

Tutela penal da fauna: o valor protegido pela legislação brasileira

The criminal protection of wildlife: the value protected by brazilian legislation

MARIA AUXILIADORA MINAHIM¹

LUCAS GABRIEL COSTA²

Universidade Federal da Bahia (Brasil)

Sumário: 1. Introdução; 2. A conflitualidade na esfera de proteção ao meio ambiente; 3. A proteção da fauna através da proibição penal; 4. Fundamentos da tutela penal da fauna; 5. Conclusão; 6. Referências.

Resumo: A preservação do meio ambiente como base essencial à manutenção da vida em todas as suas manifestações requer a sistematização de formas de controle com a capacidade reforçar parâmetros éticos ao comportamento humano. É a partir dessa compreensão que o presente estudo possui como proposta central analisar a tutela da fauna através do sistema jurídico-penal. O que se busca é evidenciar e criticar o valor que se estabelece como conteúdo e fundamento ao direito penal e que justifica a criação de um núcleo proibitivo que orienta expectativas comportamentais para o desenvolvimento de um ambiente hábil ao respeito à diversidade da vida como uma perspectiva irrenunciável.

Palavras-chave: Controle Social, Tutela Penal, Proteção da Fauna.

Abstract: Environmental preservation as a foundation to the maintenance of life in all of its expressions requires the systematization of forms of control able to reinforce ethic standards for human behavior. Based on this understanding, the main purpose of the present investigation is to analyze, through the criminal system, the fauna jurisdiction. The aim of the study is to demonstrate and criticize the value established as subject matter and basis for criminal law, which supports the creation of a prohibitive core guiding behavioral expectations for the development of an environment capable of respecting the diversity of life as an irrefutable perspective.

Keywords: Social Control, Criminal Jurisdiction, Fauna Protection.

1 INTRODUÇÃO

O meio ambiente, enquanto sistema formado pela comunhão de espécies, segue, tradicionalmente, no âmbito da valoração sócio-política de sua existência, uma dimensão antropocêntrica que influi nos métodos de controle voltados ao equilíbrio de sua unidade. No caminhar em que se desenvolve a dinâmica das sociedades ocidentais, a análise da adequação e da relação de coexistência entre espécies, entre o ser humano e a fauna,

¹ Doutora em Direito Penal pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professora Titular da Universidade Federal da Bahia.

² Doutorando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Federal da Bahia. Professor e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Salvador.

especialmente, compõe uma pauta fundamental que transversaliza, ou integra, as reflexões que, cientificamente, buscam caminhos ao desenvolvimento de um ambiente harmônico e justo.

Sob um viés ambientalista, isso representa evidenciar e problematizar a necessidade da construção de métodos de controle e programas de orientação a uma convenção comportamental capaz de majorar a importância da manutenção da integridade da vida. É aqui que se demonstra a relevância do direito penal, um sistema de controle institucionalizado, capaz de criar pautas comportamentais com o horizonte de expectativa ao desenvolvimento de uma sociedade constituída por uma ideologia que reforce a necessidade de respeito do homem com outras espécies.

A deferência à vida requer uma compreensão extensiva capaz direcionar o ser humano a um ideal de proteção e preservação de si e do meio ambiente. A racionalidade, tomada para distanciar valorativamente a existência do ser humano, e as circunstâncias que lhes são inerentes, dos outros seres vivos que compõem o meio ambiente, especialmente os animais, justificando, assim, uma hierarquização entre as espécies, não justifica uma relação utilitarista total que orienta o ser humano como um ser que detém o animal como um objeto, uma coisa à sua completa e indiscriminada disposição.

É nesse contexto que se pretende discutir a necessidade e o fundamento da proteção penal dispensada à fauna, que revela em seu conteúdo o conflito inerente à relação existencial entre o ser humano e outras espécies de vida. Conflito que se materializa na crítica do olhar que se lança ao outro, seja como um ser importante em sua essência ou como relevante em sua existência na interação com o ser humano.

A questão que se expõe é o que orienta o homem no âmbito da proteção ao meio ambiente: o respeito à vida animal em si, enquanto respeito aos seres que coabitam um mesmo ambiente ou a fauna como um complexo de coisas disponíveis, a serem dominadas e utilizadas para satisfação do interesse humano. A proteção penal ao meio ambiente, assim, é um tema complexo que pode significar um cuidado da espécie humana consigo própria, bem como a construção de um novo perfil ideológico social, que exige uma compreensão e atenção sobre o desejo e seu movimento de apossamento sobre as coisas e os seres.

A questão que se quer introduzir contém uma dupla indagação: existe um real interesse de preservação da fauna, enquanto um valor em si próprio, de forma que as normas, por representarem as expectativas da sociedade, tenham vigência social ou, o que a lei busca, é criar, estimular ou fortalecer, na consciência social, a necessidade de preservação da vida?

A tutela penal da fauna é um desses temas que põem em evidência os conflitos com que se defronta o homem, colocado entre formas de desejo aparentemente opostas. A dualidade do ser humano e sua dificuldade na preservação do meio ambiente de onde afinal retira os recursos necessários para satisfação de suas necessidades se expõem, com menos disfarces, na relação com os animais.

De tal forma é complexa esta relação que talvez seja possível afirmar que o direito, que permite o abate do boi, quer que a mão do homem proteja o sabiá. É que, de fato, à luz dos princípios ambientalistas se percebe, com facilidade, muitas das incoerências do homem contemporâneo na preservação da natureza, já que, nessa missão, ele vive um conflito: de um lado deseja preservar o ambiente, de outro, quer o próprio bem estar e de sua espécie, ainda que, para isso, o planeta seja cada vez mais espoliado.

2 A CONFLITUALIDADE NA ESFERA DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

Já se observou, a propósito dos movimentos ecológicos que, se a proteção à natureza contra a destruição demandasse apenas sua expressão em slogans, haveria uma adesão geral. Como se trata de escolhas reais, porém, os problemas se multiplicam, já que não se pode pedir, ao mesmo tempo, a interdição de usinas elétricas atômicas e energia mais barata. Se se deseja, realmente, dispensar uma tutela efetiva ao meio ambiente, a

sociedade deve estar pronta para querer menos do que tem, se isto for necessário, abrindo mão do que produz com vistas apenas a usufruir de comodidades supérfluas.

Aqui é possível encontrar outra grande contradição do homem contemporâneo: querer resultados para cuja consecução não tenha que contribuir. Ou seja, desejam-se soluções mágicas para uma vida sempre materialmente próspera sem que isso possa implicar em restrições de qualquer natureza.

Autores debitam essas contradições a causas sócio-políticas. Wolf Paul diz que o grande problema do direito ambiental reside na conflitualidade. Afirma o autor que, ao mesmo tempo em que se deve responder às pressões sociais pela melhoria da qualidade de vida e diminuição de risco, deve-se, também favorecer o processo de acumulação sem tornar mais gravosas as condições do mercado³. Não é de estranhar, portanto, que, apesar da crescente proteção jurídica do meio ambiente, ele continue sendo degradado de forma alarmante.

A justificação da proteção penal no Brasil se apoia no discurso eloquente do legislador constitucional no artigo 225: "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações."⁴ Discurso que não corresponde à história da humanidade ou talvez signifique um conflito entre seus valores e necessidades.

O homem, que abate o boi, não só põe cravos nos cavalos para que cavalguem mais rápido, marca as ovelhas para que não sejam roubadas e tira-lhe a lã para se abrigar do frio; também testa produtos de maquiagem cegando coelhos, mata espécies para aprender mais sobre a vida e aprisiona as aves para ouvir seu canto.

O homem, aliás, abate ao próprio homem e desfaz seus corpos em pedaços, comemorando o êxito na ação de aniquilamento do inimigo. Talvez destrua mais do que qualquer fera, motivando Saramago a afirmar que: "De algo sempre haveremos de morrer, mas já se perdeu a conta aos seres humanos mortos das piores maneiras que seres humanos foram capazes de inventar"⁵.

Quanto aos animais, disse Claude Bernard, não parece ter qualquer dúvida quanto ao papel puramente utilitário que eles têm na vida dos humanos, temos o direito, total e absoluto, de fazer experimentos e vivissecação. Coerente com sua visão utilitarista, o autor observava que seria estranho se fosse reconhecido o direito de usar os animais para serviços caseiros e alimentação e, ao mesmo tempo, fosse proibido seu uso para o ensino da medicina⁶. Dessa forma, entendia que nenhuma experimentação em humanos deveria ser feita sem ser precedida por testes em cães.

Menelick de Carvalho afirma que o ideal de todo Direito é que ele seja cumprido porque as pessoas acreditam na bondade de suas normas e não por medo da polícia e da prisão⁷. Outros autores ao reafirmar a distinção das esferas ética, jurídica, política e religiosa, como forma de reassegurar as liberdades, dizem que a lei não transforma as pessoas em seres éticos e, assim, as normas jurídicas não podem cumprir essa função.

³ WOLF, Paul. *Magacriminalidad ecológica e derecho ambiental simbólico (una intervención iusfilosófica en el sistema de la organizada irresponsabilidad)*: Barcelona, 1990, ejemplar dactilografado.

⁴ BRASIL. Constituição Federal. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. Acesso em 29 de out de 2016.

⁵ SARAMAGO, José. O Fator Deus. Fonte: Folha de S. Paulo, 16.09.01. Disponível em: www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u29519.shtml. Acesso em: 25 dez 2015.

⁶ GOLDIM, José Roberto e Márcia Mocellin Raymundo. *Pesquisa em Saúde e Direito dos Animais*. 1999. www.ufrgs.br/HCPA/animrt.ht

⁷ CARVALHO NETO, Menelick. *Notas de Aulas: curso de Hermenêutica Filosófica e Teoria da Interpretação, Mestrado em Direito*, Faculdade de Direito da UFBa., Salvador, 2000.

3 A PROTEÇÃO DA FAUNA ATRAVÉS DA PROIBIÇÃO PENAL

Considerando que o Direito empresta densidade à moral moderna que, por seu turno, lhe dá legitimidade, pode-se compreender porque o direito penal quer colaborar para a instalação de uma sociedade ética na qual se desenvolvam as relações do homem com os seres com os quais partilha a vida.

Na busca desse sentido no âmbito do direito ambiental, o ordenamento jurídico brasileiro dispõe de leis que têm como objeto material a fauna. A Lei n° 11.794, de 8 de outubro de 2008, embora com críticas pertinentes, regulamenta a prática didático-científica da Vivissecção de Animais, a Lei 9605/98 estabelece os Crimes Ambientais, que reuniu grande parte dos delitos nesta área, facilitando a sistematização da matéria (além de outras esparsas de proteção à fauna como Lei n° 5.197, de 3 de janeiro de 1967, por exemplo).

Discute-se⁸, ainda, a vigência ou não da que proíbe a pesca ou qualquer forma de molestamento intencional, de cetáceos em águas jurisdicionais brasileiras, admitindo-se sua permanência no ordenamento jurídico porque não foi prevista na lei 9605 a previsão de tal conduta.

Embora se possa criticar o fato de alguns tipos afrontarem princípios básicos do direito penal liberal⁹, seja por não haver taxatividade¹⁰, como ocorre com o art. 32 da Lei 9605¹¹, seja por quebra do princípio da proporcionalidade ou mesmo da razoabilidade (apenas para dar a impressão de um Estado presente e atento), o fato é que há previsões legislativas para condutas que lesem ou ponham sob-risco de lesão o meio ambiente e a fauna que nele vive.

A criminalização decorrente da Lei 9605 de 1998, especialmente, possui apoio numa base cultural vinculada a um viés ideológico ambientalista, que segue o mandato implícito de criminalização presente na ordem constitucional instituída em 1988. Nesse sentido, o comportamento de ataque à vida ou integridade física do animal, na sociedade contemporânea, passa a representar uma conduta de maior reprovação e censura social, ao mesmo tempo em que se constitui como instrumento que garante proteção ao perfil ideológico que decorre da norma instituída no artigo 225, inciso VII, da Constituição Federal¹².

⁸ . PRADO, Luis Régis. Crimes contra o ambiente: anotações à lei 9605. 2ª. Ed. São Paulo: RT, 2001.

⁹ "Una buena parte de las ideas y valores que siguen procurando algún punto de humanidad y civilización a nuestro mundo contemporáneo, por más que tuvieran un origen más antiguo, se forjaron precisamente em siglo XVIII: los derechos humanos, el constitucionalismo, la democracia política y el gobierno representativo, el cosmopolitismo, incluso la solidaridad cuyo precedente bien puede rastrearse em la venerable filantropia y, desde luego, también el garantismo penal, que representa la más fecunda a nuestros días de la filosofía jurídica ilustrada." La Ilustración: *De uma filosofia Especulativa a uma Filosofia para a ação*. O Problema Penal. IN: História dos Direitos Fundamentais P.132.

¹⁰ A taxatividade decorre do princípio da legalidade em âmbito penal, estabelecendo um mandato de determinação capaz de orientar um perfeito juízo de adequação, subsunção, entre a conduta do agente e o comportamento proibido pela norma penal. Para Santiago Mir Puig "el postulado de precisión de la ley da lugar al llamado «mandato de determinación», que exige que la ley determine de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles y las penas que pueden acarrear. Constituye éste un aspecto *material* del principio de legalidad que trata de evitar la burla del significado de seguridad y garantía de dicho principio, burla que tendría lugar si la ley penal previa se limitase a utilizar *cláusulas generales* absolutamente indeterminadas." MIR PUIG, Santiago. *Bases Constitucionales del Derecho Penal*. Iustel: Madrid, 2011. P. 74.

¹¹ O artigo 32, caput, pune, com pena de detenção de três meses a um ano, a conduta daquele que praticar *ato de abuso*, maus tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos. Grifo da autora.

¹² Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...] VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a

Entre o direito penal mínimo que se recusa a intervir em conflitos que podem ser pacificados por outros ramos do direito e que, ademais, não impõem a dor da pena, e a necessidade de atender a temores coletivos (reais ou imaginários) as normas penais têm sido alvo de críticas incisivas e contínuas, sobretudo por parte de penalistas da escola de Frankfurt.

Na esteira de Hassemer, afirma-se que o Direito Penal não tem aptidão nem foi predestinado a tratar dos bens jurídicos transindividuais. Esta tarefa caberia ao chamado Direito de Intervenção, por ele proposto: um Direito menos garantístico em termos materiais e processuais e com sanções menos severas do que as existentes no Direito Penal tradicional. Insistindo nessa missão, faria um mergulho do Direito Penal "nas turbulentas águas do risco", tal como Paulo Silva Fernandes refere-se à situação, o que afetaria suas matrizes na medida em que romperia com diversas de suas teses centrais, entre as quais a da exclusiva proteção de bens jurídicos determinados, a da intervenção mínima e a da necessidade. Em contrapartida, dar-se-ia uma expansão das leis simbólicas, com o recurso abusivo à criminalização de condutas de perigo abstrato, às normas penais em branco e à criação de bens jurídicos destituídos de substancialidade.

O *ambientalismo* e o *animalismo*, assim como o chamado novo constitucionalismo latino americano, todavia pressionam no sentido de estender a proteção jurídico-penal da vida a outras espécies além da humana.

O direito penal vive assim, como se afirmou, influências, por vezes, contraditórias quando tutela a fauna, mas esta contradição é o reflexo da relação complexa e conflituosa do homem com a natureza.

Rumos contraditórios de uma relação complexa e conflituosa que se demonstra no fundamento posto a justificar a tutela penal do meio ambiente, especialmente da fauna. Existem construções que propõem a fauna como bem associado ao ser humano, como bem coletivo ou inerente aos direitos humanos, sendo necessário para proteção da vida humana e ao desenvolvimento a gerações futuras¹³.

Adequado é sustentar que a fauna integra o meio ambiente, que se dispõe como bem jurídico a ser tutelado pela norma penal. Não se desprestigia a necessidade de considerar a proteção do meio ambiente em prol do ser humano, mas tal proteção não deve tornar invisível a diversidade da vida que compõe tal meio, que possui essência para além da existência humana, merecendo respeito e proteção.

Por isso, nas infrações faunísticas, o bem jurídico protegido é o ambiente, de acordo com o direito penal tradicional; a tutela da fauna é subsidiária e integra a lei na medida em que se trata de um dos elementos que compõem o bem jurídico ambiental¹⁴. Tratar a fauna como elemento do bem jurídico, no entanto, torna-se sensível quando se propugna para os animais a qualidade de sujeito e direitos.

Novos argumentos e fatos parecem por em questão a existência de um atributo exclusivo do ser humano, fragilizando a ideia de que existe uma rígida linha demarcatória

extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. IN: BRASIL. Constituição Federal. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 29 de out de 2016.

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. «La naturaleza como persona: Pachamama y Gaia». En *Bolivia: Nueva Constitución Política del Estado. Conceptos elementales para su desarrollo normativo*, 109–132. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, 2010.

¹⁴ Para Luiz Régis Prado, "o objeto da conduta exaure o seu papel no plano estrutural; do tipo, é elemento do fato. Já o bem jurídico se evidencia no plano axiológico, isto é, representa o peculiar ente social de tutela normativa penal. Não são conceitos independentes um do outro, mas que se inter-relacionam, numa mútua imbricação. PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-Penal e a Constituição*. 5^a Ed. Rev. e Atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 51.

entre o homem e os demais animais, sugerindo que sua distinção é muito mais de grau ou de complexidade do que de essência,¹⁵ como se tem divulgado.

Tem-se alertado que, apesar de, nos últimos séculos, ter-se postulado por direitos iguais entre todos os humanos, são poucos os direitos reconhecidos aos animais. No entanto, sendo dotados de cérebro e de sistema nervoso eles são capazes, como os homens, de sentir dor.

A dor carece de caracterização por espécie, ela provoca sofrimento quer se manifeste em um homem, um elefante ou um gato e, é esta capacidade de sentir uma sensação penosa, produzida pela excitação de terminações nervosas, que habilita os filósofos a falar em um direito dos animais a não sofrer. Assim, os militantes dos movimentos de liberação animal entendem que evitar o sofrimento constitui uma etapa na conquista de suas metas definitivas.

A lei 9605, no artigo 32 caput e seu parágrafo, proíbe, exatamente, as ações que possam causar sofrimento aos animais, o que pode revelar a imprecisão do bem jurídico tutelado pela norma. Se todos os tipos contidos na Lei de Crimes Ambientais têm como finalidade a proteção do meio ambiente, há que se indagar em que medida a crueldade contra um animal doméstico, por exemplo, afeta esse bem jurídico, objetivamente.

Tudo levar a crer que a falta de coragem em avançar na formulação correta do valor protegido tenha inibido o legislador e doutrinadores a admitir, como bem jurídico protegido, como chegam a sugerir Greco¹⁶ e José Duarte¹⁷, o sentimento de solidariedade do homem com outros animais superiores.

Roxin, referido pelo primeiro autor, autor, prefere acreditar que este delito não protege a um bem jurídico específico, tratando-se de uma rara exceção de incriminação sem bem jurídico. Essa solução não desconhece a existência de valor a ser preservado, situando-se a meio caminho, quem sabe, entre considerar o animal um mero elemento do meio ambiente ou outorgar-lhe outra categoria jurídica. Pode-se afirmar, enfim, apesar da perspectiva antropocêntrica a partir da qual surgem as normas, que já é possível perceber nelas, latente, o reconhecimento de um valor intrínseco aos animais.

Tomando essa interpretação como definitiva, seria possível introduzir-se nova indagação: Por que, na lei de crimes ambientais, dentre as infrações ditas faunísticas, (art.32, caput e parágrafo 1º) são incriminadas as condutas de: praticar ato de abuso, maus tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos, e, ainda, a de realizar experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos?

Uma leitura atenciosa dos dispositivos, com destaque para as expressões: maus tratos, ato de abuso, experiência dolorosa proporciona argumentos para reflexão em torno de hipótese de que a prática de crueldade deve ter sua compreensão obtida através da consideração da conduta humana que se reveste de maior reprovação na relação com os animais, mas na consideração do animal como um ser sensível.

A análise dos núcleos contidos no artigo 32 da Lei de Crimes Ambientais requer a uma compreensão do animal não como uma coisa, um objeto de livre disposição, mas como um ser vivo e sensível. Necessário, assim, ao ser humano, reconhecer um valor intrínseco nos seres dessa espécie e estender à integridade deste o ideal de proteção que se teve até então como exclusivamente humano, especificamente, a não sofrer lesões desnecessárias.

¹⁵ GARCIA Fabric. „De l'homme et de l'animal : différences de degré, de nature ou d'orientation ? Em: Hominidées. Disponível em <http://www.hominides.com/html/references/de-l-homme-et-de-l-animal-mensonge-tromperie.php>. Acesso em 1 dez. 2015.

¹⁶ GRECO, Luis - Princípio da ofensividade e Crimes de perigo abstrato op. cit. p 104.

¹⁷ Este, mais especificamente, com relação aos animais domésticos. DUARTE, José, Comentários à lei das Contravenções Penais. Parte especial. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p.315.

Cleopas Santos¹⁸ acrescenta um argumento de natureza dogmática para reforçar a nova compreensão postulada.

O autor afirma que a agravação da pena no caso de morte do animal resultante de maus tratos ou crueldade experimental (artigo 32, 2º, da Lei 9605) revela uma preocupação do legislador com o desvalor do resultado que, resulta, sem dúvida, do entendimento que o direito à vida e à integridade física são titularizados pelos animais.

4 FUNDAMENTOS DA TUTELA PENAL DA FAUNA

A deteriorização crescente do meio natural passou, porém desde algum tempo, a ser facilmente constatável, deixando de funcionar como mero aviso apocalíptico e *mauagorento*, interferindo diretamente na qualidade de vida das pessoas. Mesmo a população menos instruída (e também a parcela mais consumista) passou a tomar alguma consciência das causas da degradação e dos perigos que esta degradação pode causar em seu cotidiano. Esse conhecimento parece ter estimulado a problematização da questão ambiental e a necessidade de, materialmente, dispensar-lhes cuidados.

O cuidado, através da proteção penal, para além de indicar a manutenção de um ambiente propício ao convívio e desenvolvimento das espécies animais, determina a proibição de atentados, buscando a não violação de um sentimento de altruísmo inerente ao padrão ético que ideologicamente se reforça pelo desvalor de um comportamento humano cruel¹⁹.

A motivação inicial de tutela ambiental foi eminentemente antropocêntrica e utilitarista: cuidar daquilo que serve à pessoa humana para impedir que sua destruição ou degradação cause um desequilíbrio incapaz de ser suportado pela espécie. Nesse pensamento se incluem também os animais.

As palavras da Lei dos Crimes Ambientais despertam uma nova idéia que diz respeito a outra meta finalística a ser alcançada pela norma: a de que o uso feito dos animais seja orientado por uma boa ética. Na realização dessa meta, o direito ambiental serviu como mero instrumento de consecução deste outro fim, a exemplo do que ocorreu como as chamadas *caudas orçamentárias* que já serviram neste país para propósitos mais nobres²⁰.

Observe-se, como reforço à hipótese proposta, que o ato de abuso a que se refere o artigo 32 pode coloca em risco a saúde, a vida ou a existência da espécie animal. Essa expressão, empregada pela primeira vez no direito brasileiro em 34, no Decreto 24.645/34, pretendia descrever uma das formas de cometer maus-tratos contra os animais.

Como destaca Luciana Caetano da Silva, durante o período em que vigorou o decreto não houve autor que definisse essa modalidade de maus-tratos que, ademais, não equivalia à forma de exigência de trabalho excessivo do animal ou uso inadequado. Muitas décadas depois, o termo é reintroduzido no direito mantendo a mesma imprecisão de outrora, imprecisão esta que atenta contra o princípio da taxatividade, como destaca a mesma autora²¹.

Essa falta de consenso em torno do significado da expressão permite que se interprete tal uso, como sendo aquele cuja reprovação se faz por uma compreensão dialética: em razão da qualidade da ação humana lesiva, mas considerando o resultado expresso pela dor e sofrimento observável no animal. Ou seja, pretende-se, para além de

¹⁸ SANTOS, Cleopas. Experimentação animal e direito penal. Curitiba: Juruá, 2015, p. 128.

¹⁹ Para Santiago Mir Puig, o desvalor da conduta se deve ao perigo para o bem jurídico que um espectador objetivo (o homem médio) pode observar na conduta no momento em que se realiza, *ex ante*. "El desvalor de la conducta es, em este sentido, desvalor intersubjetivo *ex ante*." IN: MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*. Parte General. Buenos Aires: B de F, 2015. p.166.

²⁰ A lei orçamentária 4.242 de 1927, no artigo 3º, ao tratar da despesa geral da República dispunha, dentre outras providências, sobre medidas reeducativas que deviam ser aplicadas aos menores de 18 anos.

²¹ SILVA, Luciana Caetano da. *Fauna terrestre no direito penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

que o homem comporte-se de acordo com um modelo tal de conduta que não embarace ou envergonhe sua própria espécie ao se contemplar no outro, que a vida e o bem-estar dos animais sejam preservados. A ênfase da norma se faz, desta forma, no padrão de conduta desejado e na necessidade de evitação do dano ou perigo de dano que ela possa representar.

A lei 9605 orienta a um modelo de humanidade que se deseja, quem sabe, possa reinar sobre toda a terra, sem que, para isto, precise manipular a vida sem respeito e destruí-la. O tipo contido no parágrafo primeiro e que proíbe a realização de experiências dolorosas em animais, ainda que para fins científicos, comporta considerações da mesma ordem.

Há algum tempo, vem-se tomando conhecimento das experiências - cruéis e degradantes para a própria espécie humana – que são realizadas em seres vivos com vistas a gerar novas e mais eficientes respostas científicas para males da humanidade. É inegável que se tem conseguido controlar e vencer muitas enfermidades e que biotecnologia anuncia uma reengenharia da vida. (Se se proporcionará mais felicidade para a pessoa humana, não se sabe, porém).

Essas investigações, curiosamente, revelam outra face da dualidade da existência porque mesmo as atrocidades praticadas durante o nazismo nos campos de concentração possibilitaram um expressivo alargamento do conhecimento científico, sobretudo no que diz respeito à vida e morte dos tecidos.

Depois da Segunda Guerra Mundial, principalmente, foram divulgadas algumas das mais cruéis experiências realizadas em seres humanos bem como as atrocidades cometidas pelos cientistas japoneses com os seus prisioneiros de guerra na realização de ensaios científicos.

Muitos experimentos incluíam uma longa exposição do fígado a raio-x; retirada de parte do sangue do prisioneiro e posterior substituição com sangue de cavalo; infecção de mulheres (chinesas) com sífilis de forma que se descobrisse métodos de prevenir a doença. Em outros, prisioneiros tinham seus braços congelados para testar vários métodos de descongelamento, o que terminava por produzir uma necrose, fazendo a com que o membro soltasse do resto do corpo.

No que diz respeito aos animais, pune-se com pena privativa de liberdade, a ação de quem neles realiza experiência cruel, ainda que necessária, quando existirem recursos alternativos, conforme o multicitado parágrafo primeiro do artigo 32.

Trata-se de uma redação um tanto quanto escapista porque não se sabe exatamente como comprovar a crueldade de uma dada experiência, nem tão pouco, a existência de recursos alternativos. A própria admissibilidade da viviseção, que consiste em operar animais vivos para estudos de fenômenos fisiológicos, levanta uma forte dúvida sobre o significado de crueldade. Autores admitem que, uma vez anestesiados, não haveria sofrimento, mas se se retirar órgãos e partes do corpo durante o procedimento, a dor, o padecimento, necessariamente se instalarão uma vez cessada o entorpecimento anestésico.

Não havendo como levar a cabo tais atividades sem sofrimento, ou o tipo constitui um enunciado sem significação prática ou, o que se deseja evitar não é exatamente uma ação em sua exterioridade, mas o sentimento e a ética que lhe orientam; o que se deseja impedir é que a manipulação sobre animais se faça sadicamente, como expressão do pior de nós mesmos.

Por isso mesmo, Roxin²² admite que, em tais casos, contrariando o princípio penal da exclusiva tutela de bem jurídico, tem-se uma incriminação sem que este princípio seja atendido, conforme já referido. Não nega o autor, todavia que o sentimento de solidariedade

²² GRECCO, Luis. Princípio da lesividade e crimes de perigo abstrato, ou algumas dúvidas diante de tantas certezas. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, n. 49. pp. 89-147.

para com certos animais superiores cause repulsa diante de atos de crueldade com animais e, por isto mesmo, acolhe esta exceção à ideia de bem jurídico.

5 CONCLUSÃO

A relação do ser humano com o meio ambiente, especialmente com os animais perpassa a análise de considerações que permeiam a ética e o direito. O ser humano, autoconstituído com a imagem e semelhança do divino, estabeleceu-se como ser dotado de uma dignidade que, tradicionalmente, fundamenta uma cultura que referencia o Direito. A importância atribuída à dignidade humana, no entanto, não é um limite ao reconhecimento do valor das formas de vida não humanas, que importantes em si, e ao ser humano, necessitam de proteção.

Fato inegável é que os vulneráveis sempre foram utilizados como instrumento para a investigação científica e que, destas investigações, usufruímos todos nós. Por vezes, constroem-se argumentos que justificam a morte e sofrimento de alguns, sacrificados pelo benefício de outros.

Ocorre que parcela expressiva da humanidade – que ainda abate o boi e engorda frangos, porcos e carneiros em confinado compartimento de terceira classe - deseja que as investigações científicas sejam feitas de uma forma digna e que não venham a envergonhar os “senhores da terra”.

O novo constitucionalismo latino americano e os movimentos *ambientalistas* e *animalistas* postulam o reconhecimento do animal como sujeito de direitos e sua preservação de atos atentatórios à integridade e bem estar físicos, muitas vezes realizados para fins puramente supérfluos.

A verdade é a que a vida se alimenta de todos; diz-se, que o homem se alimenta de tudo que a terra produz até que, um dia, ela se alimente dele mesmo. Esta é, aliás, é a grande partilha, a verdadeira socialização da existência, o banquete, do qual todos participam. É preciso se empenhar na vivência de um perfil ideológico capaz de equilibrar as demandas desenvolvimentistas da sociedade contemporânea com a interação responsável e não hostil com o meio ambiente.

O Direito Penal, ainda que, secundária e impropriamente, quer, com dispositivos como os comentados, dar a sua parcela de contribuição nesse processo, permitindo que o compartilhamento seja feito de forma equânime, evitando a dor desnecessária e cruel.

6. REFERÊNCIAS

- BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade**. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.
- BRASIL. Constituição Federal. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 29 de out de 2016.
- CARVALHO NETO, Menelick. *Notas de Aulas: curso de Hermenêutica Filosófica e Teoria da Interpretação, Mestrado em Direito*, Faculdade de Direito da UFBA., Salvador, 2000.
- GOLDIM, José Roberto e Márcia Mocellin Raymundo. *Pesquisa em Saúde e Direito dos Animais*. 1999. www.ufrgs.br/HCPA/animrt.ht
- GRECO, Luis. *Princípio da lesividade e crimes de perigo abstrato, ou algumas dúvidas diante de tantas certezas*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, n. 49. pp. 89-147.
- HASSEMER, Winfried. *História das Idéias Penais na Alemanha de Pós-Guerra*, Publicação da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, 1994.
- HULSMAN, Louk. BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana*. Hacia una alternativa. Ariel: Barcelona, 1984.
- KOLLAKOWSKI . *A Aldeia Incontrolável*. Universidade de Brasília. 1979.

- MIR PUIG, Santiago. *Bases Constitucionales del Derecho Penal*. Iustel: Madrid, 2011.
- _____. *Derecho Penal*. Parte General. Buenos Aires: B de F, 2015.
- MONSALVE, Julio César Rodas. *La protección Penal Del ambiente y Función Simbólica Del derecho Penal*. In *Derecho penal y Criminología*, v. 15, n. 51, set/diez. 1993.
- PRADO, Luis Regis. *Crimes Contra o Ambiente*. São Paulo: editora revista dos Tribunais, 2001.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-Penal e a Constituição*. 5ª Ed. Rev. e Atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, "La Filosofía Penal de la Ilustración". In: *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo II – Siglo XVIII, Vol. II – La Filosofía de los Derechos Humanos, PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório *et alii* (directores). Madrid: Dykinson, 2001.
- RAYMUNDO, Márcia M e José Roberto Goldim. *Diretrizes para Utilização de Animais em Experimentos Científicos*. www.ufrgs.br/HCPA/gppg
- SANTOS, Cleopas. *Experimentação animal e direito penal*. Curitiba: Juruá, 2015.
- SILVA SÁNCHEZ. Jesús-Maria. *A Expansão do Direito Penal*. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011.
- SILVA, Luciana Caetano da. *Fauna terrestre no direito penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do Meio Ambiente; breves considerações atinentes à lei 9605*, São Paulo: Saraiva, 1998.
- STRATENWERTH. Günther. *Derecho Penal*. Parte General. I. El Hecho Punible. Fabian J. Di Placido: Buenos Aires, 1999.
- WARAT, Luis Alberto. *Por Quien Cantan Las Sirenas*. UNOESC/CPGD-UFSC. Santa Catarina, 1966.
- WOLF, Paul. *Magacriminalidad ecológica e derecho ambiental simbólico (una intervención iusfilosófica en el sistema de la organizada irresponsabilidad)*: Barcelona, 1990, ejemplar dactilografado.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. «La naturaleza como persona: Pachamama y Gaia». En *Bolivia: Nueva Constitución Política del Estado. Conceptos elementales para su desarrollo normativo*, 109–132. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, 2010.
- ZUCCA, Aldo Jacomo. *O direito da terra – rumo a um direito internacional ambiental efetivo*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1991.