

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Faculdade de Direito – Escola de Lisboa

Mestrado Forense



O bem jurídico protegido nos crimes contra os animais de companhia

Beatriz Amaral Viana

Orientador: Professor Doutor Germano Marques da Silva

30 de março de 2022

“A questão não é, Podem eles raciocinar? nem: Podem eles falar? mas: Podem eles sofrer? Porque deve a Lei recusar a sua protecção a qualquer ser sensível?... Virá o tempo em que a humanidade estenderá o seu manto sobre tudo o que respira...”

Jeremy Bentham, “Introduction to the Principles of Morals and Legislation”, 1870

Agradecimentos

Ao Farrusco, à Dior, à Tica, à Sweety e ao Chiquinho *in memoriam*,
À Carlota, ao Chopin, à Kiki, à Latika e a todos os “meus” cães,
que vivem e esperam por uma família na União Zoófila,

por me ensinarem uma das formas mais puras de amor e de afeto e
por me fazerem acreditar, todos os dias, que vale a pena lutar, em
nome deles, por um mundo onde, um dia, todos os animais sejam
plenamente respeitados.

Ao meu orientador, o Sr. Prof. Doutor Germano Marques da Silva,
pelo encorajamento na escolha do tema do presente trabalho e pelo
acompanhamento na fase da sua elaboração.

E, finalmente, à minha amiga Margarida Antunes, com quem
partilho o amor pelos animais, pelo seu contributo em todas as
discussões sobre esta temática e sugestões preciosas na revisão do
texto.

Índice

Introdução.....	5
I. A proteção jurídica dos animais	6
A. Nos instrumentos internacionais.....	6
B. No Direito da União Europeia.....	7
C. No Direito Comparado.....	9
D. No Ordenamento Jurídico Português.....	11
II. A legitimidade da intervenção penal	15
A. O conceito material de crime – as diferentes concepções.....	15
B. A teoria do bem jurídico-penal	17
C. A atual “crise” do bem jurídico-penal.....	20
III. O nível jurídico constitucional da teoria do bem jurídico	25
A. Fundamentos da proteção dos animais (de companhia).....	27
1. Proteção Direta.....	27
a) Proteção do Ambiente.....	27
b) Dignidade da Pessoa Humana	29
c) Proteção conferida através do Direito da União Europeia.....	30
2. Proteção Indireta.....	32
a) Dignidade da Pessoa Humana	33
b) Integridade física e vida humana	34
c) Proteção de sentimentos.....	35
d) A tutela de um bem-jurídico coletivo através de um Direito Penal do comportamento.....	37
3. A posição do Tribunal Constitucional – o Acórdão n.º 867/2021.....	39
4. A nossa posição	44
Conclusão.....	47
Bibliografia	49

Introdução

Temos assistido a um debate cada vez mais aceso em torno dos animais, dos seus direitos e da necessidade de tutela jurídica que assegure a sua proteção.

É um tema que se tem revelado pouco consensual no que concerne designadamente ao grau de proteção que aos mesmos deve ser conferido e às áreas do Direito que deverão ser chamadas a intervir, em grande medida por convocar posições filosóficas dogmaticamente opostas, em que, de um lado, são evocados argumentos assentes numa visão - *quanto a nós, obsoleta* - eminentemente antropocêntrica do mundo e, em específico, do Direito, e em que, do outro, é realizada a apologia dos animais não-humanos, reconhecidos cientificamente como seres sencientes, com necessidades biológicas, sociológicas e individuais, que experimentam e manifestam estádios emocionais em muito semelhantes aos do Homem.

Porém, apesar da divergência de leituras sobre esta problemática, identifica-se um rumo cada vez mais claro, tanto no panorama nacional, como internacional, no sentido do reconhecimento de que o quadro normativo hoje vigente exige um aprofundamento que garanta uma efetiva proteção dos animais, mormente através do Direito Penal, a única ferramenta ao serviço do Estado capaz de conceder uma verdadeira dignidade à existência destes seres.

É neste contexto que, para efeitos do presente trabalho, nos propomos tecer algumas considerações sobre o modo como a temática ora em apreço tem sido tratada pelos diferentes ordenamentos jurídicos, abordando brevemente alguns exemplos do Direito Comparado.

Posteriormente tentaremos traçar as diferentes formas de legitimação de uma incriminação, focando-nos, sobretudo, na teoria do bem jurídico-penal, para, em seguida, nos debruçarmos em específico sobre as duas questões que maior controvérsia têm gerado na doutrina e na jurisprudência relativamente às incriminações ora trazidas à colação: É possível descortinar um bem jurídico carecido de proteção nos crimes contra os animais de companhia? Encontra esse bem jurídico correspondente constitucional no catálogo dos direitos, liberdades e garantias?

Por fim, partiremos do mais recente Acórdão do Tribunal Constitucional sobre a temática para formularmos algumas considerações finais e tomarmos posição.

I. A proteção jurídica dos animais

A. Nos instrumentos internacionais

No panorama internacional, existem vários diplomas que consagram a proteção jurídica dos animais, em diferentes âmbitos.

Como exemplo, aponte-se, desde logo, a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, proclamada em 1978, de onde resultam normas gerais de proteção do bem-estar animal, que visam uma ideia de coexistência pacífica entre seres humanos e animais, reconhecendo expressamente o direito de todo e qualquer animal a ser respeitado pelo Homem, devendo este abster-se de lhe causar dor e sofrimento.

Apesar do teor impactante do aludido diploma, que parece pretender colocar o Homem e os animais no mesmo patamar¹, certo é que o mesmo não consagra quaisquer punições para as violações das normas que prevê, o que enfraquece, em grande medida, a sua operatividade.

À Declaração Universal dos Direitos dos Animais, somam-se várias outras Convenções de âmbito internacional² e europeu, as quais contaram sempre com a ratificação de Portugal, que às mesmas aderiu, comprometendo-se a respeitar as normas de proteção de bem-estar animal nelas consagradas.

No quadro europeu, atendendo ao tema do presente trabalho, merece destaque a Convenção Europeia para a Proteção dos Animais de Companhia, assinada em 1987 e ratificada por Portugal através do Decreto-Lei n.º 13/93, de 13 de abril³, a qual, porém, apenas reconhecia que os animais deviam ser protegidos e respeitados pelo Homem, “*em virtude da sua contribuição para a qualidade de vida e, por conseguinte, o seu valor para a sociedade*”⁴, e não pelo valor que têm em si mesmos.

¹ Utilizando um discurso disruptivo relativamente à conceção antropocêntrica do mundo, referindo no seu artigo 1.º que “*Todos os animais nascem iguais perante a vida e têm os mesmos direitos à existência*” e acrescentando no seu artigo 2.º que “*O homem, enquanto espécie animal, não pode atribuir-se o direito de exterminar os outros animais ou de os explorar, violando esse direito*”.

² São exemplos a Convenção de Washington (*Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora*), a Convenção de Bonn relativa à Conservação de Espécies Migratórias de Fauna Selvagem, a Convenção sobre a Diversidade Biológica e a Convenção Internacional para a Pesca da Baleia.

³ Embora tenha iniciado a sua vigência na nossa ordem interna em 1994, apenas em 2001, com a publicação do Decreto-Lei n.º 276/2001, de 17 de outubro, foram tomadas medidas para pôr em prática as normas previstas na Convenção.

⁴ Cfr. preâmbulo do aludido diploma.

B. No Direito da União Europeia

No âmbito europeu, é múltipla a legislação atinente ao bem-estar animal, a qual impõe padrões normativos de referência para os Estados-membros.

A primeira referência ao bem-estar animal surgiu com a Declaração n.º 24, anexa ao Tratado de Maastricht⁵, que posteriormente foi substituído pelo Protocolo relativo à proteção e ao bem-estar dos animais, anexo ao Tratado de Amesterdão⁶. Gozando de vincutividade jurídica igual à dos Tratados, por força do artigo 51.º do Tratado da União Europeia, o aludido Protocolo marcou, nas palavras de Maria Luísa Duarte, um rompimento com “(...) a fase anterior de mera proclamação política de boas intenções.”⁷.

Já em 2007, foi introduzido no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia um preceito dedicado à proteção dos animais, de onde resulta, pela primeira vez, a referência a estes como seres sensíveis. Do artigo 13.º do mencionado diploma resulta a seguinte formulação: “Na definição e aplicação das políticas da União nos domínios da agricultura, da pesca, dos transportes, do mercado interno, da investigação e desenvolvimento tecnológico e do espaço, a União e os Estados-Membros terão plenamente em conta as exigências em matéria de bem-estar dos animais, enquanto seres sensíveis, respeitando simultaneamente as disposições legislativas e administrativas e os costumes dos Estados-Membros, nomeadamente em matéria de ritos religiosos, tradições culturais e património regional.”

No que concerne à *supracitada* disposição normativa, bem como à múltipla legislação avulsa, dispersa pelos vários sectores de atividade, consideramos que, ainda que muitas vezes timidamente e de forma indireta, o Direito da União Europeia pretende efetivamente, com a imposição de normas como as do artigo 13.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, tutelar o bem-estar animal.

Parece-nos que os Autores que negam este escopo, fazem-no com base no argumento de que o bem-estar dos animais não é o fim último do conjunto normativo que se debruça sobre o tema – e, de facto, pode até não ser nalguns diplomas, como tem sido entendido não ser no âmbito da disposição em apreço, que integra o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia⁸.

⁵ Iniciou a sua vigência a 1 de novembro de 1993.

⁶ Iniciou a sua vigência a 1 de maio de 1999.

⁷ Duarte, 2015, p. 38.

⁸ Entende-se que o aludido artigo 13.º tem subjacentes preocupações com a proteção dos animais, mas apenas na medida da sua integração na economia e no mercado interno.

Porém, certo é que ao pretender-se prosseguir “(...) *a melhoria das condições de funcionamento do mercado interno tendo em conta a proteção do bem-estar dos animais*”⁹, está indiretamente e de forma inequívoca a conferir-se tutela ao bem-estar animal.

É indiscutível que a aludida tutela é prescrita, em muita da legislação comunitária, “*na medida em que o bem-estar dos animais é pressuposto da qualidade de vida das pessoas*”¹⁰. A este propósito, atente-se ao que ficou dito por Maria Luísa Duarte: “*Acredita-se que a norma eurocomunitária, no quadro da União Europeia, e a norma europeia, no âmbito do Conselho da Europa, instituem um regime jurídico mais avançado e de maior exigência na protecção dos animais, impondo, desde logo, um patamar uniforme ou harmonizado de tutela no território dos Estados que integram a União Europeia e o Conselho da Europa. Uma tal representação sobre o significado de um direito europeu do animal não está errada, mas é, como veremos, desajustada. Existem vários instrumentos normativos (...) cujo âmbito de aplicação se limita ao objectivo restrito da protecção do bem-estar animal, de acordo com uma abordagem antropocêntrica, mesmo utilitarista, a respeito do estatuto do animal nas sociedades contemporâneas de economia de mercado.*”¹¹.

No entanto, apesar de a proteção dos animais ser prescrita, em muitos diplomas europeus, nos termos a que alude Maria Luísa Duarte, a verdade é que a referida tutela não deixa de lhes ser conferida, pese embora, o seja numa lógica distorcida, orientada por uma conceção antropocêntrica do mundo.

E sempre se diga que existem também inúmeros atos legislativos no âmbito europeu direccionados diretamente à proteção dos animais, visando o seu bem-estar, não como um meio ao serviço da qualidade de vida do ser humano, mas como fins em si mesmos.

Veja-se, por exemplo, a Diretiva n.º 74/577/CEE, do Conselho, de 18 de novembro de 1974, relativa ao atordoamento dos animais antes do seu abate, que apesar de mencionar no seu preâmbulo, primeiramente, que “*Considerando que as legislações nacionais actualmente em vigor no domínio da protecção dos animais apresentam disparidades de natureza que afectam directamente o funcionamento do mercado comum*”, logo se

⁹ Cfr. Acórdão Inuit Kanatami/Comissão, de 25 de abril de 2013, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:62010TJ0526>, o qual considerou que o âmbito de proteção do Regulamento (CE) n.º 1107/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo ao comércio dos produtos derivados de foca, é o mercado interno e não o bem-estar dos animais.

¹⁰ Valdágua, 2021, p. 1160.

¹¹ Duarte, 2015, p. 33 e 34.

apressa a acrescentar que “*Considerando, além disso, que é oportuno empreender a nível comunitário uma acção tendo em vista evitar aos animais, de um modo geral, qualquer tratamento cruel; que parece desejável, num primeiro estágio, fazer incidir essa acção sobre as condições que permitem que os animais sejam submetidos apenas, por ocasião do seu abate, aos sofrimentos absolutamente inevitáveis*”.

Também a Diretiva 2010/63/UE, de 22 de setembro de 2010, do Parlamento Europeu e do Conselho¹², revela, de forma muito acentuada, as preocupações com o bem-estar animal mencionando inclusivamente, logo no seu considerando (2), que “*O bem-estar dos animais é um valor da União (...)*”, e, indo mais além, o aludido diploma reconhece mesmo que “*Os animais têm um valor intrínseco que deve ser respeitado.*”¹³.

C. No Direito Comparado

Debruçando-nos agora sobre o Direito Comparado, aludiremos à proteção que merecem, nos dias de hoje, os animais, concentrando a nossa análise especificamente nos ordenamentos jurídicos alemão, suíço, espanhol e italiano, atendendo às manifestas semelhanças relativamente ao nosso país, quer a nível cultural, quer ainda a nível da própria ordem jurídica, e também por revelaram, ao longo do tempo, uma preocupação generalizada com o bem-estar animal.

No âmbito constitucional, de entre estes países, apenas a Alemanha e a Suíça fazem referência direta à proteção dos animais. Foi em 2002 que a Alemanha introduziu na sua Lei Fundamental¹⁴, no seu artigo 20 A, a consagração expressa dos deveres do Estado para com a proteção dos animais. Por seu turno, na Constituição Suíça¹⁵, contamos, ao todo, cinco artigos sobre a temática ora em apreço, sendo que são as disposições consagradas nos artigos 80.º e 120.º que destacamos como as mais relevantes¹⁶, revelando-se a tutela dos animais, enquanto objetivo estatal, um verdadeiro princípio constitucional, e sendo reconhecida a estes seres uma verdadeira dignidade.

Já a nível penal, todos os *supra* mencionados ordenamentos jurídicos consagram a proteção dos animais, sendo a punição dos maus tratos transversal a todos eles,

¹² Diploma relativo à utilização de animais para fins científicos.

¹³ Registe-se que são inúmeros os diplomas que consagram a tutela direta dos animais, pelo que, não sendo possível – *nem útil* – referenciá-los de forma exaustiva, no âmbito do presente trabalho, optou-se por recorrer a apenas dois exemplos da aludida legislação.

¹⁴ Disponível em <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>.

¹⁵ Disponível em https://www.ccisp-newsletter.com/wp_docs/Bundesverfassung_PT.pdf.

¹⁶ A restantes encontram-se consagradas nos artigos 84.º, 104.º e 118.º.

verificando-se apenas algumas diferenças a nível dos comportamentos típicos, bem como do ponto de vista da inserção sistemática destes crimes nos respetivos ordenamentos.

No caso Alemão, cabe sublinhar a originalidade de os crimes contra os animais se encontrarem previstos fora do Código Penal, tendo sido criada uma lei avulsa de proteção animal – a *Tierschutzgesetz*¹⁷ - destinada a regular especificamente estes tipos de ilícitos. Neste diploma, abundam as normas que visam reduzir o sofrimento animal, atribuindo-se ao Homem a responsabilidade de proteção destes seres, enquanto seus semelhantes, e punindo-se, entre outras condutas, quem, por crueldade, causar dor ou sofrimento consideráveis a um animal vertebrado, lhe infligir dor ou sofrimento repetido ou persistente, ou o matar injustificadamente – sem uma “boa razão”, utilizando a expressão consagrada na lei.

Assim, o ordenamento jurídico alemão afasta-se do conceito utilizado pela lei penal portuguesa de animal de companhia, optando por estender a proteção a todos os animais vertebrados.

Também na Suíça, a proteção dos animais é realizada através de legislação avulsa, nomeadamente da *Lei Federal de Proteção dos Animais*, a qual assegura, conjuntamente com o Código Penal, as incriminações referentes aos crimes perpetrados contra os animais, estatuidando, desde logo, no seu artigo 1.º que o objetivo do diploma é a proteção da dignidade e bem-estar dos animais, prosseguindo dizendo, no seu artigo 3.º, que a dignidade, como um valor inerente ao animal, obriga a que o mesmo seja tratado com respeito.

Nesta esteira, pune-se quem, de livre vontade, maltratar, negligenciar, sobrecarregar com trabalho, ou de qualquer outra forma desconsiderar ou desrespeitar a dignidade do animal; quem, deliberadamente e com malícia, matar um animal; quem organizar lutas entre ou com animais, os quais são, nesse âmbito, atormentados ou mortos; quem infligir dor, sofrimento ou lesão a um animal ou o exponha a ansiedade ou humilhação; e quem abandonar ou deixar para trás um animal.

As condutas puníveis pela legislação Suíça não se esgotam nas acima elencadas, indo muito mais além, garantindo uma verdadeira proteção dos animais, nos mais variados domínios, contra as ofensas humanas, quer estas sejam perpetradas de forma dolosa ou negligente. Ademais, é também de salientar que em várias disposições do Código Penal

¹⁷ Assinale-se que este diploma já foi alterado por diversas vezes, de forma a dar uma resposta cada vez efetiva a esta problemática.

Suíço, não é realizada qualquer distinção entre as condutas criminosas praticadas contra as pessoas e contra os animais, cabendo a todas elas a mesma moldura penal¹⁸.

Acrescente-se ainda que no seu artigo 2.º - à semelhança do que sucede na Alemanha - a Lei Suíça determina a aplicabilidade do diploma a todos os animais vertebrados, independentemente de estes serem ou não domésticos, porquanto são todos eles seres sencientes, e ainda aos animais invertebrados que o Conselho Federal Suíço decida dever ser igualmente de aplicar.

Por sua vez, em Espanha, a proteção dos animais revela-se ampla e variada, não só pela extensão que é conferida pela Lei a várias categorias de animais, como pela circunstância de as próprias Comunidades Autónomas terem diversas leis de proteção animal, embora com diferentes graus.

No Código Penal, a proteção abrange os animais domésticos ou amansados, os animais que habitualmente estão domesticados, os animais que temporariamente se encontrem sob o controlo humano e qualquer outro que não viva em estado selvagem, sancionando quem os abandonar, maltratar, causando-lhe a morte ou lesões que afetem seriamente a sua saúde, e ainda, quem os submeter a exploração sexual. E registe-se que ao lado dos maus-tratos físicos, a partir de 2010, passaram também a ser punidos os maus tratos psicológicos.

Por fim, no Código Penal Italiano, pune-se quem, sem motivo e com crueldade causar a morte de um animal, lhe provocar lesão, o torturar ou o submeter a carga de trabalho insuportável, lhe administrar medicamento ou tratamento prejudicial à sua saúde, o abandonar, o manter em cativeiro ou o detiver em condições incompatíveis com a sua natureza; são também punidos com penas severas todos os comportamentos relacionados com a lutas entre animais, prevendo-se sanções não só para os promotores e organizadores, mas também para os proprietários dos animais e para aqueles que, mesmo não estando presentes na cena do crime, organizarem ou apostarem.

D. No Ordenamento Jurídico Português

Muito caminho se percorreu até chegarmos ao conjunto normativo que hoje se encontra previsto no Título VI do nosso Código Penal, o qual, longe de ser perfeito, constitui um inegável marco histórico na luta pela proteção e bem-estar dos animais.

¹⁸ Vide artigo 135.º do Código Penal Suíço.

Sublinhamos como primeiro diploma a revelar alguma preocupação com o bem-estar animal, o Regulamento Geral de Saúde Pecuária, publicado em 1889¹⁹, que concedia nos seus artigos 182.º e 183.º atenção à temática da proteção aos animais domésticos, dispondo que *“Serão punidos com a multa de 1\$000 a 3\$000 réis, e poderão sê-lo também com um a cinco dias de prisão, aqueles que nos logares públicos espancarem, flagellarem, ou por qualquer forma maltractarem os animaes domésticos”* e, acrescentava o artigo 183.º que *“Será punido com multa de 2\$000 a 4\$000 réis aquelle que em publico empregar ao serviço animaes extenuados, famintos, chagados ou doentes, quando qualquer destes estados for devidamente comprovado por medico veterinario”*. Já em 1919, foi a vez do Decreto n.º 5650, de 10 de maio, se debruçar sobre o tema²⁰, estabelecendo no seu artigo 1.º que *“Toda a violência exercida sobre os animais é considerada acto punível.”*, cominando com pena de multa *“(…) aqueles que nos lugares públicos espancarem ou flagelarem os animais domésticos.”* e ainda *“(…) aqueles que em público empregarem no serviço animais extenuados, famintos, chagados ou doentes, quando qualquer destes estados for devidamente comprovado por um perito médico veterinário.”*

Aos mencionados atos legislativos, apesar de conferirem uma proteção manifestamente insipiente²¹ e indireta, concede-se-lhes o mérito de espelharem já alguma preocupação existente na época com a necessidade de tutela dos animais. Como refere Diana Santos Simões, sobre o Decreto n.º 5650, ainda que da sua leitura isolada sobressaíam *“sobretudo elementos de proteção de interesses económicos e do sentimento público de piedade, a leitura conjugada do artigo 1.º deste com a descrição das condutas típicas feita pelo Decreto n.º 5864, de 12 de Junho de 1919²², parece resultar uma tutela directa do bem-estar físico do universo de animais neles enunciados.”*²³

¹⁹ Disponível em

https://books.googleusercontent.com/books/content?req=AKW5QadAoAOWQED16sgsbdf3ocCd7F0QoQ8kiPoK5r30rjk02cYgoYybhmAuXQNjTP_YAiKkesDiARSe9h8NpiRFYzNphm-nqu_kHiWwdp-6VVU8Hfs4S5Dg8zm1LDF-00bDgOas5zR7B0ISuCYzkm2bAi8smV9Fbjpif2huLb1QOb2lgK9jg14XL-fomODH189tYBM9QJZs6TeQd5HboDmkcwxCFtC53nWPEuWxatYm3dQ6ciQ-2pVF9Yecf5Ru6m5GI-Dldej16tzKYnPCQ_C5X1rfK-qQAh19NrNmH4S1K9cnilEAho

²⁰ Disponível em [10661067.pdf \(dre.pt\)](#).

²¹ Atente-se ao valor das multas no Regulamento Geral de Saúde Pecuária, o qual sofreu apenas um ligeiro aumento no Decreto n.º 5650, passando as condutas previstas nos artigos acima mencionados a ser punidas com multas entre 2\$ a 15\$, podendo, em caso de reincidência *“a multa ser agravada com prisão correcional de 5 a 40 dias”*.

²² Este diploma veio regulamentar o Decreto n.º 5650, de 10 de maio. Disponível em [15181518.pdf \(dre.pt\)](#).

²³ Simões, 2017, p. 95.

Poderia, pois, pensar-se que os aludidos diplomas seriam premonitórios de que Portugal assumiria a linha da frente no combate aos maus-tratos a animais. Porém, apenas em 1995, viria a ser promulgada a primeira Lei a debruçar-se de forma sistemática sobre a tema do bem-estar animal: a Lei n.º 92/95, de 12 de setembro. Esta veio consagrar um leque vasto de proibições, respeitantes a condutas atentatórias do bem-estar animal. No entanto, não obstante a consagração de tais proibições, as mesmas permaneceram impunes, durante largos anos, pois que, pese embora o referido diploma remetesse, no seu artigo 9.º, para lei especial a previsão das respetivas sanções, a verdade é que as mesmas não chegaram a ser implantadas, encontrando-se, até ao passado dia 1 de março²⁴, muitas das violações que não respeitassem a animais de companhia, a navegar no vazio legislativo.

Para além disso, temos que, à data, atenta toda a legislação internacional e europeia existente sobre a temática, bem como, a adesão de Portugal a diversas Convenções das quais resultavam uma tutela cada vez mais firme dos animais, seria já expectável que o instrumento legislativo ora trazido à colação se traduzisse numa tutela menos tímida do bem-estar animal. Porém, o mesmo limitou-se à consagração de um princípio geral de proibição de qualquer violência injustificada contra um animal²⁵, o qual se fez acompanhar por inúmeras exceções, que acabaram por conduzir a um esvaziamento das proibições consagradas²⁶, e por uma técnica legislativa assente em conceitos vagos e indeterminados.

Num quadro de manifesta dispersão normativa, seguiram-se outros diplomas que procuraram regular o bem-estar dos animais em diferentes domínios²⁷, sendo de destacar, para o que aqui releva, o Decreto-Lei n.º 276/2001, de 17 de outubro, que criou um quadro normativo de direito interno para assegurar a aplicação da Convenção Europeia para a Proteção dos Animais de Companhia.

²⁴ Na aludida data, entrou em vigor a Lei n.º 6/2022 de 7 de janeiro, a qual veio criar um regime contraordenacional, alterando a Lei n.º 92/95, de 12 de setembro, que estabelece medidas de proteção dos animais.

²⁵ Vide artigo 1.º n.º 1 da Lei n.º 92/95, de 12 de setembro.

²⁶ A Lei ora em apreço consentia na prática de determinados atos cruéis se em causa estivessem “a arte equestre”, “as touradas autorizadas por lei”, “a experiência científica” e “a prática de caça” (cfr. artigos 1.º, n.º 3, al. b) e 3.º, n.º 3 e n.º 4) e previa que as Câmaras Municipais pudessem recorrer ao abate de animais errantes como forma de controlo populacional, ainda que os mesmos se encontrassem perfeitamente saudáveis, algo que passou a ser proibido, após a promulgação da Lei n.º 27/2016, de 23 de agosto.

²⁷ São exemplos o Decreto-Lei n.º 59/2003, de 1 de abril (que institui o regime jurídico de proteção dos animais detidos em jardins zoológicos), o Decreto-Lei n.º 255/2009, de 24 de setembro (que institui a proteção de animais utilizados em circos), o Decreto-Lei n.º 315/2009, de 29 de outubro (que institui o regime jurídico de detenção de animais potencialmente perigosos), o Decreto-Lei n.º 113/2013, de 07 de agosto (que regula a utilização de animais para fins científicos) e a Lei n.º 95/2015, de 23 de agosto (que regula a compra e venda de animais de companhia em estabelecimentos comerciais e através da Internet).

O referido diploma introduziu importantes regras a observar na detenção de animais de companhia, em geral, e de animais potencialmente perigosos, em particular, em especial no que tange ao alojamento, detenção, reprodução, venda e abate.

São de salientar principalmente os artigos 6.º e 8.º deste diploma. No primeiro, atribui-se ao tutor do animal “o *dever especial de o cuidar, de forma a não pôr em causa os parâmetros de bem-estar, bem como o de o vigiar, de forma a evitar que este ponha em risco a vida ou a integridade física de outras pessoas e animais*”. No segundo, enumeram-se as condições que o alojamento dos animais deve reunir, de molde a garantir, entre outros, a satisfação das suas necessidades fisiológicas e etológicas, a prática de exercício físico adequado, a fuga e refúgio dos animais sujeitos a agressão por parte de outros e inexistência de materiais que constituam ou possam constituir um perigo para os animais. De destacar é igualmente a mais recente Lei n.º 6/2022 de 7 de janeiro, a qual veio finalmente colmatar o vazio legislativo deixado pela Lei n.º 92/95, de 12 de setembro, criando um regime contraordenacional que abarca a proteção de todos os animais – e não apenas dos de companhia – que sofrem às mãos do ser humano²⁸.

Porém, a nosso ver, foi através da inserção desta temática no Código Penal, com a Lei n.º 69/2014, que se deu um passo decisivo na proteção do bem-estar animal no sentido de uma tutela mais efetiva dos seus direitos, face à manifesta incapacidade das outras áreas do Direito para dar uma resposta ao flagelo dos maus-tratos a animais²⁹.

Registe-se que antes da aprovação e entrada em vigor da Lei n.º 69/2014, de 29 de agosto, no Código Penal, qualquer tipo de sofrimento animal apenas era punível penalmente, na medida em que se consubstanciasse numa violação ao direito de propriedade, nos termos do disposto no artigo 212.º do Código Penal, se se enquadrasse na previsão do artigo 281.º do mesmo diploma, o qual pune a difusão de animal nocivo ou de alimentação destinada a animal doméstico alheio, ou se, tratando-se de animal selvagem, fosse suscetível de configurar a prática do ilícito previsto na alínea a), do n.º 1, do artigo 278.º, do Código

²⁸ Impõe-se, no entanto, reconhecer que existe ainda um longo caminho a percorrer no âmbito da proteção animal. É, por exemplo, a nosso ver inconcebível que se consinta na prática da tauromaquia, na sociedade civilizada dos nossos dias. Como certamente referiu Carla Amado Gomes “*As tradições formam-se, perdem-se, recuperam-se, banem-se, como fenómenos culturais/temporais que são. Os desportos/espectáculos, ainda que tradicionais, devem ser revistos de acordo com as alterações de concepções sociais dominantes: não é despiendo que actualmente não haja lutas de gladiadores ou que as lutas de cães sejam proibidas (...). Os animais são companheiros do homem na ida e como tal e na sua condição de seres sensíveis, devem ser resguardados de práticas que, desnecessariamente, lesem a sua integridade*”.

²⁹ Em sentido diverso, vide Sousa, 2017, p. 160.

Penal, que proíbe a destruição e a captura de exemplares de espécies protegidas, e a eliminação de exemplares de fauna em número significativo.

Ora, nestes casos, o animal constitui objeto do crime, mas não o seu sujeito passivo, pelo que não se pode falar, no âmbito das referidas incriminações, não se podendo falar de uma verdadeira tutela do bem-estar animal.

Assim, é nos artigos 387.º a 389.º do nosso Código Penal, que surge, pela primeira vez, consagrada a tutela direta dos animais domésticos.

Mas será possível descortinar um bem jurídico carecido de proteção nos crimes contra os animais de companhia? Qual? São estas as questões que nos propomos responder de seguida.

II. A legitimidade da intervenção penal

Não poderemos partir para a análise a que nos propomos, sem antes realizarmos uma breve alusão às diferentes formas de legitimação de uma incriminação que têm sido apontadas pela doutrina para responder à seguinte questão: o que é que faz corresponder uma ação a um crime? A esse propósito, dedicar-nos-emos, em especial, à tese que tem sido sugerida pela doutrina maioritária como sendo a que apresenta maior capacidade de resposta. Falamos, pois, da teoria do bem jurídico.

A. O conceito material de crime – as diferentes concepções

Quais os critérios que orientam e limitam a atividade criminalizadora do legislador?

Nas palavras de Luís Greco “*a palavra-chave aqui é o princípio da subsidiariedade, ou da última ratio, ou da intervenção mínima: como o direito penal dispõe de sanções especialmente graves, não basta uma afectação de qualquer interesse de carácter ínfimo para legitimar a intervenção penal*”³⁰.

Assim, é este carácter subsidiário do Direito Penal - que prescreve que a sua intervenção só será legítima quando a tutela não possa ser eficazmente assegurada por outro meio menos restritivo - que funciona como primeiro limite ao poder punitivo do Estado.

Por outro lado, consideramos que a definição de certas condutas como crime, não pode estar na dependência de “*concepções políticas passageiras e conjunturais*”³¹, tendo antes

³⁰ Greco, 2004, p. 100.

³¹ Palma, 2014, p. 16.

de se fundar numa percepção generalizada de que determinadas condutas colocam seriamente em perigo as condições de funcionamento da sociedade.

Porém, como bem salienta Diana Simões, na linha de Figueiredo Dias e Costa Andrade, não é unânime a resposta que tem sido dada à questão de saber o que é materialmente o crime, visto que, como bem observam estes autores, “a multiplicidade de conceitos de crime também se deve ao que cada autor, em cada momento, pretendeu ver esclarecido, isto é, dependerá além da perspectiva de abordagem, da pergunta de partida”³².

Então vejamos.

À luz da perspectiva positivista-legalista, crime “*será tudo e só aquilo que o legislador considerar como tal. Seria unicamente a circunstância de o legislador ter ameaçado a prática de determinado facto com uma pena criminal que “transforma” aquele facto em comportamento criminal*”³³. Nesta lógica, os maus-tratos a animais, seriam considerados crime porque o legislador assim o determinou.

Esta teoria revela-se totalmente inútil, mostrando-se incapaz de resolver a questão da legitimação material do direito penal. O que pretendemos verdadeiramente saber é “*quais as qualidades que o comportamento deve assumir para que o legislador se encontre legitimado a submeter a sua realização a sanções criminais.*”³⁴. Por outro lado, o conceito de crime que nos oferece esta teoria, não permite uma autonomização do conceito material de crime face ao conceito formal de crime, impedindo que aquele funcione como “*padrão crítico tanto do direito vigente, como do direito a constituir, indicando ao legislador aquilo que ele pode e deve criminalizar e aquilo que ele pode e deve deixar de fora do âmbito penal.*”³⁵.

Esforçando-se por suprir as apontadas deficiências da concepção anterior, nasceu a teoria positivista sociológica, para a qual crime seria “*aquilo que em termos de objetividade e universalidade pudesse, à luz da realidade social, ser como tal considerado*”³⁶.

Assim, uma primeira via³⁷, construída em torno das noções de delito natural e de conduta socialmente danosa, propunha que o crime deveria corresponder à violação de sentimentos altruísticos fundamentais, como a piedade ou a probidade, os quais seriam vivenciados de igual forma por todos os povos de idêntica raça e civilização.

³² Simões, 2017, p. 184.

³³ Dias, 2007, p.106.

³⁴ Dias, 2011, p. 106.

³⁵ Dias, 2007, p.107.

³⁶ *Ibidem*, p. 108.

³⁷ Esta teve como principal precursor Garófalo.

Posteriormente, na mesma linha, Durkheim procurou reduzir o universo a ter em conta, sugerindo que deveria ser considerado crime toda a conduta socialmente danosa, que assim fosse experienciada por uma formação social concreta, politicamente organizada - *a comunidade*. Nesta esteira, para o aludido autor o denominador comum a todos os crimes residiria na circunstância de “*constituírem actos universalmente reprovados pelos membros de cada sociedade*”³⁸.

Também Liszt, ao lado dos mencionados autores, defende que “*crime é a agressão, tida na perspectiva do legislador como especialmente danosa para uma dada ordenação social, a interesses juridicamente protegidos, pelo lado da perigosidade social revelada em tal agressão por uma personalidade responsável*”³⁹.

Sucedem que, embora tenhamos que reconhecer a operatividade do conceito de danosidade social, o qual nos ajuda, efetivamente, na busca pelo conceito material de crime, na medida em que o crime implicará sempre (mas não só) uma referência sociológica, a verdade é que as noções trazidas pela aludida teoria se revelam demasiado imprecisas e abrangentes, não oferecendo a segurança necessária para determinar em que consistiria a ofensividade ou a danosidade sociais determinantes da “essência” do crime.

Por fim, cabe uma breve referência à perspectiva moral (ético)-social⁴⁰, segundo a qual crime seria toda e qualquer conduta desrespeitadora dos valores ético-sociais fundamentais. Na medida em que confunde Direito e Moral, esta conceção revela-se inadequada face à sociedade democrática e pluralista dos nossos dias, onde “*coexistem (...) zonas de consenso com zonas de conflito*”⁴¹, sendo, por isso, de recusar.

B. A teoria do bem jurídico-penal

O bem jurídico tem sido apontado pela doutrina maioritária como a instância legitimadora da intervenção penal por excelência, tese que, de resto, dispõe de respaldo no nosso Código Penal, o qual prescreve, no seu artigo 40.º, que “*A aplicação de penas e de medidas de segurança visa a proteção de bens jurídicos*”.

No entanto, a definição de bem jurídico através de um conceito estanque que permita, com clareza e segurança, discernir quais as condutas que podem ser criminalizadas, não

³⁸ *Apud* Dias, 2007, p.108, Durkheim, A divisão do trabalho social, 1893, p. 91 e ss.

³⁹ *Apud* Dias, 2007, p.108.

⁴⁰ Os seus principais propulsores foram Welzel e Jescheck.

⁴¹ Dias, 2007, p. 113.

foi ainda alcançada, sendo provável que nunca se venha a obter consenso quanto a esta questão.

Tal não significa, porém, que não seja possível traçar um núcleo essencial capaz de nos fornecer uma definição mais ou menos consensual de bem jurídico.

Entre nós, Figueiredo Dias aponta como possível definição a seguinte: *“expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto, ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso.”*⁴²

Também Taipa de Carvalho sugere que bens jurídicos serão *“os valores considerados pelo ethos social comunitário, como essenciais ou indispensáveis para a realização pessoal de cada um dos membros da sociedade”*⁴³.

Roxin entende, por seu turno, que a bens jurídicos *“corresponderão a todas as condições e finalidades necessárias ao livre desenvolvimento do indivíduo, à realização dos seus direitos fundamentais e ao funcionamento de um sistema estatal construído em torno dessa finalidade.”*⁴⁴.

Cabe, porém, salientar que o Direito Penal não se propõe proteger todo e qualquer bem jurídico⁴⁵, mas tão somente aqueles que sejam dotados de dignidade penal, isto é, bens cuja lesão se revela digna e necessitada de pena, na medida em que põe em causa – utilizando as concepções da doutrina acima citada - o livre desenvolvimento da personalidade ou afeta o correto funcionamento da sociedade.

Nas palavras de Manuel da Costa Andrade, a dignidade penal será a *“expressão de um juízo qualificado de intolerabilidade social, assente na valoração ético-social de uma conduta, na perspectiva da sua criminalização e punibilidade.”*⁴⁶.

Aqui chegados, verificamos uma certa convergência da doutrina no que concerne a determinados elementos com que moldam as definições de bem jurídico que avançam: Todas elas apontam para um conceito de bem jurídico centrado na pessoa, individualmente considerada ou enquanto membro de uma sociedade, encontrando-se o conceito ora em análise intimamente ligado à ideia de relevância social, a qual deverá ser reconhecida e valorada tanto a nível individual como a nível da comunidade.

⁴² Dias, 2007, p. 114.

⁴³ Carvalho, 2014, p. 48.

⁴⁴ Roxin, 2013, p.12.

⁴⁵ Existem muitos outros bens jurídicos que, não sendo dotados de dignidade penal, são tutelados por outras áreas do Direito, como o Direito Contraordenacional ou o Direito Civil.

⁴⁶ Andrade, 1992, p. 184.

Será um conceito com tais características adequado a legitimar a intervenção do Direito Penal? Grande parte da doutrina tem entendido que não.

Assim, para Stratenwerth, principal partidário da teoria do direito penal do comportamento ou da “tutela de relações da vida como tais”, para a qual o fundamento da punição “*não é a ofensa a determinados bens jurídicos, mas a não observância de normas de conduta fundamentais, consensualmente aceites pela sociedade*”⁴⁷, isto é, “*as representações axiológicas homogêneas profundamente arraigadas na sociedade*”⁴⁸.

Roxin aponta três críticas fundamentais à referida concepção, a saber: “*da circunstância de a maioria da população não tolerar determinada conduta que lhe desagrada não pode sem mais deduzir-se que tal comportamento deva ser punido, desde logo se ninguém é afetado no seu livre desenvolvimento.*”⁴⁹. Na mesma linha, Wohlers acrescenta que “*uma convicção não pode ser reconhecida como algo digno de proteção apenas porque existe, porque está «aí»*”⁵⁰. Em segundo lugar, prescindindo-se da ideia de bem jurídico, em sociedades globalizadas e multiculturais com as atuais, torna-se difícil garantir um “consenso fundamental” sobre a necessidade de punir certa conduta. Por fim, um “consenso fundamental” que recaia sobre a punição de um comportamento que não afete um bem jurídico contradiz o “consenso fundamental” existente na sociedade de que cada um pode desenvolver livremente a sua personalidade, desde que nesse processo não ponha em causa as condições para que outros o possam fazer.

Já outros autores ser de prescindir, em absoluto, do “direito penal do bem jurídico”, o qual deverá dar lugar ao “direito penal do risco”, com a criação de crimes de perigo. A adoção de uma concepção tal poderia ter como consequência a antecipação da tutela penal para estados prévios e distantes da lesão, o que seria incompatível com o princípio do Direito Penal de última *ratio*.

No mais, conforme, refere, de forma sumária, Laura Nogueira, “*outros autores apontam para diferentes modelos de substituição do bem jurídico, tais como: (i) o funcionalismo sistémico, que faz assentar o Direito Penal na danosidade social, já referida; (ii) o “modelo de reconhecimento”, onde se proíbe a lesão da personalidade do outro; e (iii) o recurso exclusivo à Constituição como legitimadora do Direito Penal*”⁵¹. Na linha desta Autora, cremos que tais concepções se revelam demasiado imprecisas e que dificilmente

⁴⁷ Apud Roxin, 2013, p.27, Stratenwerth, p. 286.

⁴⁸ Costa, 2013, p.165.

⁴⁹ Roxin, 2013, p. 27.

⁵⁰ Apud Roxin, 2013, p.27, Wohlers, Festschrift fur Amelung, 2009, p.129 e ss.

⁵¹ Nogueira, 2019, p. 6 e 7.

se pode fazer assentar na Constituição a legitimação de todo o direito penal, em toda a complexidade que lhe é inerente⁵².

Aqui chegados, não vislumbramos que as concepções apresentadas possam oferecer uma alternativa viável à teoria do bem jurídico. No entanto, concedemos-lhes o mérito de denunciarem a incapacidade revelada pelo conceito de bem jurídico, quando interpretado de forma restritiva, para resolver o problema da legitimação dos ilícitos penais, mormente daqueles que despontam das novas preocupações da sociedade do nosso século.

Note-se que conforme afirma Roxin, na esteira de Mir Puig, *“aquilo que há de valorar-se como bem jurídico não se apresenta delimitado de forma clara ou concludente; na verdade, a referência pressuposta pela norma a um bem jurídico pode desvelar-se com maior ou menor intensidade”*⁵³.

Ademais, haverá que reconhecer, sob pena de se tornar num conceito de reduzida operatividade, que o que é relevante para a vida social hoje, não é o mesmo que era relevante para a vida social há 30 anos, e nem sequer há 10 anos, pelo que o aludido conceito deverá ser aplicado de forma atualista e encarado como um conceito aberto e com uma eminente mutabilidade histórica e social, permitindo a intervenção do direito penal em novos domínios.

Ainda assim, independentemente dos esforços que se realizem no sentido da flexibilização do conceito de bem jurídico, sempre teremos de reconhecer a sua matriz marcadamente antropocêntrica: o direito penal só poderá ser chamado a intervir, na medida em que determinada conduta se revelar, direta ou indiretamente, fundamental para a livre realização do Homem, individualmente considerado ou enquanto membro da comunidade.

A este ponto, cabe questionar: será esta formulação do conceito de bem jurídico adequada ao direito penal moderno?

C. A atual “crise” do bem jurídico-penal

Conforme ficou dito *supra*, vários autores têm procurado ensaiar concepções alternativas para a questão da legitimação da intervenção penal, face a uma teoria do bem jurídico que se lhes apresenta minimalista e exageradamente antropocêntrica, revelando-se incapaz de

⁵² Vide Nogueira, 2019, p. 7.

⁵³ Roxin, 2013, p.21.

fornecer uma resposta eficaz para os novos fenómenos e preocupações que marcam a sociedade dos nossos dias.

Referimo-nos a novos temas, que se fazem acompanhar de novos riscos, tais como o ambiente, a manipulação genética, as gerações futuras e, claro, os animais, relativamente aos quais é difícil divisar um bem jurídico, entendido na sua vertente tradicional. Nas palavras de Germano Marques da Silva, tratam-se de «novos bens», que podem muito bem ser “*despersonalizados, transindividuais e supra individuais ou até meramente instrumentais (o ambiente, a saúde pública, a economia, o mercado, o consumo, o fisco, etc.)*”⁵⁴, relativamente aos quais a sociedade, cada vez mais atenta e exigente, entende que o Estado, enquanto garante da segurança pelo respeito dos valores fundamentais, não pode ficar indiferente.

Assim, a teoria aqui em análise, a qual foi construída em torno da proteção de um catálogo clássico de bens jurídicos como a vida, a saúde, a propriedade ou o património, fornecendo um critério à atividade criminalizadora do legislador que se julgava irrepreensível, é agora alvo de inúmeras críticas, que têm conduzido a sucessivas tentativas de reformulação do objeto de proteção do Direito Penal, as quais, por seu turno, assentando em conceitos imprecisos, não oferecem um fórmula apta a determinar o que deverá ou não corresponder a um ilícito criminal.

Resta-nos, pois, colocar em análise as teorias que tomo a liberdade de apelidar de compromissórias, as quais, não abandonando o conceito de bem jurídico, apontam soluções que visam complementá-lo.

Alguma doutrina tem-se pronunciado a favor de uma verdadeira “expansão do direito penal”, onde, por um lado, se conservam os princípios do Direito Penal clássico assentes na individualização da responsabilidade, em que a punição decorrerá da verificação dos conhecidos elementos, como a ação, a imputação objetiva e subjetiva, a culpa e a autoria, os quais mantêm a sua operatividade para oferecer a necessária proteção ao catálogo clássico dos bens jurídicos individuais, concedendo-se proteção, por outro lado, a uma “*periferia jurídico-penal*”, dirigida a tutelar os novos riscos. Nesta periferia, a qual funcionaria, do ponto de vista substancial, como uma espécie de direito penal administrativo, aqueles princípios encontrar-se-iam “*amortecidos*”, permitindo uma “*proteção antecipada de interesses colectivos mais ou menos indeterminados, sem espaço, nem tempo, nem autores, nem vítimas, definidos ou definíveis*”⁵⁵. Assim, ainda

⁵⁴ Silva, 2010, p. 40.

⁵⁵ Dias, 2007, p.141.

que formalmente pertencentes ao Direito Penal, as ofensas aos aludidos interesses, contrariamente ao núcleo clássico do Direito Penal, não dariam lugar à aplicação de penas privativas da liberdade.

Uma conceção tal parece-nos ser de rejeitar, dado que repousa numa ampliação casuística do direito penal, prescindindo de um critério efetivo de incriminação. Por outro lado, ao conceber que a tutela dos novos riscos seria, na prática, assegurada por uma espécie de direito sancionatório de carácter administrativo, estar-se-ia a admitir um “direito penal de segunda”, em que a aludida tutela se traduziria numa proteção menos garantística do que a que merecem os bens jurídicos, ditos clássicos, o que, a nosso ver, não faz qualquer sentido.

Por seu turno, Volk, cético relativamente ao conceito de bem jurídico, ainda que não o rejeite terminantemente, recorre à ideia de prevenção geral positiva e do sentimento de confiança na validade das normas que é experienciado aquando da aplicação da sanção à violação do direito, propondo a “abertura” do conceito ora em apreço, de forma a que o mesmo possa englobar a “*proteção de tabus, de expectativas eticamente fundadas, de sentimentos*”⁵⁶, alertando que a tais sentimentos não deverá ser conferida uma tutela automática pelo Direito Penal, devendo os mesmos ser sujeitos ao teste da proporcionalidade e subsidiariedade.

Certo é, porém, que alterar o critério da criminalização para um juízo de proporcionalidade ou subsidiariedade, resultaria certamente em incertezas e controvérsias profundas, levando-nos inevitavelmente à discussão sobre como “*determinar em que circunstâncias resultaria desproporcionada uma proteção jurídico-penal de sentimento e, uma vez admitida, em que casos poderia ser substituída por outra regulamentação jurídica ou em que casos se poderia prescindir por completo de quaisquer mecanismos de tutela.*”⁵⁷.

Também Hefendehl, apesar de acérrimo partidário do conceito de bem-jurídico, reconhece a sua falibilidade, admitindo que em situações excecionais se possa punir a “*violação de representações de valor e de comportamentos enraizadas na sociedade, ainda que não criem dano*”⁵⁸. Estaríamos perante delitos de conduta sem bem jurídico, cujas incriminações assentariam a sua justificação em “convicções de conduta socialmente dominantes”.

⁵⁶ *Apud* Roxin, 2013, p.29, Volk, 2011, p. 224.

⁵⁷ Roxin, 2013, p.30.

⁵⁸ *Apud* Roxin, 2013, p. 30, Hefendehl, 2003, p. 128.

A este propósito Roxin, admitindo que tornaria “*mais fácil explicar de modo mais ou menos plausível alguns tipos legais como o da crueldade contra os animais, o que sempre foi um problema para a teoria do bem jurídico*”⁵⁹, alerta para o facto de serem pensamentos e lógicas como a descrita que levam a que determinados comportamentos, tais como a homossexualidade, possam ser sujeitos a sanções penais desde que em determinada sociedade, em determinado momento histórico, a maioria da população os repute como indesejáveis. Tal conclusão seria, não só juridicamente, mas também socialmente inaceitável.

Associada à mencionada objeção, refira-se ainda que a aludida tese se faz acompanhar de evidentes problemas ao nível da segurança jurídica, na medida em que, na ausência de um bem jurídico de referência, como é que poderíamos distinguir um delito de conduta legítimo de um delito de conduta ilegítimo?

Numa perspetiva marcadamente antropocêntrica, há quem defenda que, ao lado dos bens jurídicos tradicionais, haverá que considerar outros bens jurídicos afetados pelos novos riscos, desde que dotados de “referente pessoal”. Trata-se, pois, de uma conceção dualista de bens jurídico-penais, onde os verdadeiros bens jurídico-penais são, por um lado, os bens jurídicos individuais e, por outro lado, os supraindividuais dotados de referente pessoal, os quais, apesar de não serem de uso exclusivo de um indivíduo, seriam suscetíveis de fruição individual e relativamente aos quais um ataque seria experimento como “*uma perda ou dano pessoal e não como lesão de um mero interesse funcional*”⁶⁰. Ainda na esteira do dualismo do direito penal, parte da doutrina aponta para a possibilidade de divisar, para além dos bens jurídicos tradicionais, como a vida, a integridade física, a liberdade e a propriedade, bens jurídico-penais “instrumentais”, que se situariam ao lado daqueles, com o estrito objetivo de os sustentar e de servir de tutela antecipada dos mesmos.

Ambas as teorias expostas colocam os bens jurídicos de “referente pessoal” ou “instrumentais” num nível inferior e hierarquicamente subordinado aos bens jurídicos individuais, na medida em que aos mesmos apenas seria concedida a proteção do direito penal caso a razão de tutela pudesse ser atribuída em último termo necessidade de proteção de bens jurídicos individuais. Inevitavelmente, a violação destes novos bens jurídicos, sempre seria tratada como menos gravosa, o que se traduziria num evidente e chocante contrassenso face a condutas relativamente às quais a sociedade atual reclama

⁵⁹ Roxin, 2013, p. 30.

⁶⁰ Dias, 2007, p. 142.

uma proteção firme do direito penal, ao nível da que é concedida ao catálogo clássico dos bens jurídicos.

Atenta a ineficiência das concepções apresentadas, há autores que defendem não ser de prescindir do direito penal do bem jurídico, sugerindo que, dentro deste e ao lado dos bens jurídicos individuais, se reconheçam autênticos bens jurídicos sociais, comunitários, universais, coletivos, com o mesmo “*nível de exigência tutelar autónoma*”⁶¹.

Estes bens jurídicos coletivos diferenciam-se dos bens jurídicos “instrumentais” e de “referente pessoal”, na medida em que, pertencendo a todos e a cada um, são indivisíveis entre as diversas pessoas, servindo uma coletividade sem que ninguém possa fruir apenas de uma parte, isto é, são uma manifestação dos interesses globais não individualizados.

Salienta Figueiredo Dias que a criminalização das condutas que atentem contra este catálogo de bens jurídicos encontra “*refracção legitimadora expressa na ordem axiológica constitucional relativa aos direitos sociais, económicos, culturais e ecológicos*”⁶².

Serão bens jurídicos, pela sua própria natureza, mais vagos e intangíveis, pelo que, de modo a não se tornarem imperscrutáveis para os destinatários das normas, e conforme sugere aquele Autor, não se poderão perder de vistas os parâmetros mínimos de determinabilidade do tipo de ilícito e a referência ao bem jurídico que se pretende proteger. Desde que asseguradas as aludidas condições, a sua tutela deverá fazer-se, na esteira dos ensinamentos de Stratenwerth, através de um “*direito penal de comportamento em que são penalizadas e punidas puras relações da vida como tais*”⁶³.

Face a todo o exposto, consideramos que a teoria propugnada por Figueiredo Dias se revela como a mais adequada a acolher no direito penal os novos prolemas da sociedade moderna em que vivemos, através da adoção de um conceito de bem jurídico atualizado e abrangente - onde os bens jurídicos coletivos encontram o seu lugar ao lado dos bens jurídicos individuais -, que se alia à imposição de normas de comportamento destinadas a tutelar estes novos bens nascidos da sociedade de risco.

Mas será esta concepção apta a dar resposta a todas as temáticas da sociedade atual? Poderão todos os bens jurídicos que reclamam proteção do Direito Penal, nos nossos dias, ser “arrumados” na categoria dos bens jurídicos coletivos? A proteção conferida será em todos eles reconduzível, mesmo que em último termo, a interesses legítimos da pessoa?

⁶¹ Dias, 2007, p. 149

⁶² *Ibidem*

⁶³ Dias, 2007, p. 154.

E admitindo que sim, serão esses interesses ligados ao Homem que se pretenderão verdadeira e efetivamente prosseguir?

Desde já antecipando a nossa posição – à qual retomaremos com maior profundidade oportunamente –, temos que a incriminação da morte, dos maus tratos e do abandono de animais de companhia, ainda que possa caber na formulação que nos oferece a teoria explanada, na medida em que os tipos de ilícitos ora trazidos à colação tutelam indiscutivelmente “o interesse humano de toda e cada uma das pessoas na preservação da integridade física, da saúde e da vida dos animais”⁶⁴, extravasa-a, tendo o legislador com a referida incriminação manifestamente pretendido proteger a vida e a integridade física dos animais de companhia, colocando-o na posição de vítima direta do crime, e já não interesses puramente referíveis ao Homem e ao sistema social.

Assim, o bem jurídico protegido será, no âmbito destas incriminações, a vida e a integridade física dos animais, sendo de aplaudir a proposta apresentada por Roxin, que prescinde de uma teoria do bem jurídico “*puramente antropocêntrica e bastante limitada*”⁶⁵, apta a conceder uma proteção meramente indireta aos animais, sugerindo o seu alargamento e transformação a uma “*teoria do bem jurídico referente à criatura*”⁶⁶. De acordo com a compreensão defendida por este autor, “*Ao reconhecermos os animais superiores - com os quais comunicamos e cuja vivência da dor é semelhante à nossa - como objeto (...) merecedor de proteção, há de reconhecer-se, de forma coerente, que os atos de crueldade realizados pelo Homem constituem uma ofensa a um bem jurídico*”⁶⁷. A questão que agora se impõe é se a nossa Constituição se encontra preparada para acolher esta nova realidade.

III. O nível jurídico constitucional da teoria do bem jurídico

Aqui chegados, parece-nos que será de aceitar, de facto, o bem jurídico como a instância legitimadora da intervenção penal, ainda que, em nosso entender, o seu conceito deva ser ampliado, tanto no sentido de englobar os bens jurídicos coletivos – conforme propõe Figueiredo Dias –, como os bens jurídicos referentes aos animais, enquanto seres dignos de proteção porque valiosos em si mesmos – na linha da proposta apresentada por Roxin.

⁶⁴ Brito, 2016, p. 17.

⁶⁵ Roxin, 2013, p. 33.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ Roxin, 2013, p. 32.

E assim é por ser a teoria do bem jurídico, conforme entendida por aqueles autores, a que revela uma maior aptidão para resolver as novas questões da nossa sociedade, face a conceções negacionistas e intermédias, cujos resultados práticos, como se viu, deixariam muito a desejar.

No entanto, cabe uma ressalva: o problema da legitimação da sanção penal, não se esgota na mera verificação de um qualquer bem jurídico, resultante de um facto com aparente relevância penal. Na verdade, para que um bem jurídico seja considerado penalmente relevante, e assim, seja a respetiva incriminação válida, deverá encontrar uma referência nos direitos, liberdades e garantias protegidos consagrados na Constituição.

Assim, só os bens jurídicos de nível jurídico-constitucional podem ser legitimamente protegidos pelo Direito Penal, os quais deverão considerar-se, nessa ótica, concretizações dos valores constitucionais ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação social, política e económica.

Tal é o que parece decorrer, de resto, da formulação do artigo 18.º, n.º 2 da nossa Constituição, o qual prescreve que *“a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”*.

Esta opção do legislador constituinte encontra a sua justificação na circunstância de os meios de afirmação do poder punitivo corresponderem a intensas limitações dos direitos fundamentais (designadamente da liberdade), limitações essas que não poderão ficar ao critério de crenças passageiras, devendo, antes, fundar-se num bem jurídico com referente na ordenação axiológica jurídico-constitucional.

Assim, a constitucionalidade de uma norma penal depende da existência de um bem jurídico com referente constitucional.

Mas terá esse referente que ser obrigatoriamente expresso ou poderá ser implícito?

Não nos resta outra alternativa que não seja considerar que os valores constitucionais que servem de referente ao bens jurídico-penais, poderão encontrar-se previstos na Constituição de forma implícita, na medida em que negá-lo, levar-nos-ia a soluções incompreensíveis que se traduziriam em deixar sem tutela do direito penal bens jurídicos relativamente aos quais a sociedade dos nossos dias grita por proteção. Nesta categoria, incluímos, claro está, a temática da proteção dos animais.

Sem prejuízo de nos dedicarmos com maior profundidade a esta questão adiante, por ora convocamos os ensinamentos de Gonçalo Almeida Ribeiro que defende que *“os direitos*

*e interesses constitucionalmente protegidos não se resumem àqueles que sejam objeto de referência num preceito constitucional, antes incluindo também aqueles que, recolhidos nas demais fontes jurídicas ou deduzidos de princípios fundamentais, se reconduzem ao radical axiológico da dignidade da pessoa humana que o artigo 1.º da Constituição proclama solenemente como base da República Portuguesa.”*⁶⁸.

A. Fundamentos da proteção dos animais (de companhia)

Na linha das considerações que tecemos *supra*, não vislumbramos que se revele imprescindível que a proteção penal do bem-estar animal se encontre expressamente respaldada na Constituição – *o que, conforme antecipámos, não se verifica* – para que estas incriminações sejam legítimas ou até para que possamos concluir pela existência de fundamento constitucional de tutela direta dos animais.

Imperativo será que o bem-estar animal se encontre – ainda que de forma indireta – constitucionalmente representado, para que o n.º 2 do artigo 18.º da Constituição permita a restrição da liberdade ou afetação do património inerente às sanções criminais cominadas.

Interessa ainda esclarecer que esse bem jurídico-penal que fundamenta a punição daquele que mata, maltrata ou abandona um animal de companhia poderá ter em vista uma proteção direta do próprio animal, em que este será simultaneamente o objeto e o sujeito passivo da ação incriminada, ou, ao invés, uma proteção indireta, em que o que se pretende proteger verdadeiramente é o Homem, através da relação especial que estabelece com os animais.

Em qualquer dos casos, essa proteção deverá encontrar a sua justificação na nossa Lei Fundamental.

1. Proteção Direta

a) Proteção do Ambiente

Aquando da análise da proteção conferida aos animais por outros ordenamentos jurídicos, verificámos que a Constituição alemã consagra expressamente a tutela dos mesmos, associando-a à proteção do ambiente, no âmbito das responsabilidades do Estado frente às gerações futuras.

⁶⁸ Vide p. 36 do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 867/2021.

Também a nossa Constituição, no seu artigo 66.º, consagra o direito ao ambiente, incumbindo o Estado, no artigo 9.º, alíneas d) e e), da tarefa de defender os direitos ambientais dos cidadãos, a natureza, o ambiente e os recursos naturais.

Dadas estas premissas, têm alguns autores⁶⁹ pretendido replicar o modelo alemão, que justifica a proteção penal concedida aos animais, no Direito ao Ambiente.

Porém, não nos parece despicienda a diferença de formulações adotadas pelos dois ordenamentos: se no artigo 20 A da Lei Fundamental da Alemanha, existe uma referência expressa à proteção dos animais, na Constituição portuguesa, tal referência não se encontra presente.

É certo que, conforme dissemos anteriormente, o referente constitucional poderá ser implícito. É, aliás, o que afirmam os defensores desta via, sustentando que a proteção da natureza e da estabilidade ecológica reivindica a proteção dos animais contra sofrimentos desnecessários, sendo a proteção destes, na sua individualidade, uma questão ambiental. Neste sentido se pronunciou Raúl Farias, afirmando que *“em termos objectivos a abrangência deste bem jurídico poderia incluir aquilo que se pretende proteger com a introdução dos novos art.ºs 387.º a 389.º no Código Penal, numa subvertente da protecção da fauna relacionada com os animais de companhia.”*⁷⁰.

Porém, não nos parece que seja esse o sentido das aludidas disposições normativas presentes na nossa Lei Fundamental, as quais visam, não a proteção de determinado animal concreto, individualmente considerado, mas a proteção do meio ambiente como um todo, enquanto conceito unitário, orientado para todo o meio natural, para todas as espécies e ecossistemas, em que os animais são protegidos incidentalmente, na medida da sua relevância para o ambiente como um todo, por serem parte integrante dessa realidade que é a que verdadeiramente se visa proteger.

Ora, uma leitura tal não se compadece com a tutela conferida aos animais de companhia do nosso Código Penal: Não é possível divisar que a necessidade de preservação do ambiente, no sentido apontado constitucionalmente, pretenda de alguma forma proteger os animais que mantemos no nosso domicílio para entretenimento e companhia, não sendo possível traçar qualquer relação entre as aludidas realidades.

Ademais, é patente a essência marcadamente antropocêntrica que o legislador constituinte pretendeu imprimir no artigo 66.º, o qual dispõe que *“Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender”*, dúvidas

⁶⁹ Vide Albuquerque, 2015, p.1321 ss. e 1327 e Jorge Bacelar Gouveia, 2000, p. 239.

⁷⁰ Farias, 2015, p. 141.

não restando que o mesmo tem como única preocupação a preservação do ambiente, na medida em que este é valioso para o Homem, para a sua qualidade de vida.

E nesta medida, sempre se diga que preservar o ambiente, pese embora possa, nalguns casos, ter como efeito colateral a proteção de um determinado animal – mas nunca um animal de companhia, note-se (!) – noutros, poderá ditar, pelo contrário, o abate ou o sacrifício massivo de animais, se tal se revelar necessário para salvaguardar o equilíbrio do ecossistema.

Face a todo o exposto, temos que este não será o caminho para fundamentar constitucionalmente a proteção dos animais de companhia.

b) Dignidade da Pessoa Humana

Uma segunda via caracteriza-se por estender a dignidade da pessoa humana aos animais, sugerindo que é possível extrair a proteção direta dos mesmos do princípio da dignidade humana, o qual deveria ser interpretado de forma atualista, abandonando-se a sua essência antropocêntrica.

Tal perspetiva radica na ideia de que também os animais, como os homens, têm direitos, devendo ser considerados fins em si mesmos.

Esta conceção, que tem como principais partidários Jeremy Bentham, Peter Singer e Tom Regan, assenta na ideia de que a discriminação entre espécies concretiza uma discriminação como qualquer outra entre humanos que tenha por base as suas capacidades ou características. Estes autores defendem que animais existem com capacidades cognitivas superiores às de alguns seres humanos, dando os exemplos dos recém-nascidos, dos doentes mentais ou dos doentes em estado vegetativo, para concluírem que se a estes lhes são atribuídos direitos, também aos animais deverão ser. Nesta linha, Bentham e Singer apontam ser a senciência – e não as capacidades específicas de cada indivíduo, como a racionalidade ou a proficiência linguística - o critério para a atribuição de direitos, advogando ainda que, em caso de conflito, deverá prevalecer a escolha pelo direito que realizar o alívio do sofrimento maior, independentemente da espécie.

Regan, por seu turno, introduz o conceito de “*sujeitos-de-uma-vida*” para justificar a atribuição de direitos aos animais, defendendo que “*os indivíduos são sujeitos de uma vida se têm crenças e desejos; percepção, memória e uma noção de futuro, incluindo do seu próprio futuro; uma vida emocional com sensações de prazer e dor; interesses de preferências e de bem-estar; a capacidade de iniciar acções na persecução dos seus*

*desejos e objectivos; uma identidade psicofísica ao longo do tempo; e um bem-estar individual no sentido em que a sua vida experiencial se lhe corre melhor ou pior, de forma logicamente independente da sua utilidade para os outros ou de serem objecto de interesses de outros”*⁷¹.

Adotando-se um conceito tal, entende o Autor que recusar direitos a outras espécies, diferentes do ser humano, seria perfeitamente arbitrário.

Contrariamente ao que muitas vezes tem sido dito, não pretendem estas perspetivas recusar a condição e o estatuto de pessoa a certos seres humanos, cuja capacidade cognitiva se encontre comprometida por motivos de saúde ou simplesmente ainda não tenha atingido o seu estágio pleno de desenvolvimento. Nem tão-pouco pretendem estes Autores atribuir a qualidade de pessoa aos animais⁷². Assim, reconhecendo que os animais são distintos das pessoas, já não aceitam que aqueles sejam inferiores a estas, repudiando o discurso daqueles que sustentam uma “dignidade intrínseca do ser humano individual” ou “a importância intrínseca de todos os homens”, seja lá o que com tais expressões se pretenda significar...

Mas será possível, à luz da nossa Constituição, alargar o conceito de dignidade da pessoa humana aos animais? Adiante tomaremos posição sobre esta questão.

c) Proteção conferida através do Direito da União Europeia

Admitindo que o nosso texto constitucional é incapaz de proteger os animais diretamente, há quem considere que a sua proteção direta é conferida pelo Direito da União Europeia, através da receção das Convenções, ratificadas por Portugal, as quais encerram normas de proteção dos animais – donde se destaca a Convenção Europeia para a Proteção dos Animais de Companhia –, e bem assim, do artigo 13.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Assim, esta via encontra a sua justificação no artigo 8.º, n.º 2 e n.º 4 da Constituição, os quais consagram a aplicação na ordem interna das disposições dos tratados que regem a União Europeia e das normas constantes das convenções internacionais regularmente aprovadas.

⁷¹ Galvão, 2010, p.17.

⁷² A este propósito, Regan expõe que “embora seja verdade que todos os seres humanos são animais, é falso que todos os animais sejam seres humanos” (Regan, 2010, p.54).

No entanto, alguns autores têm criticado esta perspetiva por considerarem duvidoso que se possa procurar fundamentar incriminações diretamente no Direito da União Europeia, dispensando uma correspondente consagração direta na Constituição.

Da nossa parte, não cremos que tal seja problemático, na medida em que o próprio texto constitucional parece apontar no sentido de uma receção automática e plena das normas europeias e internacionais⁷³.

A tese ora em análise é também recusada por uma segunda ordem de motivos, a que oportunamente aludimos, em sede de análise sobre a proteção dos animais no âmbito da União Europeia, cabendo agora apenas a seguinte referência: tem-se entendido que o artigo 13.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia não visa diretamente a proteção dos animais em si mesmos considerados, mas sim tendo em conta a sua integração na economia de mercado, na medida em que tal influi na qualidade de vida do ser humano.

No entanto, entendemos que, ainda que se considere que o aludido diploma europeu não visa diretamente a proteção dos animais em si mesmos considerados – tese que também nós acompanhamos –, a verdade é que a referida tutela é conferida aos mesmos, pese embora, o seja de forma tímida e minimalista e numa lógica distorcida, orientada por uma conceção antropocêntrica do mundo.

E o mesmo se diga a respeito da Convenção Europeia para a Proteção dos Animais de Companhia, a qual apenas reconhece que estes devem ser protegidos e respeitados pelo Homem, “*em virtude da sua contribuição para a qualidade de vida e, por conseguinte, o seu valor para a sociedade*”⁷⁴, e não pelo valor em si mesmos.

Será que desta tutela minimalista pode decorrer um princípio geral de proteção animal e, em específico, a justificação constitucional para a proteção dos animais de companhia?

Temos que a resposta não será a mesma para os dois diplomas.

Vejamos.

No que concerne ao artigo 13.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, verifica-se que a proteção dos animais é concedida apenas nos domínios aí previstos – *agricultura, pesca, transportes, mercado interno, investigação e desenvolvimento tecnológico e do espaço* –, sofrendo ainda uma significativa restrição quando a aludida proteção se confronte com os costumes dos Estados-membros, em matéria de ritos religiosos, tradições culturais e património regional.

⁷³ Jorge Mirando e Rui Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I, Coimbra.

⁷⁴ Cfr. preâmbulo do aludido diploma.

Por outro lado, resulta que são precisamente algumas das matérias elencadas na disposição aqui em análise que são alvo de exclusão pelo artigo 389.º, n.º 2 do Código Penal: exploração agrícola, pecuária e agroindustrial; do mesmo modo, a pesca, os transportes e a investigação científica são “fins legalmente previstos”, determinantes da exclusão da tutela penal.

Tudo considerado e não obstante a utilidade do artigo 13.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia no reconhecimento dos animais como “seres sensíveis” e na determinação da sua proteção no quadro de desenvolvimento de políticas no domínio económico e de funcionamento do mercado interno, seguimos o entendimento de Soares de Albergaria e Mendes Lima⁷⁵ de que o artigo em questão não pode servir de fundamento de tutela criminal ou outras limitações de direitos fundamentais, uma vez que o direito da União é aplicável na ordem interna “*nos termos [por si mesmo] definidos*”.

O mesmo já não se dirá da Convenção Europeia para a Proteção dos Animais de Companhia, a qual rege expressamente o dever que impende sobre o Homem de respeitar o bem-estar animal, e em específico, proteger os animais de companhia.

Assim, independentemente da referida tutela, ter subjacente uma lógica egoísta e distorcida, em que a proteção dos animais é prosseguida em nome do interesse que o Homem tem no seu bem-estar, não nos repugnaria abrir-se a porta à legitimação constitucional da tutela penal dos animais de companhia, por esta via, se se mostrasse ser essa única forma de resolver esta problemática. Porém, existem, a nosso ver, fundamentos mais adequados para justificar a consagração dos crimes contra os animais de companhia, pelo que, não abandonado esta tese, preferimos também não a perflhar.

2. Proteção Indireta

No âmbito da proteção direta, parece-nos que apenas a tese que propõe o alargamento da dignidade da pessoa humana aos animais nos poderá ser útil. Quanto às demais conceções, não vislumbramos que alguma delas se mostre adequada a servir de fundamento à proteção dos animais de companhia no Código Penal, seja porque do direito em que se baseia não é possível retirar o fim de proteção do bem-estar animal, e muito menos, dos animais de companhia, seja porque pretendem justificar a aludida tutela baseando-se num argumento que desvirtua a verdadeira intenção do legislador por detrás da criação dos crimes contra os animais de companhia.

⁷⁵ Albergaria e Lima, p. 143 e ss.

Assim, importa, agora, analisar as formas de proteção indireta dos animais, ou mais precisamente, a proteção indireta de pessoas através do modo como veem ser tratados os animais.

a) Dignidade da Pessoa Humana

Anteriormente debruçámo-nos sobre a Dignidade da Pessoa Humana, no âmbito da tese que defende o alargamento da aludida dignidade aos animais.

Nesta fase, embora reportando-nos ao mesmo conceito, aquilo que pretendemos é enquadrá-lo na perspetiva dos autores que defendem que o mesmo, tal como se encontra consagrado na nossa Constituição, é capaz de fundamentar a proteção indireta dos animais, na medida em que matar, maltratar ou abandonar um animal se qualificaria como um comportamento suscetível de comprometer a própria dignidade do sujeito.

Assim, à luz desta tese, as incriminações concernentes à proteção dos animais de companhia, destinar-se-iam a evitar a degradação moral da própria Humanidade, pretendendo promover a manutenção de uma vida digna e a educação do ser humano contra comportamentos atentatórios da sua própria dignidade.

Ora, para além do evidente moralismo paternalista⁷⁶ subjacente a esta conceção, com o qual os fins do Direito Penal não se coadunam, temos que a mesma se sustenta no equívoco de considerar a dignidade da pessoa humana um bem jurídico-penal em si mesma.

A este propósito, veja-se o que ficou dito por Figueiredo Dias: “*o apelo imediato à intocável dignidade da pessoa não constitui um bem jurídico penalmente relevante, antes é, numa certa aceção, muito mais do que isso, a saber, a mais importante proposição (ou imposição final) ideológica que preside a um Estado de Direito. Proposição que pode e deve – isso sim – concretizar-se (...) em concretos bens jurídicos*”⁷⁷.

Assim, a incriminação não pode ser fundamentada diretamente na proteção da dignidade da pessoa humana. Esta apenas poderá funcionar como referente constitucional de um bem jurídico-penal, conforme oportunamente trataremos. Dito de outro modo, tutela-se um bem jurídico-penal na medida em que tal proteção é apropriada a assegurar o respeito pela dignidade da pessoa humana, inexistindo incriminações que tutelem a aludida dignidade *per si*.

⁷⁶ Albergaria e Lima, 2016, 147.

⁷⁷ Dias, 2009, p. 41.

Basta pensar na multiplicidade de incriminações que nasceriam no Código Penal, decorrentes da aplicação do princípio ora em análise – dotado de um elevado nível de abstração e, bem assim, de imprecisão e amplitude – a situações concretas da vida.

É também este o entendimento que tem sido prosseguido na jurisprudência do Tribunal Constitucional que considerou, a propósito do princípio ora trazido à colação, no Acórdão n.º 134/2020, que “*de um ponto de vista sistemático, porque ele surge consagrado na nossa Constituição enquanto princípio fundamental, e não (...) enquanto direito fundamental. Depois, nos planos literal e teleológico, porque o elevado grau de abstração que o caracteriza tende a impedi-lo de desempenhar adequadamente funções prescritivas concretas*”.

Também não vislumbramos que esta tese seja capaz de explicar a opção do legislador penal pela proteção apenas dos animais de companhia, não descortinando por que razão é que o mesmo poderia ter sido levado a considerar que os maus-tratos a um cão seriam suscetíveis de ferir a dignidade humana, mas já não os maus-tratos a um touro.

b) Integridade física e vida humana

Alguma doutrina tem sustentado que os crimes contra os animais de companhia tutelam indiretamente a integridade física e a vida humana, acreditando que os maus-tratos a animais são desencadeadores da violência sobre pessoas.

Ainda que sem tomar posição quanto aos bens jurídicos que legitimam a intervenção do Direito Penal neste âmbito, Alexandra Reis Moreira revela-se partidária do argumento apresentado: “*os poderes políticos não podiam, e não podem, continuar a ignorar que a violência contra animais está, como se sabe, intrinsecamente relacionada com a violência interrelacional*”⁷⁸.

Já Tomás de Aquino e Kant defendiam que assim era, sustentando que maltratar animais potenciaria uma postura violenta também para com os seres humano. Nesta linha, referem Pedro Albergaria e Pedro Lima que “*maltratar animais degenera num embrutecimento de modos e de espírito que favorece os maus-tratos sobre humanos*”⁷⁹.

Mas será possível estabelecer uma fórmula tal? Será que podemos afirmar que aquele que maltrata um animal no presente, cometerá fatalmente também um crime contra a vida ou a integridade física de um seu semelhante, no futuro?

⁷⁸ Moreira, 2015, p. 157.

⁷⁹ Albergaria e Lima, 2016, p. 148.

Não cremos que se possa estabelecer uma relação suficientemente sólida entre as duas realidades, de tal modo que se mostre possível afirmar com segurança que as incriminações ora em apreço se destinam a proteger indiretamente os aludidos bens jurídicos referentes ao indivíduo, fazendo aí repousar a sua legitimação penal. É certo que estudos existem que apontam nesse sentido⁸⁰. No entanto, verificam-se, da mesma forma, conclusões que refutam essa perspectiva.

Assim, parece-nos duvidosa a relação que esta tese pretende estabelecer, não apenas por não se mostrar capaz de provar o nexo de causalidade, indispensável para lograr imputar um comportamento atentatório da integridade física ou da vida humana à violência exercida contra os animais, como por parecer olvidar-se daquela que verdadeiramente é a questão basilar, *“que tem efectivamente a ver com a forma como o crime é compreendido e onde devem ser procuradas as suas causas, dado que desconsidera, no essencial, que o Homem é fruto das circunstâncias sociais - provavelmente as mesmas circunstâncias que o levaram a cometer um acto de crueldade para com um animal, conduziram-no a ter outros comportamentos anti-sociais.”*⁸¹.

Acolher esta tese, atentas as fragilidades apontadas, poderia traduzir-se, na prática, na aceitação de um direito penal de base moralista, assente em juízos de prognose, que poderiam comprometer seriamente a sua função de última *ratio*, para além de que, à semelhança do que ficou ditou quanto à tese que sustenta estes tipos de ilícitos na dignidade humana, não se encontra a razão, para que o legislador tenha cingido a punibilidade das condutas contra os animais, apenas aos de companhia.

c) *Proteção de sentimentos*

Uma terceira via pretende fazer assentar a fundamentação indireta dos crimes contra os animais de companhia nos sentimentos humanos de compaixão ou solidariedade para com eles, sentimentos esses que corresponderiam ao bem jurídico protegido.

Assim, as incriminações em apreço teriam como finalidade preservar a inquietação humana, dada a ligação sentimental existente, nos dias de hoje, entre as pessoas e os animais, e em especial os de companhia. Nesta linha, ao contrário do que vimos ocorrer com as concepções anteriores, seria já possível explicar a opção do legislador penal pela proteção apenas dos animais de companhia.

⁸⁰ Vide *FBI Recognizes Animal Cruelty as a Serious Crime* | Live Science

⁸¹ Simões, 2017, p. 231 e 232.

Mais se diga a este respeito que tem sido o referido sentimento de compaixão apontado pelos partidários desta tese como um bem jurídico coletivo. Mas tratar-se-á verdadeiramente de um bem jurídico coletivo?

Recorde-se o que acima dissemos sobre esta categoria de bens jurídicos: estes, pertencendo a todos e a cada um, são indivisíveis entre as diversas pessoas, servindo uma coletividade sem que ninguém possa fruir apenas de uma parte, isto é, são uma manifestação dos interesses globais não individualizados. Conforme salientam Pedro Albergaria e Pedro Lima, “*a pedra de toque para a destrição entre verdadeiros e falsos bens jurídicos colectivos é a não-distributividade daqueles, o serem indivisíveis entre diversas pessoas*”⁸².

Desta feita, não nos parece que o “sentimento coletivo” de solidariedade ou compaixão para com os animais possa ser entendido do aludido prisma. Na verdade, o que parece existir é uma soma desses sentimentos – os quais, têm, desde logo, na sua génese, um carácter íntimo –, que pertencendo a cada pessoa individualmente considerada, poderão generalizar-se na comunidade, pelo que apenas poderemos falar de “*«sentimentos individuais concorrentes» que «desde a perspectiva do bem jurídico (...) não são susceptíveis de constituírem um bem jurídico colectivo ou de titularidade colectiva»*”⁸³.

Uma crítica que tem sido apontada por alguma doutrina a esta tese é a de que a sua aceitação implicaria conceder prevalência aos sentimentos de uma maioria – a qual experienciaria sentimentos de indignação face aos maus-tratos contra os animais de companhia –, em detrimento da liberdade individual dos demais – que para sua realização individual reivindicariam a legitimidade das ofensas aos aludidos animais.

Porém, reconhecendo a validade deste argumento para um sem-número de temáticas, temos alguma dificuldade em enquadrar esta objecção no âmbito dos crimes contra os animais de companhia, na medida em que as condutas atentatórias do bem-estar animal se nos afiguram objetivamente repugnantes, não vislumbrando que alguém possa ter opinião diversa, podendo sentir-se de alguma forma lesado, na sua liberdade individual, em consequência da criminalização destes comportamentos.

No entanto, por mera cautela, poderemos realizar o teste que nos propõe Gimbernat. Para este autor, apenas “*seriam suscetíveis de proteção penal os sentimentos diante dos quais se não pudesse fazer valer um direito fundamental (...) Transpondo para o problema que nos ocupa, o argumento do autor resulta em que o sentimento de mal-estar originado*

⁸² Albergaria e Lima, 2016, p. 153.

⁸³ Apud albergaria e Lima, 2016, p. 153, Alonso Álamo, n.º 84, p. 82.

*pelos maus-tratos injustificados a animais domésticos é um sentimento legítimo sobre o qual não pode prevalecer um inexistente direito do maltratante a desenvolver a sua personalidade fazendo-os sofrer.”*⁸⁴.

Porém, conforme já anteriormente deixámos claro, não somos partidários da tutela pelo Direito Penal de sentimentos, por mais legítimos e consensuais que sejam, atenta a inevitável circunstância de a construção de tipos de ilícitos assentes nessa base nos conduzir a margens de incerteza e de insegurança que não se compadecem com princípio da legalidade penal. Destarte, também não nos parece ser de acolher esta tese, que assenta a legitimação dos crimes contra os animais de companhia nos sentimentos de compaixão para com estes, partilhados pela generalidade das pessoas.

Por outro lado, sempre haveremos que considerar o seguinte problema, que entendemos inultrapassável: Estando, assim, em causa verdadeiramente a tutela de sentimentos da generalidade das pessoas, exige-se que alguém, para além do próprio maltratante, assista à conduta, para que o crime se concretize. Neste sentido se pronunciou Roxin, criticando Gimbernat: *“Todas as regulamentações jurídicas sobre a proteção dos animais têm em vista a tutela dos animais e não uma finalidade de preservar a inquietação humana. Caso contrário, deveria permanecer impune um acto cruel ocorrido fora do espaço público e que não escandalizasse ninguém.”*⁸⁵.

Tal seria, pois, incompreensível, dado que se estaria a condenar não o maltrato, mas a sua divulgação ou carácter público, à semelhança do que ocorria no Regulamento Geral de Saúde Pecuária, publicado em 1889.

d) A tutela de um bem-jurídico coletivo através de um Direito Penal do comportamento

Na linha da proposta apresentada por Figueiredo Dias - a que já tivemos oportunidade de aludir - que apela à categoria dos bens jurídicos coletivos como forma de dar resposta às temáticas da sociedade atual, alguma doutrina tem-se pronunciado pela aplicação desta conceção aos crimes contra os animais de companhia.

Assim, Teresa Quintela de Brito defende que o bem jurídico protegido não reside na integridade física e na vida do animal de companhia, identificando-se antes com um *“bem jurídico coletivo que pode ser definido como o interesse de toda e cada uma das pessoas*

⁸⁴ Albergaria e Lima, 2016, p. 154 e 155.

⁸⁵ Roxin, 2013, p. 32.

na preservação da integridade física, da saúde e da vida dos animais em função de uma certa relação atual ou potencial com o agente do crime”⁸⁶.

Neste mesmo sentido se pronunciou o Conselho Superior da Magistratura no parecer emitido quanto aos dois projetos de lei apresentados e à petição que lhes deu origem, referindo que estaríamos perante um bem jurídico “*plúrimo, composto ou complexo, baseado na proteção da integridade física, saúde e vida de um determinado animal, pela específica relação que o mesmo natural ou culturalmente tem ou está destinado a ter com o ser humano*”⁸⁷.

Esta perspetiva justifica a intervenção do Direito Penal no âmbito da temática aqui em apreço, na medida em que o aludido bem jurídico apontado se revela “*essencial ao desenvolvimento da personalidade ética do homem*”, e, portanto, “*minimamente ligado à dignidade da pessoa humana*”⁸⁸.

E assim é porque, ao longo do tempo, o ser humano foi estreitando os seus laços com os animais, trazendo-os para o seu lar, para seu entretenimento e companhia, o que inevitavelmente se fez acompanhar da responsabilidade de os proteger, dada a sua posição de vulnerabilidade e de dependência face ao Homem. Assim, se hoje os animais dependem dos humanos, é devido à necessidade que os humanos têm de conviver com os animais e ao bem-estar que esse convívio lhes proporciona.

Desta feita, à luz desta teoria, comportamentos como matar, maltratar ou abandonar um animal corrompem a nossa humanidade, comprometendo o desenvolvimento da personalidade ética do homem, o que justifica a tutela conferida pelo Direito Penal dado que, nesse sentido, os “*deveres indirectos para com os animais são deveres directos para com os seres humanos*”⁸⁹.

Teresa Quintela de Brito sugere que um bem jurídico tal, baseado no interesse humano, “*de todas e cada uma das pessoas na preservação da integridade física, do bem-estar e da vida dos animais*”, encontraria o seu referente constitucional nos princípios de justiça e de solidariedade, assim como na própria dignidade da pessoa humana, ao contrário do bem-estar animal, que em si mesmo e por si mesmo, não nos permitiria encontrar correspondência no texto constitucional.

⁸⁶ Brito, 2016, p. 17.

⁸⁷ Parecer do Conselho Superior da Magistratura, 2014, ponto V.

⁸⁸ Parecer do Conselho Superior da Magistratura, 2014, ponto V

⁸⁹ Brito, 2016, p. 12.

Assim, na esteira de Figueiredo Dias, a Autora propõe que a aludida tutela criminal se realize através do “direito penal do comportamento”, dado estarmos perante “*representações axiológicas homogêneas profundamente arraigadas na sociedade*”⁹⁰, as quais deram origem a um conjunto normativo fundamental, consensualmente aceite pela sociedade.

Embora reconhecendo que esta conceção tem a virtualidade de conseguir ultrapassar as críticas apontadas às teses anteriormente expostas, relacionadas com a dificuldade em explicar por que motivo a proteção é restringida aos animais de companhia, ou com a circunstância de se revelar necessário que a morte, o maltrato ou o abandono sejam presenciados ou conhecidos por alguém para que se possa considerar ter sido violado um bem jurídico, a verdade é que, a nosso ver, o que se pretendeu proteger foi, em primeira linha, a vida, a saúde e a integridade física do animal, colocando-o na posição de vítima direta do crime, ainda que reflexamente se tenho logrado alcançar a tutela do “*interesse humano de toda e cada uma das pessoas na preservação da integridade física, da saúde e da vida dos animais*”.

Não colocamos em causa a repulsa que provoca à sociedade as condutas atentatórias do bem-estar animal, subscrevendo inteiramente que tais comportamentos corroem a nossa humanidade e até que colidem com a superior capacidade cognitiva que é reconhecida ao ser humano. Porém, não cremos que essa tenha sido a preocupação primeira do legislador quando decidiu criminalizar os aludidos comportamentos, entendendo que as incriminações ora em apreço têm subjacente, já não interesses puramente referíveis ao homem e ao sistema social, mas antes interesses “da criatura” – na linha do preconizou Roxin -, valiosa em si mesma e, por isso, intrinsecamente merecedora de consideração. De facto, conforme disse Greco a propósito da conceção que sugere ser o Direito ao ambiente o bem jurídico protegido nos crimes contra os animais, temos que também este entendimento “*falseia o conteúdo da crueldade com animais*”.

3. A posição do Tribunal Constitucional – o Acórdão n.º 867/2021

Foi o Tribunal Constitucional chamado pela primeira vez a pronunciar-se, em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade, sobre a conformidade relativamente à nossa Lei Fundamental, da norma relativa aos maus tratos contra animais de companhia, no âmbito do processo n.º 867/19, em que o arguido foi condenado, em primeira instância,

⁹⁰ Costa, 2013, p. 165.

numa pena de dezasseis meses de prisão efetiva pela prática de quatro crimes de maus tratos a animais de companhia agravados, e na pena acessória de privação do direito de detenção de animais de companhia pelo período máximo de 5 anos.

Os factos remontam a 2016 quando o aludido arguido esventrou uma das suas cadelas, que se encontrava em trabalho de parto, a sangue-frio. Alguns dos fetos não foram retirados e os outros foram colocados no lixo, onde acabaram por morrer. A cadela, por falta de cuidados médicos, não sobreviveu à intervenção.

Da aludida decisão foi interposto recurso para o Tribunal da Relação de Évora, o qual concluiu que, contrariamente ao alegado pelo recorrente, era possível identificar o bem jurídico protegido pela aludida incriminação, o qual se identificaria, na esteira dos ensinamentos de Teresa Quintela de Brito, com um *“bem colectivo e complexo que tem na sua base o reconhecimento pelo homem de interesses morais directos aos animais individualmente considerados e, consequentemente, a afirmação do interesse de todos e cada uma das pessoas na preservação da integridade física, do bem-estar e da vida dos animais, tendo em conta uma inequívoca responsabilidade do agente do crime pela preservação desses interesses dos animais por força de uma certa relação actual (passada e/ou potencial) que com eles mantém”*. Assim, na ótica do aludido Tribunal de segunda instância, inexistiria qualquer inconstitucionalidade que obviasse à condenação, na medida em que se mostrava possível divisar claramente o bem jurídico protegido pela incriminação.

Lamentavelmente, já não foi esse o entendimento do Tribunal Constitucional, que a 10 de novembro de 2021, decidiu conceder provimento ao recurso, considerando não existir fundamento constitucional para a criminalização dos maus tratos a animais de companhia e decidindo julgar inconstitucional a norma incriminatória contida no artigo 387.º do Código Penal, na redação introduzida pela Lei n.º 69/2014, de 29 de agosto, por violação, conjugadamente, dos artigos 27.º e 18.º, n.º 2 da Constituição.

De referir que Acórdão que ora submetemos à nossa análise, toma por referência o mencionado normativo, antes das alterações introduzidas pela Lei n.º 39/2020, atendendo a que era essa a sua configuração à data da prática dos factos. Porém, as aludidas alterações não relevam em sede da discussão sobre o bem jurídico protegido, visto que este será o mesmo, quer na incriminação com a sua redação atual, quer na incriminação com a sua redação de origem, dado que a modificação legislativa realizada deixou intocado o tipo legal de crime de base.

Assim, o Acórdão inicia a sua análise a partir da premissa – com a qual concordamos em absoluto – de que “*a lei só pode criminalizar uma conduta na medida necessária para salvaguardar outros direitos ou interesses consagrados na Constituição*”. E, assim é porque a criminalização de uma conduta implica, na maior parte das vezes, a restrição do direito à liberdade, restrição essa que apenas poderá valer quando nítidas exigências de proteção de outros direitos fundamentais, constitucionalmente consagrados, se imponham, que é o mesmo que dizer, quando em causa esteja um bem jurídico-penal com dignidade constitucional.

Posto isto, debruça-se, então, o aludido Tribunal sobre a questão de saber se existe um bem jurídico capaz de suportar o tipo legal de crime de maus-tratos a animais de companhia previsto no artigo 387.º do Código Penal, defendendo, na esteira da premissa de partida, ser na “*Constituição que cumpre indagar a existência de direitos ou interesses capazes de fundamentar a privação da liberdade de seres humanos pela prática de maus tratos a animais em causa nestes autos*”.

Nega a capacidade do direito internacional e do direito da união europeia, conforme recebidos pela Constituição, nos termos do seu artigo 8.º, para funcionarem como suporte constitucional para a criminalização dos maus-tratos.

No entanto, para afastar essa via, baseia-se apenas no artigo 13.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, considerando que o mesmo seria “a principal possibilidade” para justificar a criminalização dos maus-tratos a animais de companhia. Abordando os argumentos a que já tivemos oportunidade de aludir anteriormente – os quais consideramos integralmente reproduzidos para estes efeitos –, acaba por rejeitar essa solução.

Parece-nos, porém, que não é na mencionada disposição que reside “a principal possibilidade” de suporte para a fundamentação da incriminação ora em análise, mas sim na Convenção Europeia para a Proteção dos Animais de Companhia, a qual, regendo expressamente o dever que impende sobre o Homem de respeitar o bem-estar animal, e em específico, proteger os animais de companhia, oferece uma alternativa que nos parece viável no sentido da legitimação constitucional da tutela penal dos animais de companhia. Saliente-se que a aludida Convenção foi ratificada por Portugal através do Decreto-Lei n.º 13/93, de 13 de abril, vigorando plenamente na nossa ordem interna, pelo que poder-se-ia alvitrar acolher esta perspetiva como forma de solucionar a temática em apreço, ainda que sempre se impusesse considerar que a proteção dos animais que a mesma consagra, é prosseguida em nome do interesse que o Homem tem no seu bem-estar, o que

distorce a verdadeira razão de ser da tutela dos animais de companhia, ínsita nas normas do artigo 387.º e seguintes.

Também o direito ao ambiente chumba o teste de aptidão para funcionar como referente constitucional legitimador da intervenção penal em sede de maus tratos contra os animais de companhia, considerando – e bem – o Tribunal Constitucional que “*o crime de maus tratos a animais previsto no artigo 387.º do Código Penal não protege os animais em função da sua relevância para o ambiente, mas enquanto indivíduos*”, defendendo que o que se pretende proteger com a aludida incriminação é “*efetivamente a vida e a integridade física destes animais*” e que “estes interesses não se reconduzem ao artigo 66.º da Constituição”.

Acompanhamos o entendimento do Tribunal Constitucional a este propósito, o qual explorou suficientemente as críticas apontadas a esta via, a que também nós aludimos anteriormente. Resta-nos, apenas, realçar o argumento que consideramos decisivo para descartar a possibilidade de fundamentarmos no direito ao ambiente a tutela dos animais de companhia: como se viu, preservar o ambiente, pese embora possa, nalguns casos, ter como efeito colateral a proteção de um determinado animal (da sua vida e/ou integridade física), noutros, poderá ditar, pelo contrário, o abate ou o sacrifício massivo de animais, se tal se revelar necessário para salvaguardar o equilíbrio do ecossistema.

No que concerne às propostas que pretendem fazer assentar as incriminações das condutas perpetradas contra os animais de companhia no princípio da dignidade humana, consagrado no artigo 1.º da Constituição, entende o Tribunal Constitucional que as mesmas serão de rejeitar, considerando que a dignidade da pessoa humana não pode ser encarada como um bem jurídico em si mesmo, dada a sua maleabilidade, amplitude e abstração, características que impedem o princípio ora em apreço de desempenhar adequadamente funções prescritivas concretas.

Desta forma, o Tribunal Constitucional rejeita a conceção de Teresa Quintela de Brito, que – recorde-se – entendia que o interesse humano, “*de todas e cada uma das pessoas na preservação da integridade física, do bem-estar e da vida dos animais*”, encontraria o seu referente constitucional nos princípios de justiça e de solidariedade, assim como na própria dignidade da pessoa humana.

Pela mesma ordem de razões, são recusadas também as teses que fazem assentar a legitimidade da intervenção penal, no que tange aos crimes contra os animais de companhia, nos sentimentos legítimos dos seres humanos, atendendo a que, no entender

do Tribunal Constitucional, *“a única base possível seria o princípio da dignidade da pessoa humana”*.

Já quanto às concepções que pretendem equiparar os animais aos seres humanos do ponto de vista da sua dignidade, estas não encontram, de acordo com a posição perfilhada pelo Tribunal Constitucional, referente constitucional, desde logo, *“pelo incontornável elemento literal do 1.º artigo da Constituição, que consagra o princípio da dignidade da pessoa «humana»”, “em segundo lugar, pela história e teleologia daquele princípio, nascido, com o sentido essencial com que ali foi consagrado, no pós-2.ª Guerra Mundial em reação às atrocidades cometidas contra seres humanos no período que o precedeu”,* e, em último lugar, pelos mesmos motivos que referimos acima, a propósito da incapacidade deste princípio para servir de fundamento autónomo de normas incriminatórias.

Improcedem, de igual modo, para o Tribunal Constitucional as posições que sustentam que os crimes contra os animais de companhia tutelam indiretamente a integridade física e a vida humana, acreditando que os maus-tratos a animais são desencadeadores da violência sobre pessoas. Entende o Tribunal que os crimes contra os animais de companhia seriam, à luz desta teoria, considerados como crimes de perigo abstratos, os quais, por exigirem requisitos apertados quanto à tipicidade – designadamente quanto à possibilidade de identificação clara do bem jurídico protegido e à necessidade de a conduta típica se encontrar descrita de modo especialmente preciso - *“não resistiriam ao menos exigente teste de constitucionalidade”*.

Feito este percurso, em que se reprovam todas as tentativas de legitimação da intervenção penal no âmbito da presente temática, conclui o Tribunal que *“o legislador enquadrrou estes crimes num Título do Código Penal que designou, não por referência a um bem jurídico, mas ao objeto (ou, admita-se para este efeito, ao sujeito passivo) das condutas proibidas”*, assim negando a possibilidade de divisar um bem jurídico-penal nas normas que consagram a punição de condutas perpetradas contra os animais de companhia e considerando *“inevitável concluir pela existência de fundamento constitucional”* para a criminalização dos maus tratos, atendendo à inexistência de *“«expresso fundamento constitucional»”*.

4. A nossa posição

Quanto a nós, inevitável – e imperioso (!) – é concluir em sentido inverso: não só é possível discernir o bem jurídico protegido nos crimes contra os animais de companhia, como o mesmo encontra na nossa Lei Fundamental o referente constitucional de que depende a legitimação destas incriminações.

Senão vejamos.

Importa recuar à petição desencadeada pela Associação Animal (Petição n.º 173/XII) e às duas iniciativas legislativas⁹¹ que se lhe seguiram para podermos retirar as necessárias conclusões no que concerne à intenção que presidiu à criminalização das condutas contra os animais de companhia. Os peticionários solicitavam à Assembleia da República a aprovação de legislação enquadadora da proteção dos animais, adequada e eficaz, que assegurasse uma tutela efetiva daqueles, enquanto seres sensíveis, mediante a adoção de medidas vocacionadas para a sua proteção e salvaguarda face a atos de crueldade infligidos pelos seus donos ou terceiros.

Semelhantemente, também as exposições de motivos apresentadas pelos Projetos de Lei afirmavam a existência de um consenso cada vez mais alargado das sociedades dos nossos dias no sentido de conferir uma proteção jurídica aos animais, consentânea com a sua natureza, enquanto seres sensíveis que sofrem desnecessariamente às mãos do Homem. Mais, o Projeto de Lei apresentado pelo Partido Social-Democrata considerou mesmo a *“dignidade e o respeito atribuídos à vida animal princípios integradores do léxico da política legislativa da União Europeia, encontrando concretização nos diferentes ordenamentos jurídicos Nacionais”*.

Atento tudo o que ficou dito, não se compreendem as teses que tentam encontrar, nas incriminações de condutas atentatórias do bem-estar dos animais de companhia, de forma mais ou menos forçada – e até desesperada, como se disso dependesse a legitimação da intervenção penal -, um bem jurídico referente ao ser humano. Urge reconhecer que o mundo não nos pertence apenas a nós e que não existe maior evidência da autoproclamada superioridade do ser humano, enquanto criatura de valores, do que a capacidade de reconhecer a nossa responsabilidade por cuidar desse mundo que nos rodeia, onde se integram os animais, mormente aqueles que trazemos para o nosso lar.

Assim, a Lei n.º 69/2014, de 29 de agosto, não pretendeu outra coisa que não a proteção direta dos animais de companhia, da sua vida, da sua saúde, da sua integridade física, do

⁹¹ Projetos de Lei n.º 474/XII, do Partido Socialista, e n.º 475/XII, do Partido Social-Democrata.

seu bem-estar. É o animal que está no centro da tutela conferida pelas normas dos artigos 387.º e seguintes, sendo este a verdadeira vítima do crime. Trata-se de reconhecer uma dignidade autónoma a estes seres, adequada à sua natureza, ao valor que têm em si mesmos, enquanto criaturas diferentes do Homem – é certo –, mas igualmente dignas de respeito.

Na esteira do que defendeu Roxin, impõe-se, assim, abandonar uma teoria do bem jurídico “puramente antropocêntrica e bastante limitada”, apta a conceder uma proteção meramente indireta aos animais. A sociedade em que vivemos demanda o seu alargamento para além da esfera dos Homens, impondo-se uma *“teoria do bem jurídico referente à criatura”*. De acordo com a compreensão defendida por este autor, a qual subscrevemos na íntegra, *“ao reconhecermos os animais superiores - com os quais comunicamos e cuja vivência da dor é semelhante à nossa - como objeto (...) merecedor de proteção, há de reconhecer-se, de forma coerente, que os atos de crueldade realizados pelo Homem constituem uma ofensa a um bem jurídico”*⁹².

Aqui chegados, será verdadeiramente possível afirmar – *como faz o Tribunal Constitucional* - que numa sociedade em que se verifica um consenso cada vez mais alargado no sentido de conferir uma proteção jurídica adequada e eficaz aos animais, não existe referente constitucional capaz de justificar a intervenção do Direito Penal? Poderá esse consenso ter-se por completamente exterior àquela que é a nossa matriz constitucional, surgindo dela desligado e sendo dela independente?

Não cremos!

Na verdade, parece-nos verdadeiramente redutora a posição adotada pelo Tribunal Constitucional, que parece pretender encarar o texto constitucional como um catálogo de direitos fechado, que não é, nem pode ser. Não existe – é um facto - referente constitucional expreso, no que concerne aos interesses dos animais individualmente considerados, mas – e é aqui que se equivoca o Tribunal – não é necessário que exista, para podermos afirmar que a vida, a saúde, a integridade física e o bem-estar dos animais são, sim, bens jurídicos com dignidade constitucional. Veja-se que é o próprio texto constitucional que estabelece que *“os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”*, pelo que afirmar o contrário é votar a nossa ordem constitucional ao

⁹² Roxin, 2013, p. 32.

isolamento, a um estado de hibernação total, a um fechamento incompreensível face a uma sociedade em constante mudança.

Assim, partilhamos das considerações tecidas pela Conselheira Joana Fernandes Costa, na sua declaração de voto vencido, em que refere que a *“afirmação da dignidade constitucional dos bens jurídico-penais não se encontra fatalmente confinada àqueles que, à semelhança do que ocorre com a vida, a integridade física e a propriedade (artigos 24.º, 25.º e 62.º, respetivamente), ou com o ambiente e a qualidade de vida (artigo 66.º), são diretamente dedutíveis do texto da Constituição, através dos preceitos que integram o catálogo dos direitos e deveres fundamentais dos cidadãos. Bens jurídicos merecedores de tutela penal são ainda aqueles que, apesar de não se encontrarem positivados na Constituição, são, ainda assim, hermenêuticamente discerníveis e isoláveis a partir das suas normas (...) encaradas estas como partes do todo em que se exprime a ordenação unitária da vida política e social de uma determinada comunidade estadual.”*

Mas terá a nossa Constituição espaço para acolher bens jurídicos “referentes à criatura”, na linha da proposta apresentada por Roxin e por nós sufragada?

Entendemos que sim. Senão vejamos.

A Constituição da República Portuguesa, ao permitir a restrição de direitos, liberdades e garantias de natureza constitucional, tendo em vista a salvaguarda, não apenas de outros direitos dessa natureza, mas também de *«interesses constitucionalmente protegidos»*, abre mão da ideia clássica de bem jurídico, permitindo o seu alargamento *“a bens jurídicos que, apesar de não gravitarem em torno das dimensões existenciais individuais e coletivas da pessoa, integram ainda assim, expressa ou implicitamente a ordem axiológica jurídico-constitucional”*.

Assim se entendendo, acompanhamos Joana Fernandes Costa que considera que a tutela penal dos animais de companhia *“terá por objeto um bem jurídico dedutível (e dedutível com suficiente tangibilidade), do dever (pré-existente) do Estado promover a construção de uma sociedade solidária”*, dever esse que encontra respaldo no artigo 1.º da Constituição.

E sempre se diga que não se vislumbram razões para excluir que tal solidariedade se deva manifestar, não apenas entre os Homens, mas também nas relações que estes estabelecem com os animais que colocam na sua direta dependência para seu entretenimento e companhia.

De igual modo, entendemos que a dignidade da pessoa humana, entendida não como um direito fundamental em si mesmo, mas como um princípio basilar da nossa ordem

constitucional, permite a revelação dos bens jurídicos ora em apreço, na medida em que, na esteira do que bem salienta o Conselheiro Gonçalo Almeida Ribeiro, “*uma república baseada na dignidade da pessoa humana (...) não pode deixar de se preocupar com o bem-estar dos animais e de outorgar a estes a proteção jurídica correspondente*”.

Conclusão

Aqui chegados, impõe-se reconhecer que os crimes perpetrados contra os animais de companhia encontram o seu bem jurídico na vida, na saúde, na integridade física e no bem-estar em geral destes seres, individualmente considerados. Falamos, pois, de um bem jurídico que prescinde da sua vertente exclusivamente antropocêntrica, ampliando a tutela do direito penal aos animais.

Urge desmistificar a ideia de que a atribuição de dignidade e de personalidade jurídica aos animais reduz ou diminui a dignidade do ser humano. Na verdade, impõe-se concluir em sentido diametralmente oposto: o reconhecimento da dignidade dos animais não atenta, de modo nenhum, contra a nossa humanidade. Pelo contrário! Respeitar o mundo que nos rodeia, e designadamente os animais que trazemos para os nossos lares para nossa companhia, é revelador do que de mais humano temos em cada um de nós. Como certamente refere Isabel Carmo “*Não se trata de diminuir a pessoa humana, nem de equiparar esta ao animal não humano – está em discussão somente a atribuição de um conceito meramente jurídico a seres que precisam de elevar as garantias da sua proteção. Não se tratam, pois, de direitos ou deveres, mas de responsabilidades perante os animais, porquanto podem ser atribuídos conceitos semelhantes a realidades diferentes.*”⁹³

Esta evidência leva-nos a considerar a decisão do Tribunal sobre este tema falaciosa e desajustada. De que forma se mostra razoavelmente possível negar que a nossa Constituição, assente no princípio da dignidade humana e no compromisso assumido pelo Estado de promoção de uma sociedade solidária, tenha espaço para acolher a proteção, através do direito penal, dos animais de companhia, quando a sociedade portuguesa e a comunidade internacional reclamam o aprofundamento da tutela conferida pelo direito a estes seres. Negar a existência de referente constitucional que legitime a intervenção do direito penal nesta matéria é reconduzir a nossa lei fundamental a uma ordem normativa

⁹³ Carmo, 2019, p. 395.

fixista, totalmente fechada à evolução da própria comunidade, que seguramente não é o que se pretende.

Bibliografia

- Albergaria, Pedro Soares de, e Lima, Pedro Mendes, 2016, *Sete Vidas: A difícil determinação do bem jurídico protegidos nos crimes de maus-tratos e abandono de animais*, Julgar, n.º 28, Coimbra Editora.
- Albuquerque, Paulo Pinto de, 2015, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª edição, Lisboa: Universidade Católica Editora.
- Andrade, Manuel da Costa, 1992, *A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal» como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, abr.-jun., Ano 2.
- Brito, Teresa Quintela de, 2016 (a), *Crimes contra animais: os novos Projectos-Lei de alteração do Código Penal*, Revista Anatomia do Crime, n.º 4..
- Brito, Teresa Quintela de, 2016 (b), *Os crimes de maus tratos e abandono de animais de companhia: direito penal simbólico?*, Revista CEDOUA, n.º 2.
- Carmo, Isabel, 2019, *O animal não humano na Constituição da República Portuguesa*, RJLB, Ano 5, n.º 2.
- Carvalho, Américo Taipa de, 2014, *Direito Penal Parte Geral – Questões Fundamentais Teoria Geral do Crime*, 2ª Edição Reimpressão, Coimbra Editora.
- Costa, José de Faria, 2013, *Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não iliberal*, Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 142.º, n.º 3978.
- Dias, Figueiredo, 2007, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I – Questões Fundamentais – A Doutrina Geral do Crime*, Coimbra Editora.
- Dias, Figueiredo, 2011, *Direito Penal - Parte Geral - Tomo I - Questões Fundamentais - A Doutrina Geral do Crime*, Coimbra Editora.
- Duarte, Maria Luísa, 2016, *Direito da União Europeia e estatuto jurídico dos animais: uma grande ilusão?*, in *Animais: Deveres e Direitos*, ICJP, maio 2015, pp. 33-47.
- Farias, Raúl, 2015, *Dos crimes contra animais de companhia – Breves notas*, *Animais: Deveres e Direitos*, ICJP, e-book [online], disponível em

https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_animais_deveres_direitos_2015.pdf.

Galvão, Pedro, 2010, *Os animais têm direitos? – Perspetivas e argumentos*, Dinalivro.

García, Esther Hava, 2011, *La protección del bienestar animal a través del derecho penal - Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI.

Gomes, Carla Amado, 2012, *Desporto e protecção dos animais: Por um pacto de não agressão*, Coimbra Editora.

Gouveia, Jorge Bacelar, 2000, *A prática de tiro aos pombos, a nova Lei de Protecção dos Animais e a Constituição Portuguesa*, Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente.

Greco, Luís, 2004, “*Princípio da ofensividade*” e crimes de perigo abstracto - Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito, Revista Brasileira de Ciências Criminais, jul-ago, Volume Ano 12 (n.º 49).

Lacerda, Bruno, 2013, *Animais como pessoas e «dignidade animal»*, Scientia Iuris, Julho, Volume 17, n.º 1.

Moreia, Alexandra Reis, *Perspetivas quanto à aplicação da nova legislação, Animais: Deveres e Direitos*, ICJP, e-book [online], disponível em https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_animais_deveres_direitos_2015.pdf.

Nogueira, Laura, 2019, *A (in) determinação do bem jurídico protegido nos crimes contra animais de companhia*.

Palma, Maria Fernanda, 2014, *Conceito material de crime e reforma penal - Anatomia do Crime*, Revista de Ciências Jurídico-Criminais, jul-dez, Volume 0.

Roxin, Claus, 2013, *O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova*, Revista portuguesa de ciência criminal, Ano 23, n.º 1.

Silva, Germano Marques da, 2010, *Direito Penal Português I – Introdução e Teoria da Lei Penal*, 3.ª edição, Editora Verbo, Lisboa.

Simões, Diana, 2017, *A criminalização dos maus-tratos a animais de companhia – A aprovação da Lei n.º 69/2014, de 29 de Agosto*.

Sousa, Susana Aires de, 2017, *Argos e o Direito Penal (uma leitura “Dos Crimes Contra Animais de Companhia” à Luz dos Princípios da Dignidade e da Necessidade)*, Revista Julgar, maio-agosto, n.º 32.

Valdágua, Maria da Conceição, 2021, *O crime de maus tratos a animais de companhia*, RJLB, Ano 7 (2021), n.º 2, pp. 1139-1178.