização do ato.⁷⁹ Por exemplo, a lei não pune alguém que atira em um pedaço de papel, ou seja, ele não tem razões para sentir arrependimento por ter se conduzido desta maneira. Assim, não há razão para uma pessoa tentar fazer uso de outros meios menos prejudiciais, a fim de alcançar o que quer que ele ou ela pretenda realizar, atirando no pedaço de papel (tiro ao alvo, por exemplo).

6.3. A Natureza Supra-Legal da Distinção CRIME/Excludente

Em algumas ocasiões, o direito positivo distingue claramente fatos e justificativas. Este é tipicamente o caso no que diz respeito à conduta que é regulada no código penal da maioria das jurisdições. Normalmente, os códigos penais são divididos em uma “parte especial” e uma “parte geral.” A parte especial contém crimes, a ação/omissão que é considerada como *prima facie* injusta. A parte geral, por outro lado, contém uma série de doutrinas sobre responsabilidade criminal que, em princípio, se aplicam a cada prática de uma infração.⁸⁰ Aqui, pode-se normalmente encontrar disposições que tratam da dimensão da defesa dos delitos e, conseqüentemente, das excludentes.

A parte especial do Código Penal contém uma longa lista de delitos e a parte geral geralmente contém um catálogo de situações excludentes (legítima defesa, estado de necessidade, deveres aplicação da lei, etc), e a distinção crime/excludente é muitas vezes claramente refletida na lei de qualquer ordenamento jurídico. A lei penal de New York, por exemplo, faz uma distinção entre “disposições gerais” (ou seja, a “parte geral”) e “crimes específicos” (ou seja, a “parte especial”).⁸¹ Assim, a lista de atos que são considerados *prima facie* ilegais está regulamentada na

parte de “crimes específicos” do Direito Penal, enquanto que as circunstâncias que permitem a justificativa que de outra forma constituem um ato ilícito são fornecidas na parte geral, ou seja, nas “disposições” do código.

Uma tal estrutura organizacional das leis penais em geral torna mais fácil diferenciar fatos e justificativas. Como exemplo, uma decisão jurisprudencial de Nova York revela que quem mata um ser humano em legítima defesa comete o delito de homicídio.⁸² Sendo esta conduta um crime, existem razões sólidas contra a prática do ato. Apesar disso, o uso da força em legítima defesa não é considerado um ato criminoso nos termos da lei de Nova York, porque é justificado.⁸³ Assim, embora o fato de que tal conduta que infringe os elementos de um delito forneça razões para se abster de cometer ato, a existência de circunstâncias excludentes faz desta conduta um ato não ilegal.

Infelizmente, as aparências legislativas às vezes podem ser enganosas, pelo fato de que leis criminais nem sempre diferenciam claramente entre a conduta que é legal, porque não satisfaz os elementos de um delito, e conduta que é legal, porque é justificada. A disposição do Código Penal da Califórnia que define o assassinato é o principal exemplo. De acordo com este código, homicídio “é a morte ilegal de um ser humano, com dolo”.⁸⁴ O que torna esta disposição problemática é que ela infelizmente combina as dimensões desfavoráveis e defesa do crime, especificando que o assassinato é um “homicídio ilegal”.

Considerando que mortes justificadas são, por definição, legais, segue-se que as mortes que são produzidas como resultado do uso justificado da força não satisfazem a definição de assassinato na Califórnia. À primeira vista, poderíamos ser tentados a concluir que, na Califórnia, causar a morte de uma pessoa em legítima defesa é lícito porque não satisfaz os elementos de assassinato. Portanto, pode-se argumentar que uma pessoa que mata outra em legítima defesa não cometeu nada de errado, *prima facie*, já que está na necessidade de excludente.⁸⁵

Embora sedutora, esta compreensão da distinção crime/excludente é profundamente errada. Se a distinção deve ser sobre qualquer consequência, os delitos e excludentes devem ser entendidos como categorias conceituais que nos ajudam a apreciar melhor a estrutura geral de crimes puníveis, não como rótulos que podem ser legislativamente definidos de tal forma que a distinção entre essas categorias seria um esforço inútil. A razão pela qual tanta atenção tem sido dada à dicotomia crime/excludente neste artigo é porque podemos aprender algo sobre a lei moral e sociedade, por meio da compreensão da distinção. Assim, usando os termos “crime” e “excludente”, eu faço afirmações gerais sobre a natureza e a estrutura de crimes puníveis na nossa sociedade, e não sobre a maneira particular que as legislações, como a da Califórnia, elaboram o crime de homicídio.

Portanto, é claro que a distinção crime/excludente a que eu me refiro é supra-legal na natureza. De acordo com esse entendimento da distinção, que é amplamente compartilhada por teóricos e filósofos criminais, a maneira pela qual uma lei foi redigida não é determinante quando se verifica se uma conduta deveria ser considerada legítima, porque não constitui uma infração, ou porque é justificada.⁸⁶

Uma vez que as formulações legais de crimes às vezes podem ser enganosas, é necessária a elaboração de padrões supra-legais que nos permitem distinguir entre uma conduta que é lícita porque não satisfaz os elementos de um delito, e uma conduta que é legal porque é justificada. Na minha opinião, isto pode ser feito apelando para as ideias que fortalecem as diferentes maneiras de compreender a distinção crime/excludente que foram elaboradas nesta seção.

Anteriormente, o significado comunicativo das categorias de “crime” e “excludente” foi demonstrado apelando para três noções diferentes – atos prejudiciais versus atos não-prejudiciais lícitos; razões contra e a favor da realização de um ato; e condutas legais lamentáveis versus condutas legais não-lamentáveis. Essas noções podem servir como dispositivos heurísticos que

nos ajudam no esforço às vezes difícil de distinguir fatos de excludentes, particularmente quando a lei ordinária não fornece muita orientação. Assim, independentemente de como o ordenamento decide elaborar suas leis criminais, uma forma útil de distinguir entre diferentes tipos de atos não-abusivos é fazendo a nós mesmos as seguintes perguntas:

- (1) a conduta é lícita, porque: (a) nenhum dano foi causado, ou (b) embora tenha sido causado dano, os benefícios que resultam da conduta compensam os danos causados pela conduta?;
- (2) é a conduta lícita, porque: (a) não há razões para se abster de praticar, ou (b)⁸⁷ embora haja razões contra o exercício da conduta, elas são superadas pelos motivos a favor da realização da conduta?;
- (3) Será que temos razões para tentar fazer uso de outros meios menos prejudiciais, a fim de alcançar o que buscamos realizar por envolvimento no ato lícito? (A) não, porque não existem motivos para lamentar ter cometido o ato, ou (b) sim, porque há razões para lamentar-se de ter cometido o ato?

Se a resposta às três perguntas é (a), então a conduta é lícita, pois não preenche os elementos de um delito. Por outro lado, se a resposta a estas perguntas é (b), a conduta é lícita porque é justificada. Estas perguntas fornecem orientações para determinar se um assassinato em legítima defesa não é ilícito porque não satisfaz os elementos de um delito ou porque é justificado. Como foi dito anteriormente, a disposição do homicídio na Califórnia sugere que tais assassinatos são legais, porque não satisfazem os elementos de um delito. Esta conclusão, entretanto, é equivocada, uma vez que: (1) A conduta é lícita, porque, embora tenha causado danos (morte do agressor), o mal causado pela conduta é superado pelo mal evitado pela conduta (a morte de pessoa ilegalmente atacada). (2) A conduta é lícita, porque, embora haja razões contra o exercício da conduta (que protege a vida do agressor), elas são superadas pelos motivos a favor da rea-

lização da conduta (que protege a vida da pessoa atacada). (3) Temos razões para tentar usar outros meios menos prejudiciais, a fim de alcançar o que se pretendia realizar, matando o agressor em legítima defesa (se retirando do local, por exemplo), porque há razões para se arrepender de ter matado o agressor.⁸⁸

6.4. A estrutura DOS CRIMES anti-crueldade

6.4.1. *A ambiguidade das Leis de Crueldade Animal*

Agora que temos explorado a estrutura geral de crimes puníveis, estamos em melhor posição para compreender a estrutura particular de leis anti-crueldade. As leis anti-crueldade, assim como outras leis criminais, têm uma dimensão desfavorável e de defesa. Assim, uma leitura dessas leis revela que elas pretendem ambas descrever condutas que a sociedade considera ser *prima facie* injusta, e para ilustrar as circunstâncias em que se envolver em tal conduta é, considerando todas as coisas, não-abusiva. Em outras palavras, leis anti-crueldade contêm ambas as definições de crimes e um catálogo de justificações.

O problema, porém, como qualquer um que tenha lido até este ponto provavelmente suspeitaria, é que essas leis não diferenciam claramente entre a conduta que não é ilícita, pois não preenche os elementos de um crime, e atos que são legais porque são justificados. Tomemos, por exemplo, a Lei anti-crueldade de Montana, que criminaliza uma série de atos, tais como “ferir” ou “matar” um animal. No entanto, ela também preceitua que “nada nesta seção proíbe [ferir ou matar um animal como resultado de]... práticas agrícolas comumente aceitáveis”.⁸⁹ O efeito combinado destas duas disposições não é claro. Há algumas interpretações plausíveis do presente diploma:

- (1) ferir ou matar um animal como resultado de práticas agrícolas legais não é proibido (ou seja, é “legal”), pois isso não satisfaz os elementos de um delito; ou

(2) ferir ou matar um animal como resultado de práticas agrícolas legais não é proibido, porque, embora isso satisfaça os elementos de um delito, é justificada.

Uma ambiguidade similar é percebida na Lei anti-crueldade do Texas, que considera a morte e a tortura dolosas de animais um crime.⁹⁰ No entanto, “é uma defesa à acusação... que o agente [que prejudicou o animal] não agiu de má fé... agiu em nome da pesquisa científica”.⁹¹ Mais uma vez, há duas interpretações possíveis do presente diploma:

- (1) Torturar um animal de experimentação científica de boa-fé não é proibido, pois isso não satisfaz os elementos de um delito; ou
- (2) Torturar um animal de experimentação científica de boa-fé não é proibido, pois isso se justifica.

Como devemos determinar qual das leituras plausíveis das leis do Texas e Montana⁹² representa a melhor interpretação das leis sobre crueldade contra os animais?⁹³

Uma forma possível de abordar esta questão seria a de procurar respostas analisando o texto legal. Alguns podem acreditar, por exemplo, que o fato de que a lei do Texas afirma que “é uma defesa” a acusação quando o dano foi causado como resultado de experimentação científica, implica que esta conduta é justificada, e excludentes são defesas de crimes. Além disso, pode-se argumentar que a lei de Montana, ao afirmar que não é proibido ferir animais como resultado de práticas agrícolas comuns, envolver-se em tal conduta nem sequer satisfaz os elementos do delito.

Este tipo de análise me parece formalista. É claro que estes dispositivos legais pretendem excluir certas atividades que são prejudiciais aos animais (experiências científicas e práticas agrícolas) a partir do alcance da lei criminal. No entanto, não acredito que muito deve ser lido na maneira específica em que as leis elaboraram tais exceções. Se uma lei declara a legalidade de tal conduta, afirmando que é uma defesa para o crime ou alegando

que o ato não é proibido pela lei, é irrelevante para a questão sobre se a legalidade da conduta, pelo fato de que não constitui uma infração por sua natureza justificável.

Como a diferença crime/excludente é de natureza *supra*-legal, uma resposta mais satisfatória a esta pergunta pode ser obtida apelando para os dispositivos heurísticos descritos na subseção anterior.

6.4.2. *Dano, Razões e arrependimento na Lei anti-crueldade*

6.4.2.1. *Atos jurídicos lesivos e leis anti-crueldade*

Como este artigo tem discutido, há claramente uma diferença entre atos legais não-lesivos e atos legais lesivos. Uma conduta que não satisfaz os elementos de um delito não costuma causar danos (por exemplo, atirar em um pedaço de papel). No entanto, uma conduta justificada por excludente geralmente provoca danos, embora o dano evitado por prática do ato é maior do que o infligido (por exemplo, atirar em uma pessoa em legítima defesa).

Assim, a primeira pergunta ao examinar a natureza da isenção de pena para as pessoas que ferem animais (por exemplo, de acordo com as práticas científicas ou agrícolas) é saber se esses atos são legais porque eles não causam danos ou porque o dano infligido é superado pelos benefícios da ação. Os exemplos a seguir podem nos ajudar a responder esta pergunta: (1) Judy decide deslocar o pescoço de um coelho porque ela gosta de ver o animal sofrer. (2) Judy decide deslocar o pescoço do coelho visando uma experiência científica de boa-fé. (3) Judy decide deslocar o pescoço do coelho visando matar a criatura e vendê-la em um estabelecimento comercial autorizado pelo direito local.

A conduta no exemplo (1) é claramente criminosa na maioria, se não em todas as modernas leis anti-crueldade. Assim, o dano que é causado ao coelho é certamente relevante no direito penal.

A conduta no exemplo (2), por outro lado, é quase, sem dúvida, legal, sob as leis tradicionais contra a crueldade animal. Seria equivocado, porém, acreditar que a legalidade de tal conduta decorre do fato de que os danos causados ao coelho sejam juridicamente irrelevantes. Como exemplo (1) demonstra-se que a imposição de danos aos coelhos importa no direito penal. Seria, portanto, estranho supor que, sendo o coelho ferido por força de uma atividade científica de boa-fé, magicamente se apagam os danos causados à criatura.

Consequentemente, faz mais sentido concluir que a isenção de pena concedida no exemplo (2) é produto da determinação de que a conduta é lícita, porque o dano sofrido pelo animal é compensado pelos benefícios potenciais de se envolver na experimentação científica. É claro, pode-se discordar do valor relativo que a lei atribui aos interesses em conflito em tais casos. Muitos, inclusive eu, acreditam que ao dano causado ao coelho deve ser dado muito mais peso do que é atualmente o caso. No entanto, essa discordância não prova que o prejuízo causado ao coelho, nesses casos, não “conta” como um crime sob a lei criminal. Isto simplesmente demonstra que tais danos não “contam” assim como eu, e a maioria dos acadêmicos de direito animal, acreditamos que deveria.

A conduta no exemplo (3) deve ser tratada da mesma maneira como a conduta no exemplo (2). Não há nada mágico sobre a produção de alimentos que faça com que o dano causado ao coelho no exemplo (3) seja diferente do dano causado ao animal no exemplo (1). O dano causado em ambos os casos é idêntico: o deslocamento do pescoço de um coelho. A imposição desse mal continua a ser indesejável. No entanto, a conduta no exemplo (3) é legal, porque os benefícios gerados pela conduta (produção de alimentos) são considerados superiores aos danos causados ao animal.

Um exame dessas hipóteses revela que a razão pela qual ferir um animal em conformidade com as atividades agrícolas ou científicas é legal não porque isso não constitui um crime, já que

tais atos prejudicam um interesse protegido pela lei penal. Esses atos são legais porque são justificados, mesmo que os danos que eles causam interessam ao direito penal, e (com ou sem razão) são legais por considerações de compensação.

6.4.2.2. Razões e leis anti-crueldade

Outra maneira de investigar a estrutura das leis contra a crueldade animal é através da análise das pessoas que prejudicam animais, nos termos de certas atividades. Elas agem legalmente, pois não há razões para se proibir tal conduta, ou porque, apesar de haver razões de contra a realização de tal conduta, elas são superadas pelas razões em favor de se engajar na conduta. Se a explicação anterior para a legalidade da conduta é precisa (ou seja, não há razões contra a realização do ato), então deve-se concluir que os danos aos animais, como resultado de atividades científicas ou agrícolas, não constitui um crime. No entanto, se a explicação última para a legalidade da conduta é correta (ou seja, as razões em favor da realização do ato superam as razões contra), em seguida, envolver-se em tais atos é legal porque é justificado. Um exame dos exemplos que se colocam na subseção anterior é mais uma vez útil para uma discussão sobre estes assuntos.

O exemplo (1) demonstra que as leis anti-crueldade fornece razões contra ferir animais. Se Judy fosse perguntar a Andy se ela deveria ou não deslocar o pescoço de um coelho, Andy apontaria que as leis anti-crueldade lhes dão boas razões para se abster de fazê-lo. Em outras palavras, tais leis nos fornecem razões *prima facie* para maltratar um animal. Por outro lado, os exemplos (2) e (3) mostram que as leis contra crueldade também nos fornecem razões a favor de prejudicar animais (experimentos científicos e produção de alimentos), que podem compensar as razões *prima facie* de que a lei prevê contra tal conduta (criação de animais livres de danos).

Deve-se notar, contudo, que há uma certa confusão em afirmar que a presença de razões a favor da realização da conduta supera as razões contra cometê-la. Seria falso afirmar que a lei não fornece razões contra o deslocamento do pescoço de um coelho, se tal dano ocorre como resultado de experimentação científica ou de práticas de processamento de alimentos. Faz mais sentido concluir que, apesar do fato de termos boas razões para não deslocar o pescoço de um coelho, as razões são superadas se as lesões ocorrem em conformidade com certas atividades lícitas.

Estas reflexões corroboram para a ideia de que o envolvimento em uma conduta que cai dentro de uma exceção a uma lei anti-crueldade é lícito, porque se justifica, não porque não constitui um crime. Consequentemente, embora a lei permita a Judy um motivo válido para ferir um animal em conformidade com as atividades de processamento de alimentos ou pesquisa científica, o fato de que isso constitui um crime ainda lhe proporciona razões residuais contra a realização da conduta justificada.

No entanto, dado que estas razões residuais (por exemplo, manter o animal livre de danos) não são de peso suficiente para contrabalançar as razões em favor da prática do ato, a presença de circunstâncias de excludente (avanço científico, processamento de alimentos), justifica que deslocamento o pescoço do coelho seja considerado legal em tais circunstâncias.

6.4.2.2. *Arrependimento e Leis anti-crueldade*

As razões residuais que permanecem contra prejudicar um animal, mesmo em circunstâncias em que isso poderia ser justificado nos termos a alguma atividade lícita, fornecem motivos suficientes para lamentar a causa do dano, mesmo que isso seja justificável. A força racional de arrependimento deve conduzir as pessoas a procurar outras alternativas menos prejudiciais para a consecução dos fins que elas pretendiam realizar por ferir os animais.

Assim, Judy deveria primeiro tentar obter qualquer conhecimento que ela deseja alcançar por ferir o coelho, por meio de experiências científicas que não envolvam danos aos animais. Eu acho que essa crença é compartilhada pela maioria das pessoas. Mesmo se a maioria da população acredita que seja justificável prejudicar os animais a fim de avançar a ciência, muitas pessoas estão perturbadas pelo sofrimento que essas atividades causam aos animais. É justo dizer, a maior parte da população lamenta o dano infligido a estes animais e, assim, prefiro que, se possível, outras alternativas menos prejudiciais sejam usadas para alcançar progresso científico. Da mesma forma, temos razão para lamentar danos aos animais em conformidade com as atividades de processamento de alimentos. Como resultado, a maioria das pessoas provavelmente preferiria que os responsáveis por tais atividades buscassem métodos menos prejudiciais para alcançar o fim desejado.

O fato de que temos boas razões para se arrepender de maltratar os animais, nos termos de atividades científicas e agrícolas, faz com que se chegue à conclusão de que tal conduta é lícita porque é justificada, não porque não satisfaz os elementos de um delito. Como afirmado anteriormente, conduta que é lícita porque não satisfaz os elementos de um delito (por exemplo, atirar em um pedaço de papel) normalmente não é lamentável. No entanto, uma conduta que é legal porque é justificada (por exemplo, atirar em uma pessoa em legítima defesa) é geralmente lamentável. Assim, faz mais sentido concluir que ferir um animal, a fim de avançar o conhecimento científico ou a produção de alimentos, tem mais em comum com o ato de atirar em uma pessoa em legítima defesa do que com o ato de atirar em um pedaço de papel.

Como já foi discutido, tanto os atos de prejudicar um animal em conformidade com uma atividade legal, e de atirar uma pessoa em legítima defesa, infligem danos que são relevantes para o direito penal. Além disso, esses atos são legais porque as razões em favor de realizá-las superam as razões contra a realizá-las,

não porque não há razões para se abster de realizar os atos em primeiro lugar. Como resultado, há razões para lamentar tanto o ato de prejudicar os animais e atira em seres humanos, mesmo que isso seja justificável. Este, por sua vez, gera razões para escolher alternativas menos prejudiciais para atingir o fim buscado pelas pessoas envolvidas na conduta justificada.

A tabela a seguir resume as conclusões que foram avançadas até este ponto:

TABELA 1. *A estrutura e o significado comunicativo das leis anti-crueldade*

Os delitos causadores de danos a um animal não-humano	
Uma pessoa que comete o delito	prejudica um interesse que a lei penal visa proteger; realiza conduta que é ilícita; realiza uma conduta que ele ou ela tem razões para se abster de praticar; realiza conduta que temos razão para lamentar.
As justificativas	Experimentação Científica; Práticas agrícolas e de processamento de alimentos; caça, pesca, controle de pragas, entre outros;
Significado comunicativo: Uma pessoa que comete o delito	prejudica um interesse que a lei penal visa proteger, mas o dano causado é compensado pelos benefícios gerados pela conduta; realiza conduta que é não ilícita; tem razões para se cometer atos que superam as razões contra a realização da conduta; realiza conduta legal que ele ou ela, no entanto, tem motivos para lamentar.

7. Porque as reivindicações dos especialistas em direito animal estão erradas

Uma compreensão da estrutura conceitual de crimes envolvendo crueldade revela que a interpretação de tais leis geralmente defendida por acadêmicos de direito animal é equivocada. Uma vez que se diferencia entre o que é desfavorável (o crime) e defesa (excludentes) como dimensões dessas leis, pode-se ver porque não é verdade que, como o Professor Bryant argumentou, os danos causados aos animais, como resultado das atividades que são isentas de punição ao abrigo da lei anti-crueldade “simplesmente não contam, em termos jurídicos”.

Como tem sido argumentado, atos que são considerados legais em conformidade com essas isenções, permanecem prejudiciais mesmo que sejam justificados. É, portanto, infundada a conclusão que os danos infligidos em animais em conformidade às atividades justificáveis não “contam” como um dano juridicamente relevante. A presença de circunstâncias de excludente (como o avanço de atividades agrícolas ou científicas) não apagam os danos causados pela conduta. O que essas isenções realmente revelam é que há razões de compensação que a sociedade considera de peso suficiente para justificar a prática de conduta ilícita, *prima facie*, que causa danos aos animais, e não que o crime não foi projetado para proteger os animais em primeiro lugar. Portanto, a tese apresentada neste artigo – que a razão principal pela qual nós criamos crimes anti-crueldade é para proteger os animais de ocorrência de danos – não é incompatível com as isenções previstas na típica lei anti-crueldade.

8. Por que tudo isso deveria importar para um ativista dos direitos dos animais

Até este ponto, o artigo tem demonstrado que as interpretações que muitos estudiosos do direito animal tem feito sobre as

isenções das leis anti-crueldade estão equivocadas, porque confundem as dimensões de defesa e acusação de tais leis. Agora, esta seção irá brevemente esclarecer porque tal interpretação também é questionável por razões pragmáticas.

A leitura das leis anti-crueldade criticada aqui é provavelmente produto do desacordo fundamental que muitos estudiosos do direito animal têm com a miríade de razões que tais leis oferecem como justificativas para cometer a infração. Para eles, o fato de que as isenções ao longo destas leis deixam um número excessivo de atos que são prejudiciais aos animais impunes demonstra que o verdadeiro objetivo dessas leis é proteger as atividades humanas que não podem ser feitas sem ferir os animais.

Embora eu também esteja indignado com muitas das excludentes que estas leis preveem, permitindo a inflição de danos aos animais, acredito que aqueles que defendem a posição que eu tenho tentado desmascarar aqui não conseguiram entender o que parece intuitivamente óbvio para a maioria das pessoas – que a criação de crimes anti-crueldade foi feita como forma de proteger os animais, não como um veículo para perpetuar a exploração deles.⁹⁴ Na minha opinião, é um erro estratégico ignorar que, como Jerrold Tannenbaum corretamente afirmou, as pessoas “quase universalmente” aceitam a proposição de que “o objetivo principal das leis [anti-crueldade] é proteger os animais.”⁹⁵ Assim, em vez de considerar as leis que criminalizam o abuso animal como outro exemplo de como os animais são tratados como bens “fungíveis” e “descartáveis”,⁹⁶ devemos argumentar contra a existência das muitas excludentes que associam tais leis tocando para o sentimento básico que tem levado as pessoas a clamarem pela promulgação de leis anti-crueldade, em primeiro lugar.

9. Conclusões

A. As leis que criminalizam os maus-tratos CONTRA os animais não têm como principal objetivo proteger interesses de propriedade.

A conclusão de que leis anti-crueldade não procuram em primeiro lugar proteger os interesses de propriedade pode parecer para alguns como provocativa. Muitos, se não a maioria, especialistas de direito dos animais, aceitam os argumentos do Professor Francione de que “de acordo com o direito, os animais não passam de mercadoria”.⁹⁷ Assim, a proposição de que os animais são, para todos os efeitos legais pertinentes, tratados como propriedade, é geralmente aceita.

Embora isso possa muito bem ser o caso no contexto não-penal, não soa verdadeiro na medida em que a lei penal está em causa. Apesar do fato de que uma concepção baseada na propriedade nas leis anti-crueldade prevaleceu durante grande parte do século XIX, desde então tem havido uma tendência constante de criminalizar o abuso de animais, independentemente de questões de propriedade. De acordo com as modernas leis contra a crueldade animal, os proprietários de animais geralmente não são livres para prejudicar seus animais. Além disso, os donos normalmente não podem consentir em deixar que seus animais sejam prejudicados por outra pessoa. Essas proposições estão em conflito com uma concepção baseada na propriedade em tais leis.

Alguns acreditam que a única maneira de dar aos animais a proteção que eles merecem reside na mudança do seu *status* jurídico de propriedade por parte dos seres humanos. Em uma tentativa de convencer as pessoas de que essa mudança no *status* jurídico dos animais é necessária, os estudiosos têm, tradicionalmente, apelado para argumentos filosóficos extra-jurídicos.

Embora haja divergências entre a doutrina, acredito que as sementes da “personalidade” dos animais já podem ser encontradas nas leis modernas contra crueldade animal. Os animais estão sendo tratados como pessoas de uma forma muito importante – eles qualificam como vítimas dignas de ser protegidas pela legislação penal, independentemente da sua condição de propriedade no contexto do direito não-criminal.

B. Os maus-tratos aos animais não são criminalizados inicialmente como um meio de implementação da moralidade.

A segunda conclusão que se pode tirar da discussão anterior é que, apesar do ato de maltratar animais ser inegavelmente imoral, não deve ser afirmado que esta é a principal razão para a criminalização da conduta. Se há uma coisa que o princípio do dano significa, é o fato de que um ato não deve ser proibido apenas porque é considerado contrário a um princípio moral. Esta afirmação é compatível tanto com a decisão da Suprema Corte em *Lawrence* quanto com a posição sustentada pela maioria dos teóricos do Direito Penal.

C. As leis penais que proíbem os maus-tratos aos animais buscam preliminarmente proteger os animais de serem lesionados

A visão de que as leis anti-crueldade procuram evitar danos aos animais é tanto normativamente atraente e descritiva quanto esclarecedora. Do ponto de vista normativo, conferir proteção jurídica aos seres não-humanos sencientes é um avanço bem-vindo. Se nós podemos todos concordar que sentir dor é algo que vale a pena evitar, e que os animais não-humanos têm a capacidade de estar cientes de tais sentimentos, segue-se

que também devemos protegê-los da imposição de sofrimento injustificável.

Do ponto de vista descritivo, é preferível conceber as leis anti-crueldade como um direito destinado a prevenir danos aos animais. No âmbito nacional e internacional, os governos estão proibindo atividades que causam danos aos animais, apesar do fato de que essas atividades às vezes têm apoio considerável da população. Assim, todas as jurisdições estaduais nos Estados Unidos têm criminalizado a luta entre cães e rinhas de galos mesmo com a objeção de muitos. Da mesma forma, a tourada é proibida em vários países, associada à coroa espanhola, apesar de suas ricas raízes históricas.⁹⁸ Estas tendências recentes na legislação anti-crueldade são difíceis de explicar, a menos que se acredite que o principal objetivo de criminalizar o abuso de animais é evitar o sofrimento injustificável dos mesmos. Nenhuma concepção alternativa chega perto de explicar esta tendência em leis anti-crueldade.

Isso não significa, necessariamente, no entanto, que as leis anti-crueldade foram decretadas exclusivamente para a finalidade de proteger os animais do dano. Sem dúvida, essas leis, como muitos outros dispositivos criminais (estupro e assassinato, por exemplo), também existem no reconhecimento parcial do fato de que a maioria das pessoas considera que o envolvimento na conduta proibida é moralmente repreensível. Além disso, é provável que a decisão de criminalizar a crueldade contra os animais tenha sido motivada, em certa medida, por um interesse em evitar a dor emocional daquelas pessoas com laços estreitos com as criaturas prejudicadas, ou reduzir danos futuros aos seres humanos. Também pode-se argumentar que algumas características das leis de crueldade animal promovem certa preservação dos interesses de propriedade.

No entanto, acredito que é inevitável a conclusão de que o objetivo primário das leis anti-crueldade é o de proteger os animais de dano. Esta conclusão não é contrariada pelo fato de que essas leis preveem exceções que permitem a causação de danos aos

animais, nos termos de certas atividades lícitas (experimentação científica, agricultura, caça, etc.) Um exame da estrutura das leis anti-crueldade revela quais atividades são isentas de promover os interesses que justificam infligir sofrimento aos animais, não que as leis que criminalizam o abuso de animais não foram projetadas para proteger as criaturas, em primeiro lugar.

D. *People vs García*: um segundo olhar

Uma vez que é entendido que o objetivo principal de leis anti-crueldade é evitar danos aos animais, pode-se ver por que a decisão em *People vs García* não pode suportar um exame minucioso. O tribunal de *García* não enfrentou a questão certa, porque parecia conceber leis contra a crueldade animal como um direito destinado a prevenir danos futuros aos seres humanos como para evitar dano emocional em pessoas com laços estreitos com o animal lesado. A conceituação anterior das leis anti-crueldade levou o tribunal a concentrar-se sobre o estado mental do agente, a fim de determinar se o seu ato evidencia um elevado nível de crueldade. Esta última levou o tribunal a concentrar-se sobre os danos emocionais causados ao guardião do animal de estimação.

Pela apreensão da natureza e finalidade das leis anti-crueldade, o tribunal deu pouca importância para o único ser cujos interesses foram procurados em ser protegidos pela legislação – o animal prejudicado – neste caso, o peixe dourado Junior. Portanto, a pergunta que deveria ter sido feita em *García* é se a morte instantânea de um peixinho dourado que foi pisado constitui um ato de crueldade simples ou qualificado. A consideração decisiva deveria ser sobre a quantidade de dor e sofrimento suportada pelos peixes. Na medida em que a quantidade de dor infligida aumenta, os argumentos a favor de considerar o ato de crueldade agravada ficam mais fortes. Por outro lado, na medida em que a quantidade de dor diminui, os argumentos para a crueldade agravada diminuem.

Mentes razoáveis podem discordar quanto ao fato de que o sofrimento suportado por Junior era de tal grau que justificasse uma determinação de crueldade agravada. Por um lado, a alegação do réu de que o peixe não sofreu porque morreu instantaneamente, parece apontar na direção de não considerar este ato como de crueldade agravada. Por outro lado, pode-se argumentar que a morte de um ser constitui um ato supremo de crueldade. Se este ponto de vista prevaleceu, uma descoberta de crueldade agravada seria justificada.

Independentemente de saber se alguém acredita que o réu deveria prevalecer em seus argumentos, não há dúvida em relação a quem foi a verdadeira vítima da análise do tribunal em *García* - um peixinho pequeno chamado Junior.

10. Notas de referência

- ¹ Traduzido pelo Professor Doutor Heron Santana Gordilho, Maria Izabel Vasco de Toledo, mestranda pelo PPGD/UFBA, e Camila Devides Fabri, graduanda pela Universidade Estadual de Maringá-PR.
- ² 812 N.Y.S.2d 66 (2006).
- ³ *Id.*, at 261.
- ⁴ *Id.*
- ⁵ Estas foram as palavras utilizadas pelo tribunal do julgamento, para descrever o acto recorrido. *As pessoas vs García*, 777 N. Y. S. 2d 846.
- ⁶ No direito penal, o que pode ser corrigido monetariamente, da seguinte forma: a existência de uma justificação (isto é, a legítima defesa ou a escolha dos males) fornece o agente com as razões que permitem que ele violava a norma *prima facie* contra contratação de tal conduta (ou seja, o "crime"). Isso não significa, no entanto, que a existência de uma justificação (legítima defesa, em um processo por homicídio, testes científicos em animais crueldade caso) anula as razões que o crime oferece-nos por não envolver-se em conduta (protecção da vida humana no homicídio, Proteger os animais [indiscutivelmente] leis de crueldade contra os ani-

- mais). Ver, em geral, Gardner, Fletcher sobre infracções e as defesas, 39 Tulsa L. Rev 817 (2004).
- ⁷ Um ato de evitar o cruel tratamento inadequado de bovinos (Martin's Act), 1822, 3 Geo. 4, Cap. 71 (Eng.).
- ⁸ State v. Bruner, 12 N.E. 103, 104 (Ind. 1887).
- ⁹ Id. See also Republica v. Teischer, 1 Dall. 335 (Penn. 1788).
- ¹⁰ 1846 Vt. Laws 34.
- ¹¹ Ver, em geral, David Favre & Vivien Tsang, *The Development of Anti-Cruelty Laws During the 1800's*, 1 Detroit College of Law Review 1 (1993).
- ¹² N.Y. Rev. stat. tit. 6, 26 (1829).
- ¹³ Alguns estados têm ido tão longe como arbitrariamente à exclusão dos animais com a definição de "animais" protegido pelo seu Código anti-crueldade Ann. § 717 (B)(1) (West 1993 & Supp. 1998), Utah Code Ann. § 76-9 -301 (11) (b) (ii) (Supp. 1998) .Ver <http://www.animallaw.info/articles/arus5animall69.htm>.
- ¹⁴ Al. St. Sect. 12A-11-241.
- ¹⁵ NY Ag. & Mkts. Law § 353-a (1)
- ¹⁶ People v. Garcia, 777 N.Y.S.2d 846.
- ¹⁷ Markus Dubber, *Victims in the War on Crime: The Use and Abuse of Victim's Rights* 158 (NYU Press, 2002).
- ¹⁸ Luis E. Chiesa, *Taking Victims Seriously: A Dworkinian Theory of Punishment*, ___Rev. Jur. U.P.R. ___ (forthcoming, 2008).
- ¹⁹ Id.
- ²⁰ Ver, por exemplo, *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).
- ²¹ 42 U.S.C.A. § 7401
- ²² Dubber, *supra* note 20, pp. 152.
- ²³ People v. Garcia, 777 N.Y.S.2d 846.
- ²⁴ Dubber, *supra* note 20.
- ²⁵ Id.
- ²⁶ Id.

- ²⁷ Sobre a natureza do consentimento moral transformadora. Ver, em geral, Alan Wertheimer, consentimento e relações sexuais, 2 teoria jurídica 89, 90 (1996).
- ²⁸ Id.
- ²⁹ Chiesa, *supra* note 21.
- ³⁰ State v Fahlk, 524 N.W.2d 39 (Neb 1994), People v Smith, 120 Cal. Rptr.2d 831 (2002)
- ³¹ McKinney's Penal Law § 145.00
- ³² John Stuart Mill, *On Liberty*, 10-11 (Elizabeth Rapaport ed., 1978)
- ³³ Id.
- ³⁴ H.L.A. Hart, *Law, Liberty and Morality* 47 (1963).
- ³⁵ Luis E. Chiesa, *Normative Gaps in the Criminal Law: A Reasons Theory of Wrongdoing*, 10 New Criminal L. Rev. 1, pp. 131 (2007).
- ³⁶ Douglas Husak, *Crimes Outside the Core*, 39 Tulsa L. Rev. 755, 771 (2004).
- ³⁷ George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* 200 (Oxford, 2000).
- ³⁸ Ver, em, geral, Berard E. Harcourt, *The Collapse of the Harm Principle*, 90 Journal of Criminal L. and Criminology 109 (1999).
- ³⁹ Catharine A. MacKinnon, *Pornography, Civil Rights, and Speech*, 20 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 1, 7 (1985).
- ⁴⁰ 539 U.S. 558, 577 (2003).
- ⁴¹ Lord Devlin, *The Enforcement of Morals* 17 (1965).
- ⁴² Garcy Francione, *Reflections on Animals, Property and the Law and Rain Without Thunder*, 70 Law and Contemporary Problems 9 (2007).
- ⁴³ Ver, por exemplo, David N. Cassuto, *Bred Meat: The Cultural Foundation of the Factory Farm*, 70 Law and Contemporary Problems 59, 77 (2007).
- ⁴⁴ 7 U.S.C.A § 2156 (2007), NY Ag. & Mkts. Law § 351. Sobre a natureza do consentimento moral transformadora. ver, em geral, Alan Wertheimer, consentimento e relações sexuais, 2 teoria jurídica 89, 90 (1996).
- ⁴⁵ ASPCA Official Policies and Positions Sec. 2.2, at http://www.aspc.org/site/PageServer?pagename=pp_cn_definition.

- ⁴⁶ IL ST CH 510 § 70/2.01(a), NY Ag. & Mkts. Law § 350, M.S.A §343.20, C.G.S.A. § 22-351a
- ⁴⁷ S D C L § 9-29-11; S D C L § 40-1-1
- ⁴⁸ Immanuel Kant, Duties in Regard to Animals, in *Animal Rights and Human Obligations* 23, 24 (Tom Regan & Peter Singer eds., 2d ed. 1989).
- ⁴⁹ Charlotte A. Lacroix, *Another Weapon for Combating Family Violence: Prevention of Animal Abuse*, 4 *Animal Law* 1, 8 (1998).
- ⁵⁰ First Strike: The Connection Between Animal Cruelty and Human Violence, at http://www.hsus.org/hsus_field/first_strike_the_connection_between_animal_cruelty_and_human_violence/
- ⁵¹ Lacroix, *supra* note 52, pp. 8.
- ⁵² *Enacting and enforcing felony animal cruelty laws to prevent violence against humans* 6 *ANIMAL L.* 1(2000).
- ⁵³ Jennifer S. Rosa, *Recent Developments in New York Law*, 74 *St. John's L. Rev.* 287, 297 (2000)
- ⁵⁴ Lacroix, *supra* note 52, pp. 8.
- ⁵⁵ 6 *ANIMAL L.* 1, 21 *Enacting and enforcing felony animal cruelty laws to prevent violence against humans* (2000)
- ⁵⁶ Stephen R. Kellert & Alan R. Felthous, *Childhood Cruelty Toward Animals Among Criminals and Non-Criminals*, in *Cruelty to Animals and Interpersonal Violence* 194, 208 (Randall Lockwood & Frank R. Ascione eds., 1998). Este estudo discute atos dolosos de violência contra os seres humanos e a relação com comportamentos violentos para com os animais, mas não sugerem tratamento negligente dos animais tem um link com os futuros danos aos seres humanos. 60Ver, Cockfighting ainda Popular em Porto Rico (artigo discutindo galo lutando como uma tradição e considerado um cavalheiro do desporto no país de Puerto Rico), em <http://abcnews.go.com/International/wireStory?id=2822082>
- ⁵⁷ Ver, *Cockfighting Still Popular in Puerto Rico* (article discussing cock fighting as a tradition and considered a gentleman's sport in country of Puerto Rico), in <http://abcnews.go.com/International/wireStory?id=2822082>
- ⁵⁸ Gary Francione, *Animals, property, and legal welfarism: "Unnecessary" suffering and the "humane" treatment of animals* 46 *Rutgers. L. Rev* 721 (1994)

- ⁵⁹ Ver, em geral, Professor Markus Dubber's conception of victimhood. He considers personhood to be a necessary condition for victimhood. Dubber, *supra* note 20.
- ⁶⁰ Id.
- ⁶¹ Steven M. Wise, *Drawing the Line: Science and the case for animal rights* 43-45(2002).
- ⁶² Ver, por exemplo, GARY L. FRANCIONE, RAIN WITHOUT THUNDER: THE IDEOLOGY OF THE ANIMAL RIGHTS MOVEMENT 131-132 (1996).
- ⁶³ Taimie L. Bryant, *Trauma, Law and Advocacy for Animals*, 1 *Journal of Animal Law and Ethics* 63, 76 (2006) (emphasis added).
- ⁶⁴ Ver, por exemplo,, FLETCHER, *supra* note 40, at 562.
- ⁶⁵ Id.
- ⁶⁶ Ver my *Normative Gaps*, *supra* note 38, at 117-118.
- ⁶⁷ Um agente pode também evitar responsabilidade, defendendo uma desculpa da defesa como loucura.
- ⁶⁸ Albin Eser, *Justification and Excuse: A Key Issue in the Concept of Crime*, in *I Justification and Excuse: Comparative Perspectives* 17, 37 (George P. Fletcher & Albin Eser eds., 1987).
- ⁶⁹ Essa é uma variação de um exemplo, proposto por um dos maiores estudiosos do direito penal alemão do século 20, Hans Welzel - como uma forma de ilustrar o crime /justificação distinção de HANS WELZEL, *DO DIREITO PENAL ALEMÁN* 97-98 (Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez trans., 4^a ed. , 1997).
- ⁷⁰ Isso, naturalmente, pressupõe que a pessoa não morre como resultado da conduta. Se ele tivesse morrido, então, o ato satisfaz os elementos do crime de homicídio.
- ⁷¹ Gardner, *supra* note 9, at 822 (afirmar que as normas de proibição nos fornecem razões para “não efetuar o ato de proibição”, e, a título de exemplo, que “a norma que proíbe a quebra de promessa ... é [entre outras coisas] uma razão para não quebrar promessas”).

- ⁷² A conduta não satisfaz nem os elementos constitutivos da infração penal de incêndio criminoso, para ambos os crimes requer que a propriedade destruída pertença a outrem.
- ⁷³ Gardner, *supra* note 9, at 822.
- ⁷⁴ Kenneth Campbell, Offence and Defence, in *Criminal Law and Justice: Essays from the W.G. Hart Workshop*, 1986, at 83 (I.H. Dennis ed., Sweet & Maxwell 1987).
- ⁷⁵ Gardner, *supra*. Note 9, at 822.
- ⁷⁶ Id.
- ⁷⁷ Michelle Madden Dempsey & Jonathan Herring, *Why Sexual Penetration Requires Justification*, 27 *Oxford Journal of Legal Studies* 467, 488 (2007).
- ⁷⁸ Id.
- ⁷⁹ Dempsey e o arenque ilustram a força racional lamentável pela forma como o exemplo a seguir: corte cirúrgico no corpo do paciente é *prima facie* errado, mas pode ser justificado em virtude de motivos gerados, entre outros aspectos, pelo valor da vida do paciente e de bem-estar. Apesar de sua justificação, no entanto, o corte no corpo do paciente é ainda de se lamentar. Este lamento gera razões para o pessoal médico procurar alternativas menos danosas para proteger os valores pretendidos pela cirurgia. Se, por exemplo, a finalidade da corte é a de realizar cirurgia exploratória na esperança de diagnosticar a origem da dor abdominal do paciente, é racional que incumbe ao cirurgião a buscar alternativas menos danosas para diagnosticar a origem da dor antes de cortar o corpo do paciente. Id., 488-489.
- ⁸⁰ Assim, a parte geral de muitos códigos penais contém disposições no que diz respeito às doutrinas básicas do direito penal, tais como o "ato", as formas de culpabilidade (isto é, tentativa e a negligência), tentativa de responsabilidade, perpetração e a cumplicidade, etc. Ver, em geral, FLETCHEER, *supra* nota 40, 393-395.
- ⁸¹ New York Direito Penal contém uma parte adicional (Parte II) que se destina a regular práticas condenatórias.
- ⁸² §125.00 N.Y. Penal Law.
- ⁸³ §35.15 N.Y. Penal Law.

⁸⁴ §187 Cal. Penal Code.

⁸⁵ Segundo esta leitura, as excludentes (isto é, a legítima defesa) que constituem elementos negativos do delito, em vez de defesas independentes que excluem a gravidade da conduta, sem negar os elementos do crime. Alguns estudiosos afirmam que esta é a melhor forma de interpretar os códigos penais. Ver, por exemplo, DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, CURSO DE DIREITO PENAL PARTE GERAL DO MINISTÉRIO 302-303 (Universitas, 1996). Esta posição, no entanto, tem sido convincente criticado por inúmeros estudiosos. Ver, em geral, FRANCISCO MUÑOZ CONDE & MERCEDES GARCÍA ARÁN, DIREITO PENAL PARTE GERAL DO MINISTÉRIO 252-253 (Tirant Lo Blanch, 2004).

⁸⁶ Este ponto de vista foi vigorosamente defendido pelo líder teórico alemão Hans Welzel, que afirmou que o ato do legislador decidir incorporar os critérios de excludentes para a definição de um crime é "irrelevante" para distinguir entre o crime e a justificação. WELZEL, supra note 72, at 96 (asserting that "even if selfdefense were to be included [as part of the definition of the crime of homicide]...the nonexistence of the defense would not be transformed into a "negative" element of the offense").

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ MT. ST. 45-8-211(1)(a).

⁸⁹ MT. ST. 45-8-211(4)(b).

⁹⁰ Tex. Penal Code Ann. §42.09(a)(1) & (a)(5).

⁹¹ Tex. Penal Code Ann. §42.09(b).

⁹² Uma vez que as leis anti-crueldade de Montana e Texas são representativas da maioria das leis dos Estados Unidos, não vou dar mais exemplos de problemas de interpretação que esses dispositivos implica.

⁹³ Alguém pode argumentar que a resposta a esta questão é de pouca importância, uma vez que, em qualquer caso, a referida conduta é legal independentemente de não constituir uma infração ou excludente. Esta falha não permite compreender o significado comunicativo da distinção crime/excludente. Certamente que não é de somenos importância se a sociedade considera que ferir um animal como resultado de práticas agrícolas ou científicas tem muito mais em comum com o ato de atirar em um pedaço de papel (conduta que não constitui uma infração) do

que com o ato de atirar em uma pessoa em legítima defesa (conduta justificável). Por conseguinte, parece-me que a resposta a esta pergunta é garantida.

⁹⁴ Robert Garner, *Animal Welfare: A Political Defense*, 1 *Journal of Animal Law and Ethics* 161, 171-172 (2006).

⁹⁵ Jerrold Tannenbaum, *Animals and the Law: Property, Cruelty, Rights*, 62 *Soc. Res.* 539, 580 (1995).

⁹⁶ Bryant, *supra* note 66, at 76.

⁹⁷ Francione, *supra* note 45.

⁹⁸ Na América Latina, a tourada foi proibida no Uruguai, Argentina, Chile e Cuba.