



O BEM JURÍDICO PROTEGIDO NOS CRIMES CONTRA A FAUNA

Alex Fernandes Santiago

INTRODUÇÃO

Atualmente, os crimes contra a fauna, em especial o crime de maus tratos de animais, presente no Brasil no artigo 32 da Lei 9.605/98, e, quiçá em um futuro próximo, os crimes de transporte inadequado de animais, abandono de animais, ou omissão de socorro a animais, presentes nos artigos 392 a 394 do Projeto de novo Código Penal, o Projeto de Lei no Senado n. 236, de 2012, originam acaloradas discussões no Direito Penal, que culminam no questionamento da própria validade do conceito de bem jurídico na teoria geral do Direito Penal, o que demonstra a necessidade de aprofundamento na discussão do bem jurídico protegido nos crimes contra a fauna¹.

AS TEORIAS SOBRE O BEM JURÍDICO PROTEGIDO NOS CRIMES CONTRA A FAUNA, ESPECIALMENTE NO CRIME DE MAUS TRATOS CONTRA OS ANIMAIS

Considerando que, para a doutrina dominante, em cada situação histórica e social de um grupo humano os requisitos imprescindíveis para uma existência em comum se manifestam em uma série de condições valiosas, que são os bens jurídicos (ROXIN, 2008, p. 65); esta corrente majoritária entende que é tarefa do Direito Penal a proteção destes.

1 Parte dos argumentos aqui expendidos toma como base o que consta em Santiago (2015).

Apesar de dominante, tal teoria não é imune a problemas.

Primeiramente, haverá aqueles que, em maior ou menor medida, negam ao Direito Penal a finalidade de proteção de bens jurídicos, entendendo que sua verdadeira missão é a proteção da vigência da norma.

Em segundo lugar, os próprios partidários da teoria do bem jurídico reconhecem que o conceito de bem jurídico carece de contornos precisos.

Por último, os mesmos seguidores reconhecerão que em alguns tipos penais é difícil determinar qual o bem jurídico protegido².

Essa dificuldade é facilmente visualizada nas discussões teóricas sobre o bem jurídico protegido no crime de maus tratos contra os animais, em que, em princípio, haveria problemas de legitimação para os defensores de uma visão antropocêntrica.

2 Resumo de Ordeig (2007). Tal livro é resultado das variadas discussões em Alemanha sobre a teoria do bem jurídico, sua adequação, ou necessidade de superação, e sua projeção sobre a teoria geral do Direito Penal. É interessante observar que neste encontro volta e meia os crimes contra a fauna eram agitados, seja para questionar a validade da teoria do bem jurídico, seja para reafirmá-la, porém sob os mais diversos enfoques.

A VISÃO ANTROPOCÊNTRICA - ALGUMAS VERTENTES

Em uma visão antropocêntrica radical, uma teoria pessoal ou monista do bem jurídico, deriva do indivíduo todo juízo de merecimento de pena, e mesmo na proteção de bens coletivos deve-se buscar a recondução ao indivíduo (DOBÓN, 2007, p. 209 e ss.).

Por esta corrente não existe autonomia do bem jurídico coletivo meio ambiente. A tipificação de delitos contra o meio ambiente somente poderia ser contemplada sob o prisma da proteção de determinados bens jurídicos individuais, em especial a vida, a integridade física e a saúde. Em sua vertente radical, o meio ambiente sequer pode ser considerado bem jurídico, mero instrumento que é para o ataque a bens jurídicos individuais.

Em consequência a esse entendimento, haverá quem afirme que quanto mais distante da pessoa humana, maiores devem ser as justificativas para invocar a proteção penal, caso da proteção ao meio ambiente, que somente poderia se relacionar com a proteção do indivíduo de forma mediata. E que, apesar de não ser ilegítima sua proteção, deve-se comprovar se há um vínculo com as condições para o desenvolvimento pessoal do indivíduo para que se possa cogitar da proteção da fauna, de acordo com o seu grau de proximidade ao ser humano. Neste caso, entender-se-ia a proteção da fauna como proteção da vida humana ou da integridade física – de um modo intencionalmente extremo – contra a brutalidade frente a seres parecidos com os humanos (STERNBERG-LIEBEN, 2007, p. 111-112).

Haverá também aqueles que, não podendo abandonar a recondução ao indivíduo, dirão que a proteção dos animais contra os maus tratos humanos se justifica desde uma visão kantiana, no sentido que não se pode aceitar o perigoso abandono moral daquele que maltrata animais. Proteger-se-ia, assim, não o animal em si, mas a pessoa humana, para que não quede abandonada moralmente, maltratando as criaturas³.

Avançando nessa compreensão, haverá na doutrina quem, após reconhecer a dificuldade em estabelecer qual o bem jurídico protegido, afirmará que se protege a vida e a saúde dos animais, mas em uma tentativa de conscientizar a sociedade de que é necessário respeitar as distintas formas de vida e de que assumir o cuidado de animais implica uma responsabilidade a respeito destes. Enredado nesta posição, acabará afirmando que o Direito Penal não deveria ser utilizado para cumprir exclusivamente uma função simbólica (MUÑOZ CONDE; LÓPEZ PEREGRÍN; GARCÍA ÁLVAREZ, 2013, p. 334).

Outros antropocêntricos capitularão diante da dificuldade em encontrar um bem jurídico vinculado diretamente ao homem nos crimes contra a fauna e afirmarão que se trata de um crime de atividade sem bem jurídico, uma relativização da teoria do bem jurídico, em que o legislador incrimina infrações contra convicções culturais profundamente arraigadas, um sentimento socialmente dominante de que não se deve infligir dor aos “irracionais”⁴.

Como uma coisa chama a outra, haverá por seu turno quem critique essa fundamentação, porque não se pode basear uma incriminação somente em um sentimento socialmente dominante, o que poderia originar tipificações odiosas, como ocorreu em certo momento histórico, em relação à homossexualidade; tampouco em um suposto direito dos animais, porque esse direito não existe; e afirmará, em uma visão antropocêntrica moderada, que o sentimento de mal

estar que originam os maus tratos a animais é um sentimento legítimo, que não pode prevalecer sobre um direito inexistente daquele que maltrata a desenvolver sua personalidade fazendo sofrer aos animais. Esse sentimento legítimo configura o bem jurídico protegido; sem embargo, mantendo a convicção antropocêntrica, pois esse mal estar somente pode surgir quando os maus tratos a animais são observados por uma pessoa ou por pessoas distintas do agressor que maltrata⁵...

Outros, reconhecendo explicitamente a dificuldade da teoria antropocêntrica para justificar a existência de um bem jurídico protegido no crime de maus tratos contra os animais, capitularão, afirmando que não existe bem jurídico protegido no crime do artigo 32 da Lei 9.605/98. Apesar disso, não renunciarão aos postulados antropocêntricos, asseverando constituir tal crime uma exceção à teoria do bem jurídico, que, contudo, não a invalida⁶.

DIFICULDADES DA VISÃO ANTROPOCÊNTRICA, EM UMA TEORIA PESSOAL DO BEM JURÍDICO, EM ESPECIAL RECONHECER QUE OS ANIMAIS SÃO PROTEGIDOS POR SI MESMOS

É hora de chamar a Defesa Civil e interditar o tradicionalíssimo prédio antropocêntrico, que já não pode ser mais habitado. As rachaduras no edifício evidenciam que a estrutura está abalada, e pede-se uma substituição do arcabouço teórico.

É verdade que proteger a fauna e a flora acabará reconduzindo à proteção da saúde e vida do próprio homem. Estamos todos juntos nesse planeta. Mas isso no complexo de interações, muitas delas desconhecidas, em ignorância imposta pelos próprios limites do conhecimento humano atual.

Semelhante doutrina traz inequívocos problemas de legitimação, pois se afasta demasiadamente do bem jurídico protegido. Não bastasse, tem consequências mais que relevantes: acarreta maior exigência probatória, já que não é suficiente a lesão ao bem jurídico meio ambiente, pois se deve provar que houve a lesão ou exposição a perigo de lesão de bens jurídicos individuais. Somente argumentos muito forçados (SEHER, 2007, p. 87-89) levam em todo o momento a uma proteção do homem, mas aí os próprios antropocêntricos estariam sendo bastante *antropos*, mas não tão *centrum*...

Se de um lado é certo que os bens jurídicos encontram-se ao serviço das pessoas, pois são as condições básicas para a vida em sociedade, daí não implica que os bens jurídicos supraindividuais dependam dos individuais, de maneira que a lesão daqueles somente adquira relevância para o Direito Penal se se visualiza uma afetação dos segundos⁷. De outro lado, se é certo que os bens supraindividuais são aqueles que todos podem aceder, o que ao final reverte no interesse de todos, isso não significa que os bens jurídicos coletivos derivem dos bens jurídicos individuais⁸.

Isso demonstra que a concepção antropocêntrica é muito estreita e dela não deriva nenhum ponto de apoio para a decisiva questão de quais são as ingerências na natureza admitidas ou em qual medida o serão, assim como não especifica quais devem ser excluídas, e, afinal, quais devem ser sancionadas penalmente (STRATENWERTH, 2005, p. 68). Exige-se, com esse alargamento

5 Posição de Ordeig (2007, p. 17-18).

6 Como anteriormente era a posição de Greco (2011, p. 89-92).

7 É o que critica Dobón (2007, p. 218).

8 Citando Kuhlen, Dobón (2007, p. 219).

3 Como registra, criticando, Seher (2007, p. 87).

4 Como sintetiza Ordeig (ob. cit., p. 16-17) a posição de Hefendehl, que se aprofundou em estudo sobre bens jurídicos coletivos.

das interações para atingir um valor antropocêntrico, um sobre-esforço do personalismo, que culmina, por fim, em não promover a tão sonhada função crítico-limitadora sonhada por seus partidários (AMELUNG, 2007, p. 238)...⁹

E uma vez mais se comprova a assertiva de que os penalistas desconhecem o Direito Ambiental e suas peculiaridades. É inerente ao dano ambiental seu aspecto bifronte, já que abarca tanto aspectos coletivos quanto aspectos individuais. De um mesmo evento lesivo podem surgir várias consequências, de distinta natureza. Assim se dá com o dano ambiental. Ao mesmo tempo em que o dano ambiental abrange os danos aos recursos naturais, aos bens comuns e as suas consequências, também os efeitos negativos causados sobre os indivíduos se encerram na expressão dano ambiental, configurando um dano particular. Daí a ambivalência que preconizava Alsina, pois a locução dano ambiental designa não somente o dano que recai sobre os recursos naturais, bens comuns a toda coletividade, mas também se refere ainda ao dano que o meio ambiente ocasiona de rebote (*par ricochet*) aos interesses legítimos de uma pessoa determinada, um dano particular, patrimonial ou extrapatrimonial¹⁰. Tal distinção terá reflexos inclusive no Direito Processual Civil, em que o dano ambiental em sua face coletiva permite que se acionem os legitimados extraordinários, titulares de interesses difusos; e, pela afetação do mesmo bem coletivo, podem ser produzidos efeitos quanto à vida, à saúde ou patrimônio das pessoas, razão pela qual o dano ambiental, em seu aspecto individual, possibilita que se acionem os titulares desses direitos individuais afetados¹¹.

Todo o expendido evidencia que não há somente uma face individual do dano ambiental; ao revés, ele é por natureza bifronte, razão pela qual estão equivocados os partidários da corrente antropocêntrica.

E aqui voltamos ao aspecto central enfrentado com mais vagar em outra sede¹². Para compreender as razões dessas discussões teóricas, é necessário entender o contexto em que se insere a normativa penal ambiental, em especial a proteção da fauna. O Direito Penal Ambiental refletirá a concepção que determinada sociedade tem da natureza e o que quer desta relação, o que lhe impõe diversas limitações¹³.

9 Em verdade os antropocêntricos, em especial os seguidores da corrente conhecida como de Frankfurt, capitaneada por Hassemer, dão mostras de optar por uma discussão que é semântica. Ao agitar questionamentos fincados na teoria do bem jurídico, em verdade questionam o conteúdo por eles idealizado de Direito Penal. Nestes casos, a teoria do bem jurídico não pode servir para argumentos tão diversos, como anota Seher (2007, p. 77). Observemos que mesmo nos países em que não se adota a teoria do bem jurídico, como nos anglo-saxões, em que o doutrinador protagonista é Joel Feinberg, expoente da teoria do *harm principle*, admite-se o Direito Penal Ambiental sem problemas (KAHLO, 2007, p. 61).

10 Recorda Besalú Parkinson (2005, p. 199-200). A distinção é tradicionalmente aceita pelas doutrinas ambientais argentina e brasileira, ensina Cafferatta (2009, p. 33-35).

11 Ver Lorenzetti (2009, p. 28). A dupla face do dano ambiental é reconhecida legislativamente no Brasil, conforme sua Lei de Política Nacional do Meio Ambiente de 1981 (Lei 6.938, artigo 14, parágrafo primeiro): “é o poluidor obrigado independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.”

12 Ver Santiago (2015).

13 “El derecho penal es el correlato normativo de una política criminal determinada; esta afirmación es válida también para el campo del medio ambiente. ... La eficacia o el valor de la norma penal depende, entonces, de presupuestos previos, de una especie de trípode en el cual son decisivos la naturaleza de la política social – en la que está incluida, naturalmente, la política ambiental, la criminal, etc. – las características del estado que la aplica y la realidad social de la cual se extraen los datos de la ciencia.” (BAIGÚN, 1978, p. 25).

Vivemos simultaneamente uma crise de vínculo e de limite com a natureza. Crise de vínculo, já que não conseguimos discernir o que nos liga ao animal, à natureza; crise de limite, pois não conseguimos discernir o que dela nos distingue. Enquanto não repensarmos nossa relação com a natureza e enquanto não formos capazes de descobrir o que dela nos distingue e o que a ela nos une, vão serão nossos esforços, como são testemunha a pouca efetividade do Direito Ambiental e a modesta eficácia das políticas públicas neste âmbito (OST, 1995, p. 9).

Desde a modernidade se perdeu o sentido de vínculo e de limite nas relações com a natureza. Isso se reflete nas duas grandes correntes que disputam a primazia na concepção da relação do homem com a natureza, e que se projetam na concepção do bem jurídico protegido nos crimes contra a fauna: a corrente antropocêntrica, que faz da natureza um objeto, e a ecocêntrica, que a transforma em sujeito (OST, 1995, p. 10.).

Na corrente antropocêntrica, a natureza adquire *status* de mero ambiente, simples cenário no centro do qual reina o homem, dono e senhor, o que possuiria suporte em textos religiosos, como a Bíblia, em Gênesis I, 26.

Todavia, muitos se esquecem que a Bíblia tem diversas passagens que incitam à moderação e responsabilidade no uso dos recursos naturais, o que se observa no próprio livro do Gênesis, IX, 9, quando se estabelece a aliança entre não somente Deus e os homens, mas entre todos os seres vivos que estavam ao redor. Ao usar e abusar desta, se alcançou a devastação que hoje nos ameaça, por exemplo, com as mudanças climáticas. É o reinado da desmesura que se instala.

Semelhante postura é cristalizada no até aqui dominante paradigma cartesiano, e seus quatro postulados principais:

- os humanos são fundamentalmente diversos das outras criaturas, sobre as quais têm o poder de exercer o domínio;
- os humanos são senhores de seu destino, razão pela qual lhes cabe fixar seus próprios objetivos e adaptar os meios necessários;
- o mundo é vasto e contém recursos ilimitados;
- a história da humanidade é de progresso constante, para todo problema há uma solução, em geral técnica, razão pela qual não há motivo para travar o progresso.

A concepção antropocêntrica se reflete, *v.g.*, na teoria civilista do direito de propriedade, que tem horror ao vazio (OST, 1995, p. 67 e ss.). A propriedade ou será pública ou privada. À margem, o que não pertence a ninguém. *Res nullius* e *res communes*. Tal compreensão carrega em seu interior uma lógica de apropriação inesgotável e segue até hoje sem existir uma teoria própria para os bens comuns, que são um desafio para o futuro do Direito Ambiental.

O que hoje se observa é um projeto do homem de domínio da natureza, que depende da tecnologia. No momento que esta se incrementou de modo exponencial, este domínio também se manifestou de modo mais profundo, com avançado estado de degradação ambiental.

Em reação a tal tendência, e como inequívoca aplicação da “*lei de bipolaridade dos erros*”¹⁴, consubstanciada, no caso, em adotar a inversão completa de perspectiva, surge a *deep ecology*, em que não é a Terra que pertence ao homem, e sim este à Terra, o que reativa a mais poderosa de todas as fantasias, que é o retorno às origens, conforme já abordado anteriormente.

14 Teorizada por Gaston Bachelard, consistente em não abandonar uma posição equivocada, para em seguida ocupar a posição oposta, igualmente reducionista e que comparte com a primeira certo número de características essenciais, lembram François Ost e Michel van de Kerchove (1988, p. 177 e ss).

Grandes lemas, que já dizem tudo, ressoam: *Earth first, Live and let live!, Widening the circle, Earth wisdom, Liberation of life, of nature, of animals*. O que termina por conduzir a um monismo: tudo é natureza, tudo está no círculo da vida, nenhuma criatura é mais nem menos que outra, a natureza é sujeito de direito.

A tudo isto se pode objetar: 1) que o Direito é feito pelo homem e para ele; 2) que a personificação da natureza é uma estratégia mais simbólica que operativa; 3) que a ideia da *deep ecology* tanto exige às vezes muito quanto às vezes muito pouco da Ciência; 4) que nós não podemos acessar diretamente a natureza (OST, 1995, p. 212).

Por mais que se queiram bem aos animais, não conseguimos pensar como eles, interpretar adequadamente seus desejos (se muitas vezes não conseguimos entender nem os nossos, quanto mais os das criaturas), e sempre teremos uma visão que, apesar de denominada ecocêntrica, será fruto de uma interpretação humana do que seja melhor para os demais animais (é preciso recordar que também somos animais). Assim, para dar um exemplo, por mais que eu queira bem ao sapo Edgar, que se instalou no quintal de minha casa, não consigo entender realmente o que ele sente ou deseja, muito embora me alegre com sua presença. Aliás, Edgar é como eu o chamo, e ele pode muito bem ter outro nome entre os seus, que eu desconheço.

A crise de vínculo e de limite conduz, assim, a dois equívocos opostos e solidários que são a visão antropocêntrica e a ecocêntrica. Na primeira, a natureza é vista como um objeto. O homem projeta nela sua visão das coisas, uma determinada visão das coisas, necessariamente datada e localizada. Na segunda, a natureza como sujeito tudo absorve.

Obviamente esses problemas se repetem no Direito Penal Ambiental. Neste âmbito, a teoria antropocêntrica pura, ou radical, ou personalista-monista, não serve para justificar os crimes contra a fauna, não serve para o meio ambiente, e termina, por isso mesmo, por não servir para o próprio homem, pois apenas contribui para o reforço do paradigma cartesiano e continuidade do deterioro ambiental, em prejuízo do próprio ser humano. Ilude-se quem a aplica, e os fundamentos que a alargam somente realçam sua inadequação. Por outro lado, afirmar que devemos, ou melhor, que somos capazes de abraçar uma teoria ecocêntrica pura seria demasiada pretensão do ser humano, pois a verdade é que somos incapazes de interpretar exatamente o que querem os animais. Não prejudicá-los já seria um grande progresso, em verdade.

Pois bem. Se a realidade não se ajusta a uma determinada concepção de bem jurídico que um penalista acredita correta, talvez seja o momento de reconhecer que sua posição se demonstra inapropriada ou capitular diante da estreiteza doutrinária da teoria anteriormente sustentada¹⁵.

15 Ver Frisch (2007, p. 318-319): “Que una realidad no se ajuste al concepto de bien jurídico que uno considera personalmente correcto no significa que

Nesse sentido, as distintas vertentes antropocêntricas acima mencionadas demonstram que tal concepção já dá mostras de estar em crise e necessita ser superada.

Estar aferrado a uma visão antropocêntrica tão estreita conduz o estudioso do Direito Penal a becos sem saída como os vistos acima: para reafirmar o dogma de que se protege o homem na tipificação dos maus tratos contra animais, cogitam alguns da proteção de sentimentos, ou saem pela tangente afirmando a ausência de bem jurídico... Talvez se possa visualizar esta proteção do homem em um sentido extrapenal, protegendo-o de sua própria ignorância ou brutalidade, mas afirmar que este é o bem jurídico protegido é forçar excessivamente a argumentação.

Como visto, não é de hoje que os crimes contra a fauna representam um desafio para a teoria geral do Direito Penal. Roxin já chegou a afirmar que a proteção jurídico-penal dos animais sempre “*pôs em apuros*” a teoria do bem jurídico¹⁶.



O expoente alemão é inclusive um eloquente exemplo destes apuros, pois chegou a ensaiar uma aproximação de uma concepção mais ampla da proteção do bem jurídico, para depois retroceder.

Apesar de entender que os bens jurídicos são realidades ou fins úteis para o indivíduo e o livre desenvolvimento de sua personalidade, Roxin em um momento (1997), pronunciou-se favoravelmente à proteção dos animais, entendendo que o princípio de proteção de bens jurídicos deve ser ampliado, para estender o contrato social do círculo das pessoas vivas para outras criaturas e também para as gerações futuras, vendo a proteção da fauna como um ato de solidariedade com nossos “irmãos distantes”. Contudo, em edição posterior de sua obra, já em 2006, suprimiu o trecho que continha esta fundamentação, acreditando parte da doutrina por representar o perigo de voltar à proteção de sentimentos morais¹⁷.

no posea tal cualidad, sino que puede ser muestra de lo inapropiado de la estrechez doctrinal de la teoría que se sostiene. Un buen ejemplo de ello es la campaña dirigida por los partidarios de la teoría personal del bien jurídico contra los bienes universales o el medio ambiente. Por regla general, lo que en un discurso democrático y plural se llega a definir como sustrato valioso y requerido de protección, resulta serlo también realmente.”

16 Ver Roxin (2006, § 2, n. 55 e 56), lembrado por Ordeig (2007, p. 16).

17 Conforme observa Ordeig, lembrando a mudança da 3ª para a 4ª edição da obra de Roxin (ROXIN, Claus. **Strafrecht Allgemeiner Teil**. vol. I, 3 ed., Munique: CH Beck, 1997) e a 4ª edição (ROXIN, 2006). Greco (2011, p. 90), também acusa essa mudança, afirmando que a supressão se deveu à impossibilidade de extensão do conceito de bem jurídico para a proteção de sentimentos superiores, afastando sua função crítica, pelo que Roxin, na quarta edição, entende haver uma criminalização sem bem jurídico. Mas observemos que Roxin sustentou tal posição por um bom período, inclusive reafirmando-a em Congresso de 2002, conforme Roxin (2007, p. 456): “uno no tiene que renunciar al principio de protección de bienes jurídicos, como pretende Stratenwerth, sino que sólo tiene que ampliarlo, extendiendo el contrato social del círculo de las personas vivientes a otras criaturas de la creación y [Mitgeschöpfe] y a las generaciones futuras.” Analisa essa posição,

E aí me parece que se pode visualizar um falso problema.

Acreditar que a proteção dos animais, por meio do crime de maus tratos, representaria a busca da proteção de um sentimento, a reafirmação de uma moralidade, o que constitui uma premissa incorreta, e daí alardear que tal concepção permitiria também a incriminação de sentimentos então socialmente dominantes, como o repúdio à homossexualidade ou à prostituição, somente comprova a estreiteza da concepção antropocêntrica pura, que constrói, a partir de seus postulados, um beco sem saída¹⁸.

Não se protege sentimento algum quando se protegem os animais. O que se protege são os próprios animais:

[...] deve-se retirar uma lição do fracasso de todas as tentativas de uma fundamentação indireta: os animais são protegidos pelo Direito Penal não em função do ser humano, mas em função de si mesmos.¹⁹

Os animais possuem um valor intrínseco. Se se pode fazer alguma concessão à teoria antropocêntrica nesse caso, teoria esta que precisa inserir o homem em tudo, nos crimes contra a fauna protegem-se os animais do homem.

As profundas discussões teóricas do bem jurídico protegido nos crimes contra a fauna, das quais se apresentou, para não cansar o leitor, apenas um breve esboço, trazem à lembrança a observação de que a lei penal se evadiu do controle da doutrina (LUHMANN, 2007, p. 116), e o Direito Penal Ambiental é um caso eloquente, especialmente nas discussões sobre o bem jurídico protegido nos crimes contra a fauna. Estas evidenciam a necessidade de rever certos posicionamentos, em especial quando são contrariados pela realidade, em que se verifica a ampla acolhida legislativa e jurisprudencial da necessidade da proteção penal da fauna.

Como bem observa Frisch, parece que alguns penalistas ainda não se deram conta de que nas sociedades modernas a questão do bem jurídico está decidida há algum tempo, com caráter prévio ao Direito Penal. E gera perplexidade ainda maior que o penalista discuta com seriedade sobre a qualidade de bem jurídico de certas realidades, e se olvide que tais questões já foram decididas em princípios e normas que reconhecem tais realidades como bens jurídicos. E arremata afirmando que um dos âmbitos onde o penalista corre o risco de patinar com suas construções teóricas despenalizadoras é o Direito Penal do Meio Ambiente, que alguns juristas continuam a combater, apesar do amplo reconhecimento legislativo, social, e, sobretudo, constitucional (FRISCH, 2007, p. 316-317).

FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL E FILOSÓFICO DA PROTEÇÃO DOS ANIMAIS, PER SE

Ainda fazendo coro aos ensinamentos de Frisch, em lição transponível à realidade brasileira, tem-se que a proteção da fauna já vem definida em caráter prévio ao Direito Penal e encontra assento constitucional. A fauna é abordada em diversas passagens da Constituição brasileira, conforme seus artigos 23, VII, 24, VI, e 225, parágrafo primeiro, inciso I. E

criticando a teoria pessoal do bem jurídico, que passaria a abranger no conceito de pessoa os animais, Kiss (2011, p. 223-226).

18 Para um minucioso histórico dessa confusão que as justificativas moralistas promovem, metendo em um mesmo balaio de gatos a proteção aos animais, a tipificação da homossexualidade e a da prostituição, a análise histórica e filosófica de Greco (2010, p. 47 e ss).

19 Enfatiza Luís Greco (2010, p. 53).

determina a Constituição expressamente o dever do Poder Público de “proteger a fauna e a flora, vedadas na forma da lei as práticas que coloquem em risco a função ecológica, provoquem a extinção das espécies ou submetam os animais à crueldade”.

É, portanto, expresso o comando constitucional de proteção à fauna e, mais especificamente, de proibir os maus tratos aos animais. E, se na ordem infraconstitucional, optou-se por reforçar esta proteção com a sanção penal, não há problema algum, pois o comando era de que a proteção é necessária. Como devia ser feita, ficou ao âmbito de avaliação do legislador. Nesse ponto, a importância de recordar que a fuga para o Direito Administrativo sancionador, dizendo que tais questões não devam ser enfrentadas pelo Direito Penal, ou remetendo a um Direito de Intervenção, tampouco resolve o problema do bem jurídico, pois a diferença entre o ilícito penal e o ilícito administrativo não é qualitativa, mas tão somente quantitativa²⁰.

Portanto, já não se trata, nesse caso, de perguntar-se se o legislador pode proteger penalmente os animais, e sim, no melhor dos casos, sob que condições há que se protegê-los (AMELUNG, 2007, p. 236). E a ordem jurídica infraconstitucional brasileira optou por criminalizar os maus tratos contra os animais no artigo 32 da Lei 9.605/98.

E mais: o futuro não se avizinha tranquilo para os partidários de uma visão antropocêntrica. É tão evidente que a realidade da proteção dos animais por si mesmos como bem jurídico está assentada no Brasil, que terão os antropocêntricos que fazer verdadeiros malabarismos para encontrar o bem jurídico protegido caso vingue o Projeto de novo Código Penal, o *Projeto de Lei no Senado n. 236, de 2012*, em especial seu artigo 394, que tipifica a conduta de

[...] deixar de prestar assistência ou socorro, quando possível fazê-lo, sem risco pessoal, a qualquer animal que esteja em grave e iminente perigo, ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública.

A criminalização da omissão de socorro de animais trará pruridos intermináveis entre os antropocêntricos. Nesses casos, melhor mesmo a saída elegante do *commodus discessus*, ao afirmar que não há bem jurídico protegido, que é uma exceção à teoria.

Vale como registro apontar ainda que alguns países já permitem inclusive giros copernicanos, opostos a uma visão antropocêntrica: no Equador a Constituição, em seu Título II, *Derechos*, capítulo VII, *Derechos de la Naturaleza*, artigo 71, estabelece expressamente:

La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

A Constituição equatoriana, portanto, reconheceu direitos à natureza, conforme, por exemplo, seu direito à restauração, consagrado no artigo 72 da Carta equatoriana.

Assim sendo, dando aplicação ao comando do artigo 71, que compreende os ciclos vitais da natureza, nestes incluídos os ciclos vitais da fauna no Equador, o penalista poderia defender

20 Como bem rebate Ordeig (2007, p. 17).

sem maiores constrangimentos os direitos dos animais, e uma concepção ecocêntrica do bem jurídico protegido nos crimes contra a fauna. O que se protegeria seria o próprio direito dos animais a não sofrer maus tratos.

Se por um lado não podemos afirmar que a ordem jurídica brasileira já tenha caminhado de forma tão incisiva para uma visão ecocêntrica, que poderíamos chamar de ecocêntrica radical, em que se atribuem direitos à natureza (em que, ao fim e ao cabo, sempre haveria uma interpretação feita pelo ser humano, condicionada, ainda que na melhor das intenções, busque se aproximar do ecocentrismo), podemos e devemos reconhecer que o sistema legal pátrio deu mostras de considerar o meio ambiente como bem autônomo, em uma evolução de uma visão econômica ou sanitária do meio ambiente²¹.

Também temos que reconhecer que este bem é protegido pelo sistema jurídico brasileiro *per se*, independentemente de que, direta ou indiretamente, também se proteja o ser humano. É fundamental aclarar não ser esta uma condição necessária (a imediata ou mediata identificação de que está se protegendo um ser humano).

É interessante observar, neste ponto, que muitas vezes se protege o meio ambiente *apesar do ser humano*, ou sem que muitos dos cidadãos saibam que tal proteção lhes convém, e até mesmo se posicionem contrariamente à proteção dos bens ambientais. E tudo isso também será reflexo da estrutura dual que envolve o dano ambiental: muitas vezes, além do dano ecológico puro, ou aos recursos naturais, também haverá o dano à saúde humana, ou algum dano econômico, individual.

O fato é que devemos, os que estudam o Direito Penal, avançar para entender que o bem jurídico meio ambiente é um bem autônomo, com proteção constitucional e jurídico-penal, tanto que assim o determinou, no mandato expresso de criminalização, o artigo 225, parágrafo terceiro, da Constituição Federal. Que a fauna, como visto, também é reconhecida constitucionalmente como bem jurídico, e, como tal, nos oferece a Constituição Federal uma oportunidade para abandonar a teoria antropocêntrica, em sua visão pessoal do bem jurídico. Repita-se: já não se trata de perguntar-se se o legislador deve proteger penalmente os animais, mas sim, no melhor dos casos, sob que condições deve fazê-lo.

Além de encontrar acomodação constitucional, também se pode visualizar fundamento filosófico para a proteção da fauna por si mesma, sem renunciar à concepção tradicional do Direito Penal. Adotando os postulados de um Direito Penal liberal²², decorrente a seu turno de um Estado liberal, e para não ser acusado de propagar a singela argumentação “protejo penalmente porque a Constituição protege”, deve-se recorrer ao argumento central da preocupação com os mais fracos, sendo que a dominação dos outros constitui um mal a ser enfrentado pelo Estado²³.

Tal fundamentação tem o valor de não deixar de atender ao antropocentrismo, mas não no sentido de que o homem é ontologicamente superior a todos os demais, e tão somente porque reconhece sua supremacia *por meio da força* sobre as demais criaturas. Aliás, sempre me pareceu que o discurso

antropocêntrico, no sentido de que o homem está no centro de todas as coisas, que tudo gira ao seu redor, somente pode ser entendido como um discurso dos vencedores, na indesejável disputa que o homem se propôs contra os outros animais, matando-os e aniquilando as espécies, em progressiva extinção. E um discurso de um animal bastante convencido – sim, porque também somos animais, parece que alguns se esquecem, mas é importante lembrar.

É importante reconhecer que estamos no centro apenas porque, no momento, somos os mais fortes. E como as coisas assim se dão, e o mais forte é quem está no centro de tudo, também podemos perfeitamente imaginar que durante o período Mesozóico, na Megassequência Andrelândia, onde se insere parte da Zona da Mata mineira, possa ter acontecido alguma reunião questionando o que deveriam fazer os dinossauros em relação aos animais humanos. Muito provavelmente, neste encontro, o Tiranossauro Rex deve ter pedido a palavra, ou, mais ao seu feitio, dado um grito, defendido uma posição dinossaurocêntrica e afirmado que tudo girava ao redor dos dinossauros, que naquele momento eram os mais fortes. E que, portanto, tudo devia ser pensado em função destes, inclusive os costumes relativos aos demais animais.

Do mesmo modo que mal sabiam os dinossauros que sua extinção se aproximava, e que, inadaptados, a discussão se revelaria completamente inútil, talvez nós também hoje estejamos questionando se deve prevalecer a nossa visão de mais forte, antropocêntrica, ou tentando formular uma visão, inexata e imperfeita, por vezes pueril, ecocêntrica. Daqui a alguns séculos ou milênios, prosseguindo o ritmo de deterioro global que enfrentamos, e concretizando-se as ameaças dos teóricos da mudança climática, as baratas, por exemplo, estarão discutindo qual é o centro, enquanto nós, humanos, seremos objeto de museu.

Triste é observar que a diferença de nós, humanos, para os dinossauros, é que eles não contribuíram intencionalmente para o seu fim: o período glacial foi um fator externo, não criado ou desejado pelos dinossauros, um perigo; as mudanças climáticas, o efeito estufa, no nosso caso, são resultado de decisões conscientes da humanidade em busca de supostas vantagens econômicas e tecnológicas, o que caracteriza a nossa sociedade, a sociedade do risco.



Assim, para arrematar, nos crimes contra a fauna ou, mais especificamente, no crime de maus tratos contra os animais, o bem jurídico protegido é a exclusão da dor de toda criatura sensível²⁴, sem necessidade de recondução à proteção do homem, muito embora, ainda que sem o saber, pelas

21 Quanto à proteção do bem jurídico meio ambiente *per se* no Direito Penal Ambiental, com histórico da evolução de uma visão econômica e sanitária para uma visão autônoma do meio ambiente, bem como para uma abordagem das visões antropocêntrica, e de todos os problemas que esta vem causando, Santiago (2015), capítulo primeiro.

22 Conceito importante, contudo perigoso, pois facilmente manipulável, conforme salienta Kiss (2011, p. 225).

23 Conforme propõe Greco (2010, p. 56).

24 Schünemann, citado por Ordeig (2007, p. 16): “exclusión del dolor de toda criatura sensible al mismo”. Devemos partir desse pressuposto: os animais são criaturas sensíveis, conforme estudos científicos, para entender a proteção da fauna contra os maus tratos.

intrincadas interações causais que ocorrem no meio ambiente, o fato é que a proteção dos animais, de alguma forma, e mesmo sem que o saibamos, sempre reverte em nosso benefício. A dor é de quem tem. Se nós nos compadecemos, ou não, é questão completamente diversa. E está aí o Direito Penal para evitar que os animais, criaturas sensíveis, sejam submetidos a maus tratos. Com isso se considera, mais que postulados antropocêntricos ou ecocêntricos, a relação dos seres humanos com os animais.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, a proteção da fauna, especialmente no crime de maus tratos contra os animais, encontra em nosso país fundamento constitucional, devendo perguntar-se não se o legislador pode proteger penalmente os animais, e sim sob que condições tem que protegê-los. Nesse caso, na proteção dos animais contra os maus tratos, mais que fundamentos antropocêntricos, como nos casos que resvalam para a proteção de sentimentos ou à recondução da proteção direta ou indireta do ser humano, ou mesmo ecocêntricos, como as limitações que teremos nós, humanos, de entender os anseios dos demais animais, deve-se considerar a relação do ser humano com os demais animais, criaturas sensíveis, relação esta em que o homem exerce supremacia pelo meio da força, e na qual se deve excluir a dor de toda criatura sensível, bem jurídico protegido no crime do artigo 32 da Lei 9.605, de 1998.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMELUNG, Knut. El concepto “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: HEFENDHEL, Roland (Ed.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

BAIGÚN, David. Política criminal y tutela del medio ambiente en la República Argentina. **Doctrina penal**, Buenos Aires: Depalma, ano 1, 1978.

BESALÚ PARKINSON, Aurora Victoria. **Responsabilidad por daño ambiental**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

CAFFERATTA, Néstor Alfredo. Daño ambiental. In: CATALANA, Mariana Inés; RODRÍGUEZ, Lorena González (Coords.). **Derecho Ambiental y Daño**. Buenos Aires: La Ley, 2009.

DOBÓN, Maria Carmen Alastuey. Consideraciones sobre el objeto de protección en el Derecho Penal del Medio Ambiente. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). **Direito Penal Contemporâneo**. Estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FRISCH, Wolfgang. Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal. In: HEFENDHEL, Roland (Ed.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

GRECO, Luís. Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais. In: **Revista Liberdades**, n. 3, janeiro-abril 2010.

_____. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato** (com um adendo: princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

KAHLO, Michael. Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho Penal. In: HEFENDHEL, Roland (Ed.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

KISS, Alejandro. **El delito de peligro abstracto**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoría del Derecho Ambiental**. Buenos Aires: La Ley, 2009.

LUHMANN, Niklas. El derecho como sistema social. In: DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. (Org.). **Teoría de sistemas y Derecho Penal**. Fundamentos y posibilidad de aplicación. Lima: Ara Editores, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco; LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen; GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. **Manual de derecho penal ambiental**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

ORDEIG, Gimbernat. Presentación a obra. HEFENDHEL, Roland (Ed.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

OST, François. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

OST, François; KERCHOVE, Michel van de. De la ‘bipolarité des erreurs’. In: **Archives de philosophie du droit**, Paris, Sirey, t. 33, 1988.

ROXIN, Claus. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, vol. I, 4 ed., Munique: CH Beck, 2006.

_____. **Fundamentos político-criminales del Derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

_____. Informe final. In: HEFENDHEL, Roland (ed.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

SANTIAGO, Alex Fernandes. **Fundamentos de direito penal ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. In: HEFENDHEL, Roland (Ed.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. In: HEFENDHEL, Roland (Ed.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

STRATENWERTH, Günther. **Derecho penal**. Parte general I. El hecho punible. Buenos Aires, Hammurabi, 2005.

