

Revista de
Estudos Criminais

APROXIMAÇÕES À TUTELA PENAL DE ANIMAIS: DESVELANDO A PERGUNTA PELA POSSIBILIDADE DE OS ANIMAIS SEREM TITULARES DE BENS JURÍDICO-PENAI

APPROACHES TO THE PENAL PROTECTION OF ANIMALS: UNVEILING THE QUESTION ABOUT THE POSSIBILITY OF THE ANIMALS TO BE VICTIMS OF CRIMES

JOÃO ALVES TEIXEIRA NETO*

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo a explicitação de algumas incompreensões e simplificações que velam a pergunta pela possibilidade de os animais serem titulares de bens jurídico-penais. Visa-se, por meio de um tal desvelamento, tão somente, retirar obscuridades e mostrar uma direção.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela penal de animais; titulares de bens jurídico-penais; crimes contra animais.

ABSTRACT: The present study has the purpose of explaining some misunderstandings and simplifications that guard the question about the possibility of the animals being victims of crimes. It is intended, through such an unveiling, just to remove obscurity and offer a direction.

KEYWORDS: Protection of animals through criminal law; victims of crimes; crimes against animals.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A pergunta pela possibilidade de os animais serem titulares de bens jurídico-penais não é uma pergunta pela possibilidade de a natureza em geral ser titular de bens jurídico-penais; 2 A pergunta pela possibilidade de os animais serem

* Doutor em Ciências Criminais (PUCRS/Universidade de Coimbra), Mestre em Ciências Criminais (PUCRS), Especialista em Direito Penal e Política Criminal (UFRGS), Membro da Delegação Brasileira junto ao *International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era* (IFCCLGE) - Pequim/China, Membro da Presidência do Instituto Eduardo Correia (IEC). Realiza Estágio Pós-Doutoral no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (PUCRS).

titulares de bens jurídico-penais não é uma pergunta sobre o direito penal ambiental (*stricto sensu*); 3 A pergunta pela possibilidade de os animais serem titulares de bens jurídico-penais não é uma pergunta pela possibilidade de igualdade entre homem e animal; 4 A pergunta pela possibilidade de os animais serem titulares de bens jurídico-penais não é uma pergunta pela possibilidade de um direito penal moralizador; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

A tutela penal de animais é – hoje, mas não somente hoje –¹ um dos grandes desafios do direito penal². O desafio é colocado, sobretudo, no questionamento pela possibilidade de os animais serem titulares de bens jurídico-penais. Perguntar pela possibilidade de os animais serem titulares de bens jurídico-penais é perguntar pelos limites de um direito penal liberal, que ambiciona ser “barreira intransponível da política criminal” (*unübersteigbare Schranke der Kriminalpolitik*)³, é questionar as possibilidades da sua função⁴. Porém, à pergunta pela possibilidade de os animais serem titulares de bens jurídico-penais não falta apenas uma resposta, falta o esclarecimento das condições de

- 1 A primeira legislação a tipificar o crime de crueldade contra animais (*Tierquälerei*) que se tem notícia foi o Código Penal da Saxônia, de 1838. Tal criminalização é verificada em seu art. 310 (HAEBERLIN, Carl Franz Wilhelm Jérôme. *Grundsätze des Criminalrechts: Nach den neuen deutschen Strafgesetzbüchern*. Leipzig: Friedrich Fleischer Verlag, 1848. p. 319 e 320).
- 2 Para aprofundar o estudo sobre o tema, ver o nosso “Tutela penal de animais: uma compreensão onto-antropológica” (TEIXEIRA NETO, João Alves. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017).
- 3 LISZT, Franz von. *Strafrechtliche: Aufsätze und Vorträge*. Berlin: J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, 1905. p. 80. Liszt expõe uma visão que se projeta para o futuro, ao desenvolver a sua ideia de direito penal como “barreira intransponível” (*unübersteigbare Schranke*), pois sustenta que assim ele é “e deverá permanecer” (*und soll das bleiben*) (LISZT, Franz von. *Strafrechtliche: Aufsätze und Vorträge*. Berlin: J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, t. II, 1905. p. 80).
- 4 Sobre a função do direito penal, vale lembrar o pensamento de Faria Costa: “A função do direito penal é a de proteger bens jurídicos. Hoje é uma realidade indesmentível que a função primeira do direito penal é a de defender ou proteger bens jurídicos que tenham dignidade penal”. É necessário registrar a abertura à historicidade assinalada pelo autor: “[...] convém ter presente que o entendimento do que seja um bem jurídico com dignidade penal – isto é, um bem jurídico que mereça a proteção do direito penal – insere-se no desenvolvimento teórico da doutrina do bem jurídico-penal que, muito embora esteja, nos tempos que passam, relativamente estabilizada, havendo, por isso, nela grandes espaços de consenso, não pode nem deve ser apreciada sem o sentido da relatividade histórica” (FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de direito penal: fragmenta iuris poenalis*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2009. p. 23).

possibilidade da própria pergunta. Essa pergunta está velada por camadas de incompreensões e simplificações que necessitarão ser superadas. Somente assim a pergunta poderá ser desvelada, ou seja, somente assim poderá ser realizada de modo suficiente. O objetivo deste estudo, assim, não é a apresentação da resposta à pergunta pela possibilidade de os animais serem titulares de bens jurídico-penais, mas, sim, a explicitação de algumas das referidas incompreensões e simplificações, com o intuito de retirar obscuridades e oferecer uma direção.

1 A PERGUNTA PELA POSSIBILIDADE DE OS ANIMAIS SEREM TITULARES DE BENS JURÍDICO-PENAIIS NÃO É UMA PERGUNTA PELA POSSIBILIDADE DE A NATUREZA EM GERAL SER TITULAR DE BENS JURÍDICO-PENAIIS

A pergunta pela possibilidade de os animais serem titulares de bens jurídico-penais é bem menos ousada do que a pergunta pela possibilidade de a natureza em geral ser titular de bens jurídico-penais. Essa assertiva é justificada por uma razão simples: a superior complexidade dos animais em relação aos demais entes do meio ambiente. O meio ambiente (natural) é composto por elementos bióticos e abióticos. Os elementos bióticos são flora e fauna. A flora é um conjunto de vegetais. A fauna é uma coletividade de animais. Já os elementos abióticos são água, ar e terra⁵. Observa-se que, entre todos os referidos elementos, somente os animais possuem uma supremacia de sensibilidade, verdadeira capacidade de sofrimento (senciência), manifestação da sua superior complexidade⁶. Os elementos abióticos sequer possuem sensibilidade alguma. Porém, mesmo no outro elemento biótico, a flora, enfrenta-se grande dificuldade na identificação da sensibilidade, capacidade de sofrimento. De todo modo, é um fato irrefutável a verificação de sistema nervoso em animais (vertebrados), mas não em vegetais⁷.

A superior complexidade dos animais justifica a maior razoabilidade em serem reconhecidos como titulares de bens jurídico-penais. Tomando como premissa o esclarecimento dessa distinção, torna-se bem mais difícil

5 SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais. In: D'AVILA, Fabio Roberto; SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius (Org.). *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 247.

6 D'AGOSTINO, Di Francesco. I diritti degli animali. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Milano: Giuffrè Editore, IV. Serie LXXI, p. 84 e 85, gennaio/marzo 1994.

7 FEIJÓ, Anamaria. *Utilização de animais na investigação e docência: uma reflexão ética necessária*. Porto Alegre: Edipucrs, 2005. p. 63.

sustentar que vegetais – ou mesmo elementos abióticos, como água, ar ou terra – possam ser titulares de bens jurídico-penais⁸.

A distinção, por meio daquilo que aqui chamamos de complexidade, é antes uma distinção sobre ter-mundo. Torna-se inevitável o chamamento – ainda que breve – da reflexão heideggeriana sobre a relação entre mundo, pedra, animal e homem. Heidegger sustenta a tese de que “a pedra é sem mundo, o animal é pobre de mundo e o homem é formador de mundo”⁹. Tal distinção, entre “o reino de três entes do planeta”¹⁰, é realizada não no intuito de afirmar a superioridade dos seres humanos em relação aos animais, mas, sim, para estabelecer o conceito de “mundo” (Welt)¹¹. Porém, nesse exercício fenomenológico, é desvelada a “animalidade do animal”, demonstrando-se que este possui um mundo, portanto, possui um especial modo de ter algum acesso aos entes, por meio dos sentidos¹². O que interessa é que o animal –

-
- 8 Não obstante o nosso posicionamento quanto à dificuldade de se reconhecer a titularidade de bens jurídico-penais em vegetais ou mesmo em elementos abióticos, registra-se a existência de vozes em sentido contrário. Ver, por todos, Sporleder de Souza, que defende a titularidade de bens jurídico-penais por parte do meio ambiente (natural) (SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais. In: D’AVILA, Fabio Roberto; SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius (Org.). *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 245-280).
- 9 HEIDEGGER, Martin. *Os conceitos fundamentais da metafísica: mundo, finitude, solidão*. 2. ed. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. p. 230.
- 10 STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico*. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2006. p. 120.
- 11 Stein, analisando o modo como Heidegger utiliza o termo “mundo” na obra *Os conceitos fundamentais da metafísica*, afirma que, “ao utilizar o conceito de mundo para introduzir uma diferença entre o reino de três entes do planeta, o uso do conceito de mundo pressupõe toda a análise estrutural realizada em Ser e Tempo. O fundamental, nessa análise, consistia em mostrar a ambiguidade do conceito de mundo [...]” (STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí: Unijuí, 2006. p. 120 e 121). Vale por se dizer: o homem é “formador de mundo” porque “ele instaura o sentido”. Desse modo, “‘mundo’ passa a adquirir uma qualidade fundamental, de ser a dimensão que, ao mesmo tempo que recebe o ser humano, enquanto ser no mundo, dele recebe, por sua vez, a sua dimensão de sentido” (STEIN, Ernildo. *Antropologia filosófica: questões epistemológicas*. Ijuí: Unijuí, 2010. p. 15).
- 12 É claro que o animal possui acesso ao ente, mas não ao ente enquanto ente, pois lhe falta a dimensão de sentido. Agamben, corroborando essa compreensão, sustenta que nos enganamos ao imaginar que “as relações que um determinado sujeito animal mantém com as coisas de seu ambiente” teriam lugar no “mesmo espaço e no mesmo tempo daquelas que o ligam aos objetos de nosso mundo humano”. O fundamento dessa ilusão estaria na crença da existência de “um único mundo no qual se situariam todos os seres viventes”. Portanto, deve-se perceber que – entre os seres viventes – há uma diferença de mundo (AGAMBEN,

para além do ser humano – é o único ente que possui, de um modo especial, por meio dos sentidos, alguma forma de acesso aos demais entes. Ainda que se possa argumentar que os vegetais também poderiam possuir algum modo de acesso aos entes, como, por exemplo, na realização da fotossíntese, indubitável é a sua limitação frente ao modo-de-ser do animal, que lhe permite um especial modo de ter algum acesso aos entes, por meio dos sentidos: visão, audição, olfato, tato e paladar¹³.

Somos levados à conclusão de que o animal é o ente privilegiado do meio ambiente (natural). A sua constituição existenciária, que lhe permite alguma forma de acesso aos entes, permite-lhe sofrer. Porém, se o sofrimento vier a ocorrer na sua – e pela sua – relação com o ser humano, em nível intolerável, então o direito deverá socorrê-lo. Sendo ou não pobre o seu mundo, continuará a ter mundo, com as fragilidade e vulnerabilidades que lhe são próprias, em verdade ainda maiores que as do homem, já que este – ao contrário dos animais – é “formador de mundo” (*weltbildend*)¹⁴.

2 A PERGUNTA PELA POSSIBILIDADE DE OS ANIMAIS SEREM TITULARES DE BENS JURÍDICO-PENAIIS NÃO É UMA PERGUNTA SOBRE O DIREITO PENAL AMBIENTAL (*STRICTO SENSU*)

A pergunta pela possibilidade de os animais serem titulares de bens jurídico-penais não é uma pergunta sobre o direito penal ambiental (stricto sensu),

Giorgio. *O aberto: o homem e o animal*. Trad. Pedro Mendes. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 69).

- 13 Jonas, estabelecendo as distinções entre “vida animal” e “vida vegetal”, defende que “três características diferenciam a vida dos animais da vida das plantas: mobilidade, percepção, sensibilidade”. Para o autor, “a ligação entre movimento e percepção é necessária”. Para além disso, sustenta que “a referência real ao mundo somente surge com o desenvolvimento de sentidos específicos, de estruturas motoras definidas e de um sistema nervoso central” (JONAS, Hans. *Das Prinzip Leben: Ansätze zu einer philosophischen Biologie*. Frankfurt am Main, Leipzig: Insel Verlag, 1994. p. 184) (tradução livre).
- 14 As fragilidades e vulnerabilidades dos animais poderiam ser consideradas ainda maiores do que as do homem. A ausência do “elemento da compreensão”, a “dimensão de sentido”, faz com que os animais estejam especialmente sujeitos à dominação nas relações com os seres humanos. Ser “formador de mundo” (*weltbildend*), possuir o “elemento da compreensão”, permite ao homem dominar os demais entes viventes. Essa relação de domínio, com o desenvolvimento da técnica, torna-se crescente. Sobre a questão da técnica, ver, por todos, RÜDIGER, Francisco. *Martin Heidegger e a questão da técnica: prospectos acerca do futuro do homem*. Porto Alegre: Sulina, 2006. A relação de domínio do homem sobre o animal – domínio do “formador de mundo” (*weltbildend*) sobre o “pobre de mundo” (*weltarm*) – é o *locus* onde pode ocorrer o sofrimento desnecessário em nível intolerável. A possibilidade desse sofrimento implica o chamamento da sua proteção.

pois está ancorada noutra âmbito de intervenção. Faz-se necessária a diferenciação entre *tutela penal de animais* e *tutela penal do meio ambiente*. A dogmática jurídico-penal, em algumas de suas correntes, engana-se facilmente ao considerar que: (i) se há *tutela penal da fauna*, então, necessariamente, há *tutela penal de animais*; (ii) se há *tutela penal de animais*, então, necessariamente, há *tutela penal da fauna*, pois – afinal de contas – a fauna é composta por animais. Esse olhar não consegue perceber a distinção entre o *animal individualmente considerado* e a *coletividade de animais* (fauna)¹⁵. Há aí uma diferença essencial no que diz respeito ao *caráter instrumental da tutela*. A tutela penal do meio ambiente tem um indiscutível – ainda que possa ser não exclusivo – caráter instrumental para o ser humano. A tutela do meio ambiente é realizada em dois seguimentos: (i) tutela da flora; e (ii) tutela da fauna. Busca-se, por meio de tal tutela, a preservação do *equilíbrio ecológico*. Portanto, se há a tutela da flora e da fauna, então há a tutela do *equilíbrio ecológico*. Se a Constituição Federal brasileira elevou o *equilíbrio ecológico* ao *status* de condição necessária para a *sadia qualidade de vida*, e esta, por sua vez, foi positivada como um *direito fundamental*, então torna-se notório o caráter instrumental da tutela penal do meio ambiente, ainda que tal tutela – vale, uma vez mais, ressaltar – possa não se esgotar na referida instrumentalidade¹⁶⁻¹⁷.

15 Entre os inúmeros autores que sustentam essa compreensão, destacam-se, aqui, por todos: Sirvinskas, Marcão, Fiorillo e Conte. O primeiro deles, Sirvinskas, sustenta que – no crime de crueldade contra animais (art. 32 da Lei nº 9.605/1998) – o bem jurídico tutelado seria “a preservação do patrimônio natural” (SIRVINSKAS, Luis Paulo. *Tutela penal do meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 179). Para Marcão, na mesma hipótese, o bem jurídico tutelado seria “a proteção do meio ambiente” (MARCÃO, Renato. *Crimes ambientais: anotações e interpretação jurisprudencial da parte criminal da Lei nº 9.605, de 12.02.1998*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 81). Já, para Fiorillo e Conte, o bem jurídico tutelado, igualmente na mesma hipótese, seria “a preservação do meio ambiente” (FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. *Crimes ambientais*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 129).

16 Conforme o art. 225, *caput*, da Constituição Federal brasileira: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida [...]”. Krell, comentando o referido dispositivo, sustenta que “a inserção da fórmula ‘qualidade de vida’ no *caput* do art. 225 relaciona o direito ao ambiente à saúde física e psíquica e ao bem-estar espiritual do ser humano” (KRELL, Andreas Joachim. Comentário ao artigo 225. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz [Coord.]. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2080).

17 Sporleder de Souza defende a existência de uma “cotitularidade” dos bens jurídicos na tutela penal do meio ambiente. Para o autor, o meio ambiente seria “titular de bens jurídicos supra-individuais autônomos” e “co-titular ou co-portador de certos bens jurídicos supra-individuais difusos”, pois a titularidade seria “compartilhada com outros dois sujeitos

A tutela penal de animais, porém, está muito distante de um qualquer caráter instrumental. Não está relacionada ao equilíbrio ecológico, portanto, não está relacionada à sadia qualidade de vida (humana). Nem mesmo diz respeito à proteção do meio ambiente (natural)¹⁸. A tutela penal de animais, em boa parte das vezes, é tutela penal de animais fora do seu *habitat* natural, é tutela penal de animais domésticos e/ou domesticados, notadamente utilizados: (i) *na ciência*: em experimentações científicas; (ii) *na religião*: em sacrifícios religiosos; (iii) *no entretenimento*: em rinhas, em esportes, em espetáculos circenses, em companhia pessoal. Portanto, há uma diferença – que não é sutil – entre o caminho para a *pergunta pela possibilidade de os animais serem titulares de bens jurídico-penais* e o caminho para as perguntas sobre o direito penal ambiental (*stricto sensu*).

3 A PERGUNTA PELA POSSIBILIDADE DE OS ANIMAIS SEREM TITULARES DE BENS JURÍDICO-PENAIIS NÃO É UMA PERGUNTA PELA POSSIBILIDADE DE IGUALDADE ENTRE HOMEM E ANIMAL

A discussão sobre a possibilidade de haver igualdade entre homem e animal está na pauta dos desafios contemporâneos da ética, mais especificamente da *Animal Ethics*, destacando-se o pensamento de Singer. O autor defende a igualdade entre homens e animais¹⁹, argumentando que não haveria uma razão moral para justificar a diferença, mas apenas o que ele vai chamar

passivos, a coletividade e a humanidade” (SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais. In: D’AVILA, Fabio Roberto; SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius (Org.). *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 273 e 274).

- 18 Greco sustenta que “só se pode admitir [...] que existe um delito de crueldade com animais, porque a proteção de animais não é proteção do meio ambiente” (GRECO, Luís. Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais. *Revista Liberdades*, n. 3, p. 47-59, jan./abr. 2010. p. 53).
- 19 Singer sustenta que “o argumento para estender o princípio de igualdade além da nossa espécie é simples”, pois “esse princípio implica que a nossa preocupação com os outros não deve depender de como são, ou das aptidões que possuem”, o que resultaria na impossibilidade de explorar os seres não pertencentes à “nossa espécie”, já que o fato de “os outros animais serem menos inteligentes do que nós” não nos autorizaria a “deixar de levar em conta os seus interesses” (SINGER, Peter. *Ética prática*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 66).

de *especismo*²⁰. Singer fundamenta a sua construção teórica na *capacidade de sofrimento* e no *interesse em não sofrer*, sustentando que tais características teriam o condão de projetar os animais para a condição de *sujeitos de uma comunidade moral*, ou seja, conferindo-lhes o *status moral*²¹. Porém, o autor deixa-se levar por um argumento falacioso: o argumento que *presume* a igualdade da capacidade de sofrimento entre homens e animais. Esse argumento é manifestado no que o autor vai chamar de *princípio da igual consideração de interesses*²². Singer oferece importantes contributos à doutrina da proteção dos animais, tais como a valorização da *capacidade de sofrimento* e a exaltação do *interesse*, enquanto condição para ser sujeito de uma comunidade moral, mas incorre em um grave erro argumentativo ao se valer de uma presunção – desacompanhada de razões fortes – para sustentar uma *pseudoigualdade* entre homens e animais.

Entretanto, a *pergunta pela possibilidade de os animais serem titulares de bens jurídico-penais* passa ao largo dessa discussão. Ela prescinde da concepção de *igualdade entre homem e animal*. Não é uma pergunta sobre igualdade. É, sim, uma pergunta sobre a superação do paradigma antropocêntrico-radical na dogmática jurídico-penal, ainda que se reconheça uma *diferença* abissal entre os dois entes, homem e animal, uma *diferença* de mundo. Porém, a *diferença* não é um obstáculo, mas, antes, um elemento constitutivo da pergunta. A pergunta, quando é colocada, é colocada a partir de uma pré-compreensão dessa *diferença*. A *diferença* é uma premissa. Na *diferença*, e pela *diferença*, percebemos que os animais são seres mais frágeis. São seres que estão sujeitos ao

20 O “especismo” é explicado, por Singer, com o seguinte argumento: “Os racistas violam o princípio de igualdade ao darem maior importância aos interesses dos membros de sua raça sempre que se verifica um choque entre os seus interesses e os interesses dos que pertencem a outra raça. [...] Da mesma forma, aqueles que eu ‘chamaria de especistas’ atribuem maior peso aos interesses dos membros da sua própria espécie [...]”. Em última análise, o autor compreende o “especismo” como uma violação ao princípio de igualdade (SINGER, Peter. *Ética prática*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 68).

21 Para o autor, “se um ser sofre, não pode haver nenhuma justificativa de ordem moral para nos recusarmos a levar esse sofrimento em consideração. Seja qual for a natureza do ser, o princípio de igualdade exige que o sofrimento seja levado em conta em termos de igualdade com o sofrimento semelhante”. Desse modo, se um ser sofre, então ele tem *interesse em não sofrer* (SINGER, Peter. *Ética prática*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 67).

22 A “igual consideração de interesses” tem por pressuposto que “a dor e o sofrimento são coisas más e, independentemente da raça, do sexo ou da espécie do ser que sofre, devem ser evitados ou mitigados” (SINGER, Peter. *Ética prática*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 71).

*perigo*²³, assim como os seres humanos, mas em um nível de vulnerabilidade ainda maior. Os animais são dominados nas relações com os seres humanos. Essa é uma afirmação particularmente evidente quando falamos em animais domésticos e domesticados. Nessa relação de dominação, os animais estão sujeitos à vontade dos seres humanos. Estes podem lhe causar o sofrimento desnecessário em nível intolerável, surgindo o chamamento à sua proteção. A mesma *diferença* que permite a relação de poder, do homem sobre o animal, faz com que esse poder seja um *poder-dever*, um *poder-dever-de responsabilida-* *de* do homem para com o animal, *responsabilidade de não causar-lhe sofri-* *mento desnecessário, responsabilidade em respeitar a fragilidade contida na* *diferença*²⁴.

-
- 23 Torna-se oportuno lançarmos luzes sobre a relação entre “perigo” e “cuidado”. Para tanto, valemo-nos do pensamento de D’Avila. O autor assevera que uma comunidade humana se constrói no seio de perigos, concluindo-se que “o perigo e o cuidado são, nesta perspectiva, nada mais que dimensões da mesma realidade”. Seria “no perigo e pelo perigo que o cuidado” encontraria “a sua razão de ser”, sendo, portanto, “cuidado-de-perigo” (D’AVILA, Fabio Roberto. Ontologismo e ilícito penal. Algumas linhas para uma fundamentação ontoantropológica do direito penal. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (Org.). *Novos rumos do direito penal contemporâneo*: livro em homenagem ao Professor Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 265). Compreendemos, com Faria Costa, que a relação entre “cuidado” e “perigo” se dá – dentre outras razões – “porque o perigo e o cuidado são uma matriz ontológica do ser-aí-diferente comunitariamente inserido”, e, dessa forma, “é que os podemos ver reflectidos, e diferenciadamente reflectidos, no nosso existir” (FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 327).
- 24 Jonas, ao tratar da responsabilidade, sustenta que – em algum momento – todos os homens, ainda que em âmbito parental, experimentam o “cuidado-para” (*Fürsorge*). O autor defende, também, que “apenas o ser vivo (*Lebendige*), em sua carencialidade (*Bedürftigkeit*) e fragilidade (*Bedrohtheit*) – e por isso, em princípio, todos os seres vivos –, pode ser objeto da responsabilidade”. Observa-se que Jonas, dentro do seu horizonte de compreensão, não trata apenas da responsabilidade do “homem” pelo “homem”, mas também do “homem” pelo “ser vivo” (JONAS, Hans. *Das Prinzip Verantwortung*: Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation. Berlin: Suhrkamp, 1984. p. 185) (tradução livre). Jakob, ao desenvolver análise sobre a obra de Jonas, a partir de uma comparação com a obra de Heidegger, defende que, “embora Jonas tenha falhado no objetivo de uma ética operacionalizável para a civilização tecnológica (*operationalisierbaren Ethik für die technologische Zivilisation*), o seu princípio da responsabilidade claramente está um passo além das reflexões éticas de Heidegger” (JAKOB, Eric. *Martin Heidegger und Hans Jonas*: Die Metaphysik der Subjektivität und die Krise der technologischen Zivilisation. Tübingen, Basel: Francke, 1996. p. 353) (tradução livre).

4 A PERGUNTA PELA POSSIBILIDADE DE OS ANIMAIS SEREM TITULARES DE BENS JURÍDICO-PENAIIS NÃO É UMA PERGUNTA PELA POSSIBILIDADE DE UM DIREITO PENAL MORALIZADOR

O direito penal é *ultima ratio* e jamais poderia ser utilizado como instrumento para a moralização de indivíduos²⁵. O direito penal não deve buscar virtuosos, mas, sim, entre outras coisas, oferecer limite ao Leviatã²⁶. Toda e qualquer forma de compreender o direito penal dentro de uma perspectiva moralizadora é inquestionavelmente descabida, devendo ser extirpada²⁷. Porém, a *pergunta pela possibilidade de os animais serem titulares de bens jurídico-penais* está absolutamente distante de toda e qualquer forma de moralização por meio do direito penal, pois não pretende tornar os homens melhores, mas apenas refinar a compreensão da tutela penal de animais.

Ideias jurídico-penais, por vezes, são distorcidas em nome de abomináveis ideais. Esse, infelizmente, foi o caso de algumas ideias relacionadas à tutela penal de animais. No *nacional-socialismo*, a previsão do crime de cruel-

25 Falar na “moralização de indivíduos”, por meio do direito penal, é algo que inevitavelmente nos arremessa ao período pré-iluminista. Período histórico em que se confundia “crime” e “pecado”. O ilícito penal era compreendido dentro de uma “dimensão acentuadamente teológica”. Somente com a separação entre Estado e Igreja foi possível a distinção entre “crime” e “pecado”. D’Avila sustenta que, a partir dessa separação, “à igreja competiriam o pecado, a maldade, os vícios, enfim, o homem em suas dimensões interna e externa”, enquanto que “ao Estado, por outro lado, sem qualquer pretensão de interferir no modo de ser humano, na sua postura interior ou no seu modo de pensar, competiriam as intervenções do homem no mundo” (D’AVILA, Fabio Roberto. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário. In: D’AVILA, Fabio Roberto; SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius (Org.). *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 74 e 75). Roxin, no mesmo caminho teórico, vai defender que cabe “ao Estado a tarefa de assegurar uma convivência livre e pacífica sob a égide dos direitos humanos”; porém, “a tarefa de tutelar os cidadãos em sentido moral, religioso, ideológico ou apenas paternalista, ao contrário, não lhe foi repassada pelo detentor do poder estatal (o povo)” (ROXIN, Claus. Fundamentos político-criminais e dogmáticos do direito penal. Trad. Alaor Leite. *RBCCrim*, 112, ano 23, p. 33-39, jan./fev. 2015, p. 34).

26 LISZT, Franz von. *Strafrechtliche: Aufsätze und Vorträge*. Berlin: J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, t. II, 1905. p. 60.

27 Torna-se necessário, ainda hoje, lembrarmos o pensamento de Beccaria, contrário a toda e qualquer forma de moralização por meio do direito penal: “A única e verdadeira medida dos delitos é o dano provocado à nação” (*l’unica e vera misura dei delitti è il danno fatto alla nazione*) (BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Milano: Feltrinelli Editore, 2009. p. 46) (tradução livre).

dade contra animais (*Tierquälerei*) foi utilizada como argumento em favor da moralização por meio do direito penal. Essa ideia possuiu certa longevidade, pois no projeto da reforma de 1962 – do Código Penal alemão – o crime de crueldade contra animais foi inserido no capítulo dos “crimes contra a ordem moral”²⁸.

Considerar os “crimes contra animais”, a exemplo do crime de crueldade contra animais, como mera imoralidade, ou como “crime de proteção de sentimentos” (*Gefühlsschutzdelikt*)²⁹, é compreender ingenuamente o problema. Porém, a miopia antropocêntrica-radical não permite um olhar para além do raso. A *questão-dos-animais* está para muito além de um mero binômio moralidade-imoralidade, ou de uma questão sobre sentimentos, ela diz respeito a uma compreensão existencial.

CONCLUSÃO

Com a compreensão apresentada, pode-se concluir que a *pergunta pela possibilidade de os animais serem titulares de bens jurídico-penais* é uma pergunta privilegiada, pois questiona os limites do direito penal. Porém, uma tal pergunta, como demonstrado, está cotidianamente velada por incompreensões e simplificações. Conquistou-se, por meio da análise empreendida no presente estudo, o esclarecimento de algumas das referidas incompreensões e simplificações: (i) a *pergunta pela possibilidade de os animais serem titulares de bens jurídico-penais* não é uma pergunta pela possibilidade de a natureza em geral ser titular de bens jurídico-penais, pois os animais são os entes exemplares

28 GRECO, Luís. Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais. *Revista Liberdades*, n. 3, p. 47-59, jan./abr. 2010, p. 49. D’Avila, ao tratar do ordenamento jurídico-penal alemão vigente no nacional-socialismo, assevera que “a sociedade representada no Estado substitui o espaço antes ocupado pelo homem, e o centro do direito penal é ocupado por conceitos como fidelidade e obediência. E, neste abandono do particular em prol da coletividade, a noção de liberdade individual transmuta-se em deveres morais para com a comunidade”. Fala-se na existência de um “ordenamento jurídico destacadamente ético”, marcado, principalmente, pela “noção de violação do dever” e pela “obediência ao Estado” (D’AVILA, Fabio Roberto. O inimigo no direito penal contemporâneo. Algumas reflexões sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Sistema penal e violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 104).

29 Sobre os “crimes de proteção de sentimentos” (*Gefühlsschutzdelikte*), ver, por todos, HÖRNLE, Tatjana. *Grob anstößiges Verhalten*. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2004; HÖRNLE, Tatjana. Der Schutz von Gefühlen im StGB. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Org.). *Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003.

do meio ambiente (natural), distinguindo-se de todos os outros entes, devido ao fato de possuírem *modo*, podendo sofrer; (ii) a *pergunta pela possibilidade de os animais serem titulares de bens jurídico-penais* não é uma pergunta sobre o direito penal ambiental (*stricto sensu*), pois a tutela da fauna não implica, necessariamente, a tutela do animal individualmente considerado e a tutela penal do animal individualmente considerado não implica, necessariamente, a tutela da fauna; (iii) a *pergunta pela possibilidade de os animais serem titulares de bens jurídico-penais* não é uma pergunta pela possibilidade de igualdade entre homem e animal, pois é a diferença entre os dois entes que impõe a necessidade de colocarmos tal pergunta; (iv) a *pergunta pela possibilidade de os animais serem titulares de bens jurídico-penais* não é uma pergunta pela possibilidade de um direito penal moralizador, pois a tutela penal de animais não visa à proteção de sentimentos. Conquista-se, com tais explicitações, alguns quadrantes de um solo fenomenológico para a reflexão sobre a possibilidade de os animais serem reconhecidos como titulares de bens jurídico-penais.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *O aberto: o homem e o animal*. Trad. Pedro Mendes. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.
- BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Milano: Feltrinelli Editore, 2009.
- D'AGOSTINO, Di Francesco. I diritti degli animali. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Milano: Giuffrè Editore, IV, Serie LXXI, gennaio/marzo 1994.
- D'AVILA, Fabio Roberto. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário. In: D'AVILA, Fabio Roberto, SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius (Org.). *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. O inimigo no direito penal contemporâneo. Algumas reflexões sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Sistema penal e violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- D'AVILA, Fabio Roberto. Ontologismo e ilícito penal. Algumas linhas para uma fundamentação onto-antropológica do direito penal. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (Org.). *Novos rumos do direito penal contemporâneo: livro em homenagem ao Professor Dr. Cezar Roberto Bitencourt*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de direito penal: fragmenta iuris poenalis*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2009.
- _____. *O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra: Coimbra, 2000.
- FEIJÓ, Anamaria. *Utilização de animais na investigação e docência: uma reflexão ética necessária*. Porto Alegre: Edipucrs, 2005.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. *Crimes ambientais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

- GRECO, Luís. Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais. *Revista Liberdades*, n. 3, p. 47-59, jan./abr. 2010.
- HAEBERLIN, Carl Franz Wilhelm Jérôme. *Grundsätze des Criminalrechts: Nach den neuen deutschen Strafgesetzbüchern*. Leipzig: Friedrich Fleischer Verlag, 1848.
- HEIDEGGER, Martin. *Os conceitos fundamentais da metafísica: mundo, finitude, solidão*. 2. ed. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.
- HÖRNLE, Tatjana. *Grob anstößiges Verhalten*. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2004.
- _____. Der Schutz von Gefühlen im StGB. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Org.). *Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003.
- JAKOB, Eric. *Martin Heidegger und Hans Jonas: Die Metaphysik der Subjektivität und die Krise der technologischen Zivilisation*. Tübingen, Basel: Francke, 1996.
- JONAS, Hans. *Das Prinzip Leben: Ansätze zu einer philosophischen Biologie*. Frankfurt am Main, Leipzig: Insel Verlag, 1994.
- _____. *Das Prinzip Verantwortung: Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*. Berlin: Suhrkamp, 1984.
- KRELL, Andreas Joachim. Comentário ao artigo 225. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz [Coord.]. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- LISZT, Franz von. *Strafrechtliche: Aufsätze und Vorträge*. Berlin: J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, 1905.
- MARCÃO, Renato. *Crimes ambientais: anotações e interpretação jurisprudencial da parte criminal da Lei nº 9.605, de 12.02.1998*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ROXIN, Claus. Fundamentos político-criminais e dogmáticos do direito penal. Trad. Alair Leite. *RBCCrim*, 112, ano 23, p. 33-39, jan./fev. 2015.
- RÜDIGER, Francisco. *Martin Heidegger e a questão da técnica: prospectos acerca do futuro do homem*. Porto Alegre: Sulina, 2006.
- SINGER, Peter. *Ética prática*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- SIRVINSKAS, Luis Paulo. *Tutela penal do meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais. In: D'AVILA, Fabio Roberto; SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius (Org.). *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- STEIN, Ernildo. *Antropologia filosófica: questões epistemológicas*. Ijuí: Unijuí, 2010.
- _____. *Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico*. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2006.
- TEIXEIRA NETO, João Alves. *Tutela penal de animais: uma compreensão ontoantropológica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.