



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

A (in)constitucionalidade do crime de maus-tratos a animais de companhia

Dissertação de Mestrado elaborada no âmbito do Mestrado Forense

Sob orientação do Professor Doutor Germano Marques da Silva

Joana Relvas de Barros

Abril de 2023

*Um agradecimento do tamanho do mundo à minha família
e amigos próximos que acreditaram em mim
quando nem eu acreditava*

Palavras-Chave: maus-tratos a animais; animais de companhia; bem-estar animal; incriminação; artigo 387.º do Código Penal; bem jurídico; legitimidade penal;

Índice

I) Introdução.....	5
II) Evolução Legislativa.....	6
» Âmbito nacional	6
» Âmbito internacional.....	10
III) Processo legislativo	12
IV) Apresentação da problemática.....	15
V) Princípio do Direito Penal do Bem Jurídico	16
VI) Proteção Direta	21
» Direito da União Europeia.....	21
» O Ambiente	23
» Vida e Integridade Física dos animais.....	24
» Equiparação da dignidade da pessoa humana aos animais	25
» Animais como titulares de direitos subjetivos.....	27
» Proteção de interesses diretos dos animais por via de imposição de deveres aos humanos	31
VII) Proteção Indireta	32
» Dignidade da Pessoa Humana	33
» Vida, Integridade Física e Património.....	35
» Sentimentos (humanos)	36
VIII) Conclusão	41
IX) Bibliografia.....	42
X) Jurisprudência	46

I) Introdução

O crime de maus-tratos a animais de companhia, introduzido pela Lei n.º 69/2014, de 29 de Agosto, impulsionou o debate sobre a admissibilidade da tutela jurídico-penal dos animais à luz do nosso ordenamento jurídico-constitucional. A alteração legislativa veio aditar ao Código Penal o TÍTULO VI «Dos crimes contra animais de companhia» que contempla uma proteção penal alargada aos animais domésticos.

A presente dissertação surge no âmbito da decisão do Tribunal Constitucional de declarar a norma postulada no artigo 387.º do Código Penal inconstitucional por violação do n.º 2 do artigo 18.º e 27.º da Constituição da República Portuguesa. No entendimento do tribunal, não se vislumbra no crime de maus-tratos a animais de companhia um bem jurídico digno de tutela penal.

A crescente preocupação da sociedade civil com a proteção dos animais parece ter influenciado em grande parte esta novidade legislativa, que pretendeu preencher um vazio legal existente na proteção dos animais domésticos. Neste sentido, a possibilidade de uma declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, que eliminaria a norma do nosso ordenamento jurídico, tem vindo a ser bastante contestada por diversos setores da sociedade. No entanto, e por muito que a população reclame um interesse na proteção penal dos animais, o crime terá sempre de passar pelo crivo dos parâmetros jurídico-constitucionais exigidos para aferir da legitimidade de uma incriminação.

Posto isto, pretendemos tomar posição sobre a admissibilidade jurídico-constitucional da norma do artigo 387.º do Código Penal, procurando analisar as diferentes teses sobre qual o bem jurídico protegido pela norma em questão. Para tal, afigura-se essencial percorrer a evolução legislativa, nacional e internacional, sobre o tratamento jurídico-penal concedido aos animais, com o objetivo de procurar os diferentes fundamentos que presidiriam aos diversos textos legais sobre animais. A procura pelo fundamento da incriminação de maus-tratos a animais de companhia exigirá também uma análise aprofundada do seu processo legislativo com o propósito de decifrar a intenção do legislador.

No fim do presente trabalho pretendemos estar aptos a tomar posição no aceso debate sobre a admissibilidade jurídico-constitucional da tutela penal dos animais domésticos contra maus-tratos.

II) Evolução Legislativa

» Âmbito nacional

Encontramos referências sobre os animais na legislação portuguesa desde as Ordenações Manuelinas (século XVI), onde só se punia quem matasse animal alheio, sem se verificar uma distinção entre animais domésticos e não domésticos, o que é perceptível pela época em questão, que não tinha a tradição de domesticar animais. Este tipo de incriminação manteve-se durante as Ordenações Filipinas e os Códigos Penais do século XIX¹. Nestes casos, o que se pretendia proteger era a propriedade, proibindo-se que alguém, sem justificação, matasse ou infligisse dano a um bem de terceiro. Destarte, é notória a distância que vai desde esta linha normativa até à legislação atual sobre o tema, que incrimina quem maltratar animal doméstico, independentemente de este ser próprio ou alheio, afastando-se assim da ideia de que a propriedade é o fundamento da proteção.

No Código Penal de 1837, vislumbrou-se uma tentativa de alargar o âmbito de proteção dos animais ao mencionar-se pela primeira vez o bem-estar animal, referindo o seu artigo 412.º que “*todo o atentado contra a vida, contra a saúde e bem-estar dos animais, ou que nos servem ou recreiam, ou que nos não ofendem, é um delito que desonra a humanidade e a religião*”, mas que nunca entrou em vigor por conflitos políticos da altura. Não obstante a norma referir a proteção da saúde e bem-estar de quaisquer animais, o que parece bastante inovador, rapidamente nos apercebemos que o que está verdadeiramente a ser protegido são valores de caráter moral e religioso pela referência à desonra da humanidade e da religião.

Foi através do Decreto n.º 5650 de 10 de Maio de 1919² que conseguimos encontrar pela primeira vez um texto legal que vise a proteção dos animais contra maus-tratos, ao estabelecer no seu artigo 1.º “*Toda a violência sobre os animais é considerada ato punível*”, desenvolvendo-se posteriormente o conceito de *violência* no Decreto n.º 5864, de 12 de Junho de 1919³. Aqui, parece-nos que a intenção primária seria a de proteger os animais, em especial os domésticos, ao invés da propriedade ou valores morais e religiosos que pudessem ser afetados com os maus-tratos aos animais. No entanto, cumpre notar que apesar do artigo 1.º do

¹ ALBERGARIA, Pedro Soares de/LIMA, Pedro Mendes, 2016, “Sete vidas: A difícil determinação do bem jurídico protegido nos crimes de maus-tratos e abandono de animais”, *Revista Julgar*, n.º 28, Coimbra Editora, p. 126.

² Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto/5650-271596> (7.02.2023)

³ Faz uma enumeração não taxativa, considerando como violência o ato de espancar os animais, oprimi-los com trabalho excessivo de tiro e carga, obrigar ao trabalho animais doentes ou feridos, entre outros. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto/5864-1919-363971> (07.02.2023)

Decreto n.º 5650 referir que toda a violência sobre animais é punível, mais adiante no seu artigo 2.º e 3.º, vem sancionar-se com multa determinadas condutas de maus-tratos a animais, mas apenas aquelas que sejam praticadas em lugares públicos. Quer isto dizer que, só se estas condutas forem praticadas em sítios públicos é que serão efetivamente punidas, o que parece demonstrar que a fundamentação da incriminação não é a proteção dos animais, mas a defesa do “sentimento público de piedade para com eles”⁴. Mais recentemente, a Lei n.º 11/1987, de 7 de Abril, que deu origem à atual Lei de Bases do Ambiente (Lei n.º 19/2014, de 14 de Abril), veio consagrar a proteção de animais de espécies selvagens, que se inserissem na fauna selvagem e que por isso representassem um “bem ambiental natural”⁵, o que exclui deste âmbito os animais domésticos.

Finalmente, com a Lei n.º 92/95, de 12 de Setembro (Lei de Proteção aos Animais), surge o primeiro texto legal que consagra a proteção dos animais em geral, definindo um regime unitário que sanciona quem maltratar ou matar qualquer animal, excetuando-se apenas os animais em via de extinção que eram contemplados por outro regime. Antes da entrada em vigor da lei que introduziu o artigo 387.º do Código Penal, e que criminalizou as condutas de maus-tratos a animais, este era o único texto normativo que contemplava a proteção dos animais contra maus-tratos. O n.º 1 do artigo 1.º da referida lei enuncia que “*São proibidas todas as violências injustificadas contra animais, considerando-se como tais os actos consistentes em, sem necessidade, se infligir a morte, o sofrimento cruel e prolongado ou graves lesões a um animal.*”. Estabeleceu-se uma cláusula geral que pretendia impedir as violências injustificadas sobre os animais, contudo, no n.º 3 do mesmo artigo, são referidas práticas concretas que se qualificam como violências injustificadas, o que levou a que se questionasse a eficácia da cláusula geral⁶. Este enunciado normativo demonstra a preocupação

⁴ ALBERGARIA, Pedro Soares de/LIMA, Pedro Mendes, 2016, “Sete vidas: A difícil determinação do bem jurídico protegido nos crimes de maus-tratos e abandono de animais”, *Revista Julgar*, n.º 28, Coimbra Editora, p. 128.

⁵ ANTUNES, Fátima Cristina Marques, 2019 “Crimes Contra Animais de Companhia. Enquadramento Jurídico, Prática e Gestão Processual” in *Crimes Contra Animais de Companhia*, (org.) Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, e-book disponível em:

https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=os8kP8Ohy_o%3D&portalid=30 (7.02.2023), p. 86.

⁶ Sobre o n.º 3 do artigo 1.º da Lei n.º 92/1995, de 12 de Setembro, vem Carla Amado Gomes problematizar que o n.º 3 representa uma enumeração taxativa e nesse caso coloca-se a dúvida de saber se prevalece a cláusula geral ou esta enumeração na resolução de casos, e se práticas pré-existentes e conhecidas pela jurisprudência podem subsumir-se na cláusula geral. Veja-se GOMES, Carla Amado, “Desporto e Proteção dos Animais: por um pacto de não agressão”, ICJP, disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/cej-animais_revisto.pdf, (07.02.2023). No entanto, parece-nos que o n.º 3 do artigo 1.º da referida lei não faz uma enumeração taxativa, visto que utiliza a expressão “são também proibidos”, o que nos leva a considerar que todos os comportamentos subsumíveis na cláusula geral do n.º 1 estariam abrangidos no âmbito de proteção da norma, mesmo que não se

do legislador em evitar maus-tratos a animais, reconhecendo-se a ilegitimidade do ser humano para, sem qualquer justificação, os matar ou maltratar. No entanto, a lei prevê no artigo 9.º que as sanções pela prática desta infração seriam objeto de lei especial, o que nunca veio a acontecer. Este é o grande problema que a lei apresenta e que impossibilitou uma proteção efetiva dos animais, demonstrando-se a escassa preocupação do legislador com esta matéria em virtude do atraso de quase vinte anos na consagração de um regime que punisse estas condutas e que fosse acompanhado do respetivo regime sancionatório.

Sem pretensões de analisar exaustivamente todos os diplomas onde encontramos referências à proteção penal, pois existiriam muitos mais, procurámos apenas identificar a evolução do entendimento do legislador sobre o tema e o respetivo tratamento legal. Posto isto, num primeiro momento, observamos uma íntima relação entre a proteção dos animais e a proteção da propriedade, que eram realidades indissociáveis, não se verificando uma real preocupação com o bem-estar animal. Mais tarde, com o Código Penal de 1937 tentou estabelecer-se uma proteção geral a todos os animais, mas que se fundava em motivos religiosos e morais. Neste caso, verificou-se um distanciamento da ideia de que o animal é um simples bem pertencente a alguém, e reconheceu-se que os maus-tratos a animais são, por si, uma conduta que “desonra a humanidade”. No entanto, o fundamento da norma parece fundar-se em valores que tutelam a humanidade e a religião e não na efetiva proteção dos animais. Para além disto, encontrou-se ao longo dos diversos diplomas legais, com especial enfoque no Decreto n.º 5650, normas que visavam tutelar um certo sentimento geral da sociedade de repúdio aos maus-tratos a animais. Por último, com a Lei n.º 92/95, de 12 de Setembro parece-nos que a intenção legislativa foi efetivamente garantir a proteção do bem-estar animal afastando-se dos fundamentos anteriormente apresentados.

Um último aspeto que julgamos relevante na análise da evolução legislativa da tutela penal dos animais é a diferença no escopo de proteção ao longo dos diversos diplomas legais. Num primeiro momento encontramos diplomas que visam a proteção de todos os animais, sem exclusão de nenhum tipo, como a norma do Código Penal de 1937 que nunca chegou a entrar em vigor. Por outro lado, determinados enunciados normativos protegem só os animais domésticos, como o Decreto n.º 5650 de 1 de Maio de 1919, ou os animais selvagens, como é o caso da Lei de Bases do Ambiente.

enquadrassem em nenhum dos comportamentos referidos no n.º 3. Isto releva porque se só os casos do n.º 3 fossem puníveis, não existiria uma efetiva proteção dos animais contra violências injustificadas.

Atualmente, o problema que a Lei n.º 92/95, de 12 de Setembro enfrentava, de ausência de sanção para as condutas puníveis, desapareceu com a consagração do artigo 387.º do Código Penal. Aquando da publicação da Lei n.º 69/2014, de 29 de Agosto, que vem aditar ao Código Penal o TÍTULO VI «Dos crimes contra animais de companhia», muitas das críticas apresentadas à falta de regulamentação e de proteção dos animais desapareceram. Antes da entrada em vigor desta lei poderíamos recorrer à Lei de Bases do Ambiente para a proteção de animais selvagens e à Lei n.º 92/95, de 12 de Setembro para a proteção de animais domésticos, no entanto, e como já referimos anteriormente, não havia nenhuma sanção para quem praticasse algumas das condutas proibidas por esta última lei, o que a tornava praticamente inútil. Anteriormente, em caso de morte ou lesão grave por um terceiro de um animal doméstico, o dono do mesmo só poderia socorrer-se do crime de dano consagrado no artigo 212.º do Código Penal caso fosse possível subsumir a conduta a esta incriminação. Em caso de os maus-tratos serem provenientes do dono do animal, este poderia ser punido com uma contraordenação ao abrigo do Decreto-Lei n.º 276/2001, de 17 de Outubro, que veio implementar a Convenção Europeia para a Proteção dos Animais de Companhia, e que consagrava medidas de proteção dos animais domésticos.

Com esta nova lei, a tutela para os maus-tratos a animais de companhia fica assegurada pelo artigo 387.º do Código Penal, introduzido com o propósito de fazer face a estes problemas. No que diz respeito ao fundamento desta incriminação, não é tão simples de se identificar como nos textos normativos anteriores, o que levou a um enorme debate sobre a questão. Posto isto, ao contrário das normas que analisámos, não conseguimos retirar desta incriminação uma proteção direta à propriedade, moral, religião ou sentimentos de piedade, pois a norma apenas refere a proteção concedida aos animais contra maus-tratos, não demonstrando uma ligação com algum destes fundamentos. Para além disto, e em sentido contrário a outros enunciados normativos, o crime de maus-tratos a animais é limitado aos animais domésticos, o que complica a subsunção a algum dos fundamentos já apresentados.

Ao tratar-se de uma norma com consequências penais é imprescindível a identificação do fundamento da incriminação, que, como acabámos de referir, não é claro. Esta dificuldade é transversal à doutrina, o que levou a que se iniciasse um aceso debate sobre as diferentes possibilidades de fundamento. É na análise destas diversas posições que a presente dissertação se focará.

» Âmbito internacional

A preocupação social pelos direitos dos animais fez-se sentir por todo o mundo, o que levou à consagração de normas de proteção em diversos instrumentos internacionais. Num primeiro momento, como também constatámos na análise da legislação nacional, procurou proteger-se indiretamente os animais com normas que pretendiam regular o seu comércio, os locais de criação e outros aspetos que se relacionavam essencialmente com o comércio de animais⁷. Mais tarde, a comunidade internacional começou a preocupar-se diretamente com o bem-estar animal, o que é notório com a Declaração Universal dos Direitos dos Animais (DUDA) apresentada por ativistas à UNESCO a 15 de Outubro de 1978, e que foi aprovada pela Organização das Nações Unidas. Esta declaração, apesar de não vinculativa, veio reconhecer o direito que os animais têm de ser respeitados e bem tratados, criando parâmetros para essa proteção, o que demonstra a crescente preocupação com o bem-estar animal.

A legislação da União Europeia também evoluiu de uma proteção exclusivamente indireta para uma proteção direta dos animais. O marco mais importante deu-se em 1987 com a Convenção Europeia para a Proteção de Animais de Companhia⁸, ratificada por Portugal com o Decreto n.º 13/93, de 13 de Abril. O objetivo principal era proteger diretamente os animais de companhia, reconhecendo-se a ligação estreita que estes têm com o ser humano, e o dever de lhes serem asseguradas as devidas condições de segurança, higiene e alimentação. Em Portugal, a Convenção teve influência na consagração da Lei n.º 92/95, de 12 de Setembro, mas acabou por ser só efetivamente colocada em prática pelo Decreto-Lei n.º 276/2001, de 17 de Outubro, quase 10 anos depois da ratificação da Convenção. Este diploma⁹ estabelecia no seu artigo 68.º um regime contraordenacional para quem não respeitasse os deveres de cuidado para com o seu animal doméstico.

⁷ Veja-se: Diretiva do Conselho 64/432/CEE, de 26 de Junho (fiscalização sanitária em matéria de comércio intracomunitário de animais de espécies bovina e suínas); Convenção Europeia relativa à proteção dos animais nos locais de criação (1976), ratificada por Portugal com o Decreto n.º 5/82, de 30 de Dezembro; Convenção de Bona (conservação das espécies migratórias da fauna selvagem), ratificada por Portugal com o Decreto n.º 103/80, de 11 de Outubro; Convenção Internacional para a Regulamentação da Pesca da Baleia, de 02/12/1946, a que Portugal aderiu em 2002.

⁸ Lê-se as razões no seu preâmbulo:

«Reconhecendo que o homem tem uma obrigação moral de respeitar todas as criaturas vivas e tendo presente os laços particulares existentes entre o homem e os animais de companhia» disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/dec13-1993.pdf> (10.02.2023)

⁹ Versão original disponível em:

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=347&tabela=lei_velhas&nversao=1&so_miolo= (10.02.2023).

Para além disto, a União Europeia considerou importante a consagração da defesa dos animais no seu direito originário, o que se manifestou pela primeira vez na Declaração n.º 24 anexa ao tratado de Maastricht (1992), onde se afirmou a necessidade de ter em conta “*as exigências em matéria de bem-estar dos animais na elaboração e aplicação da legislação comunitária nos domínios da política agrícola comum, dos transportes, do mercado interno e da investigação*”¹⁰. Isto veio dar lugar ao Protocolo Anexo ao Tratado de Amesterdão (1997)¹¹ que postula, essencialmente, o mesmo que a declaração, mas com uma grande e importante diferença: a Declaração não é vinculativa para as instituições da União Europeia nem para os Estados-Membros, enquanto o Protocolo tem a força jurídica de um Tratado, e por esse motivo, é vinculativo¹². Mais tarde, a disposição relativa à proteção dos animais saiu do Protocolo Anexo para ser expressamente consagrada em 2007, com o Tratado de Lisboa, no artigo 13.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE)¹³, não se verificando grandes diferenças relativamente ao texto do protocolo. Atualmente, existem inúmeros instrumentos avulsos de direito derivado da União Europeia que visam a proteção indireta de animais em setores e situações específicas, mas que não garantem a sua proteção direta, que é assegurada pelo artigo 13.º do TFUE. Posto isto, percebemos que a grande preocupação da União Europeia foi sempre assegurar a defesa dos animais em atividades comerciais, mas encontramos uma alteração de trajetória com a Convenção Europeia para a Proteção dos Animais de Companhia e, em certa medida, com a consagração desta proteção no seu direito originário.

¹⁰ Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11992M/TXT&from=PT> (10.02.2023).

¹¹ Disponível em:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:11997D/PRO/10&from=PT> (10.02.2023).

¹² DUARTE, Maria Luísa, 2015, “Direito da União Europeia e estatuto jurídico dos animais: uma grande ilusão”, in *Animais: Deveres e Direitos* (coord.) Maria Luísa Duarte e Carla Amado Gomes, ICJP, e-book disponível: https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_animais_deveres_direitos_2015.pdf (10.02.2023), p. 37 e seguintes.

¹³ Lê-se no artigo 13.º do TFUE: «*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.*», disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF (10.02.2023)

III) Processo legislativo

Atualmente, a legislação que defende os animais de companhia foi introduzida pela Lei n.º 69/2014, de 29 de Agosto, impulsionada pela Petição n.º 173/XII que foi apresentada pela Associação Animal. Esta petição¹⁴ reuniu 41.511 assinaturas e veio propor uma “Nova Lei de Proteção dos Animais em Portugal”, justificada pela crescente preocupação da população com a defesa dos interesses dos animais e pela escassa legislação existente sobre o tema.

Nesta senda, entregou-se a petição à Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias e foram elaborados dois Projetos de Lei, um pelo Partido Socialista (PS) e outro pelo Partido Social Democrata (PSD).

O PS apresentou o Projeto de Lei n.º 474/XII/3¹⁵ que propunha a criação de um regime sancionatório aplicável aos maus-tratos a animais, sem pretender a criação de uma nova legislação sobre o tema, mas apenas “*dotar do devido acompanhamento sancionatório as normas já em vigor (...) que constam da Lei n.º 92/95, de 12 de Setembro e de outra legislação avulsa relevante.*”. Se é verdade que o regime jurídico já existia e que apenas se pretendia criar um regime sancionatório para o acompanhar, não podemos ignorar que a Lei n.º 92/95, de 12 de Setembro preconizava um regime contraordenacional e que o que se vem estabelecer com esta proposta de lei é uma sanção de natureza penal. Neste sentido, concordamos com ROGÉRIO OSÓRIO¹⁶ quando este diz que apesar de no Projeto de Lei se ter tentado afastar a ideia de que estávamos perante a criação de um regime jurídico novo, o que se verificou foi uma desconsideração pelas diferenças entre o direito contraordenacional e o direito penal e um afastamento da discussão que se mostrava essencial, a do bem jurídico.

O PSD apresentou o Projeto de Lei n.º 475/XII/3¹⁷ que, ao contrário do Projeto de Lei do PS, propunha assumidamente uma alteração ao Código Penal, criminalizando os maus-

¹⁴ Texto integral:

<https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.PDF?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953556c4d5a5763765647563464473947615735686246426c64476c6a6232567a4c7a55794e325a6c4d4445314c5467784e5755744e4449325a5330355954466a4c5451354e6d566c5a4755795a5755334e7935515245593d&fich=527fe015-815e-426e-9a1c-496eede2ee77.PDF&Inline=true> (12.02.2023)

¹⁵ Texto integral:

<https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953556c4d5a57637656247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d4576597a63325a5749335a444d744e6a55354e693030597a46684c57466b597a45745a6a4e694f4451355954637a4f5745314c6d527659773d3d&fich=c76eb7d3-6596-4c1a-adc1-f3b849a739a5.doc&Inline=true> (12.02.2023)

¹⁶ OSÓRIO, Rogério, 2016, “Dos crimes contra os animais de companhia – Da problemática em torno da Lei 69/2014, de 29 de Agosto – O direito da carraça sobre o cão”, *Revista Julgar (Online)*, disponível em: <http://julgar.pt/author/rogerio-osorio/> (12.02.2023), p. 7.

¹⁷ Texto integral:

tratos a animais de companhia. No que diz respeito à fundamentação, não se vislumbram grandes diferenças. Afirmou-se que “*a necessidade de proteção da vida animal reúne hoje, nas sociedades contemporâneas, um amplo e generalizado consenso*” e que o respeito pela vida animal é já um princípio integrante da política legislativa da União Europeia e de outros ordenamentos jurídicos nacionais. No entanto, não existe no Projeto de Lei qualquer discussão ou menção ao bem jurídico que a incriminação visa proteger.

De seguida, foram requeridos pareceres ao Conselho Superior de Magistratura, ao Ministério Público e à Ordem dos Advogados. As últimas duas entidades emitiram parecer globalmente favorável e não colocaram em causa a legitimidade da incriminação. Por outro lado, o Conselho Superior de Magistratura veio apresentar alguns pontos que não foram referidos por mais nenhuma entidade e que importam mencionar.

O parecer emitido pelo Conselho Superior de Magistratura¹⁸ começou por afirmar que as duas propostas representam neocriminalizações, ao contrário do entendimento do PS que afirmava não estar a criar um regime jurídico novo, mas apenas um regime sancionatório. De seguida, refere a necessidade de a incriminação tutelar um determinado bem jurídico, que preexista à estatuição, para a intervenção penal poder ser considerada legítima, numa clara referência à teoria do bem jurídico. Não se vislumbra em nenhum dos Projetos de Lei apresentados uma menção ao bem jurídico protegido pela incriminação dos maus-tratos a animais, o que, no entendimento do Conselho Superior de Magistratura, seria absolutamente necessário, “*podendo a mesma bastar-se com uma mera intuição ou sentimento de proteção baseados em fatores de índole moral*”. Introduziu-se no parecer a discussão sobre qual poderia dever ser o bem jurídico protegido, mais se demonstrando como nos últimos anos o panorama internacional e europeu se tem desenvolvido no sentido de criminalizar este tipo de condutas, no entanto, no que à identificação do bem jurídico diz respeito, não se tem verificado um consenso tão generalizado. Ademais, o Conselho Superior de Magistratura analisa os fundamentos apresentados pelo Projeto de Lei n.º 475/XII, que parecem, à primeira vista,

<https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953556c4d5a5763765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d45764f4752694d5751334f444174596d517959533030595445344c546b784d6d4d744f475934597a49314d44686d4e6a49774c6d527659773d&fich=8db1d780-bd2a-4a18-912c-8f8c2508f620.doc&Inline=true> (12.02.2023)

¹⁸ Texto integral:

<https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953556c4d5a5763765130394e4c7a464451554e45544563765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d46446232317063334e68627938334e54557a4e5745354d5330334f5467784c545179595441744f5463785979307959544534597a6b794e57453559546b756347526d&fich=75535a91-7981-42a0-971c-2a18c925a9a9.pdf&Inline=true> (12.02.2023)

assumir uma orientação virada para a proteção direta dos animais, num afastamento das concepções antropocêntricas do direito penal. No entanto, conclui que ao restringir-se o escopo da norma aos animais de companhia, a proteção penal é ainda feita pela relação que estes têm com os seres humanos, o que, no seu entender, descarta os problemas que surgiriam com a utilização da proteção do animal como fundamento exclusivo da incriminação. O problema prende-se com saber se esta relação que existe entre o ser humano e os animais se traduz num *“bem essencial ao desenvolvimento da personalidade ética do homem”* que justifique a intervenção penal. Antes de concluir pela legitimidade ou não da incriminação, o Conselho Superior de Magistratura vem ainda questionar porque é que se encontra fora da esfera de proteção da norma qualquer ato de crueldade injustificado praticado perante qualquer animal, não entendendo porque é que isso é incompatível com o fundamento da norma, quer seja a proteção do animal em si, ou a relação que este tem com o ser humano.

Posto isto, realça-se a falta de referência de ambos os Projetos de Lei ao bem jurídico protegido pela incriminação, que se afigura indispensável no contexto de neocriminalizações, principalmente quando se trata de um tema sensível e controverso como este. Parece-nos que o fundamento apresentado em ambos os projetos era o da íntima relação existente entre o ser humano e os animais e não o da proteção exclusiva dos animais, mas nenhum é suficientemente claro para conseguirmos afirmar com certezas qual é o bem jurídico protegido pela norma. Não obstante, foi emitido um parecer favorável à incriminação dos maus-tratos a animais, desde que se realizasse uma prévia clarificação e determinação do bem jurídico a proteger, aconselhando a que se atribuísse ao crime uma natureza pública e que fosse consagrado num regime especial avulso e não no Código Penal. Acresce a estas conclusões a ideia de que o objeto da norma deveria abarcar a violência e maus-tratos injustificados a qualquer animal vertebrado e não só aos animais de companhia, como acontece no ordenamento jurídico alemão, por não se encontrar uma justificação legítima para a diferenciação.

Após a emissão dos pareceres discutiu-se na especialidade os Projetos de Lei e foi criado um texto de substituição que agrupou as duas propostas e os respetivos pareceres entretanto emitidos. Foi também aprovada e publicada a Lei n.º 69/2014, de 29 de Agosto, que compila os dois Projetos de Lei e alguns pontos dos pareceres, mas que não segue dois aspetos do parecer do Conselho Superior de Magistratura que consideramos essenciais. Em primeiro lugar, desconsiderou a proposta de alargar o escopo da norma a todos os animais vertebrados, não por não concordar com esta, mas porque ambos os projetos tinham sido aprovados pelos respetivos grupos parlamentares, e existia o risco de que, com esse alargamento, a votação final ficasse comprometida, optando-se assim por manter a incriminação apenas nos casos de animais

de companhia¹⁹. Por último, e certamente como ponto mais importante, o legislador ignorou por completo a conclusão do Conselho Superior de Magistratura de que, para a incriminação ser legítima, seria necessário uma prévia clarificação e determinação do bem jurídico, sob pena de não se verificar um fundamento material e jurídico-constitucional capaz de legitimar a incriminação. Destarte, os problemas que se colocavam antes da publicação da Lei n.º 69/2014, de 29 de Agosto, referentes ao fundamento da incriminação e subsequente legitimidade, mantiveram-se após a sua publicação por não se ter verificado por parte do legislador um esclarecimento deste ponto, o que abriu portas a uma longa e acesa discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o tema.

Após a análise do processo legislativo que se encontra na base da lei que aprovou o crime de maus-tratos a animais de companhia, consideramos que este foi, em grande parte, influenciado pelas crescentes críticas à falta de proteção dos animais, o que acabou por levar à desconsideração dos problemas associados à sua legitimidade jurídico-constitucional. A restrição que é feita aos animais de companhia não parece ter sido intencional, visto ter sido motivada pelo consenso parlamentar alcançado na altura, mas é um dos aspetos que mais problemas cria na procura do bem jurídico. Posto isto, terá de se ter em conta estes aspetos na análise do fundamento da incriminação.

IV) Apresentação da problemática

A criminalização dos maus-tratos a animais de companhia era desde há muito tempo discutida e requerida por diferentes setores da sociedade, o que fez com que a Lei n.º 69/2014, de 29 de Agosto, fosse muito aplaudida. No entanto, como já tivemos oportunidade de referir, surgiram alguns problemas com a determinação do bem jurídico que nunca foram esclarecidos pelo legislador.

Recentemente, a questão da inconstitucionalidade do artigo 387.º do Código Penal por falta de bem jurídico foi levada pela primeira vez ao Tribunal Constitucional²⁰. Após uma análise dos diversos argumentos apresentados pelas partes no processo e pela doutrina, o tribunal decidiu-se pela inconstitucionalidade da norma do artigo 387.º do Código Penal por

¹⁹ ALVES, Pedro Delgado, 2015, "Desenvolvimentos recentes da legislação sobre animais em Portugal: uma breve crónica legislativa" in *Animais: Deveres e Direitos* (coord.) Maria Luísa Duarte e Carla Amado Gomes, ICJP, e-book disponível:

https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_animais_deveres_direitos_2015.pdf (12.02.2023), p. 20.

²⁰ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 867/2021, de 10.11.2021 (Lino Rodrigues Ribeiro), in www.dgsi.pt

violação do artigo 27.º e n.º 2 do artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa. Esta foi a primeira vez que o Tribunal Constitucional se pronunciou sobre a legitimidade da incriminação de maus-tratos a animais de companhia, mas desde então já foram proferidas mais decisões²¹ no mesmo sentido. De acordo com o n.º 3 do artigo 281.º da Constituição da República Portuguesa e com o artigo 82.º da Lei do Tribunal Constitucional, depois de o tribunal proferir três decisões no sentido da inconstitucionalidade da norma, abre-se portas à declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral que elimina a norma do ordenamento jurídico, o que levará a um vazio na proteção de violência contra animais domésticos.

V) Princípio do Direito Penal do Bem Jurídico

É ao legislador ordinário que compete a definição dos tipos incriminadores pela sua inerente legitimidade democrática, mas essa intervenção é limitada por determinados parâmetros jurídico-constitucionais, tais como o princípio do direito penal do bem jurídico. O problema com a legitimidade do crime de maus-tratos a animais de companhia prende-se essencialmente com esta questão, a de saber se a incriminação é compatível com este princípio. Sem pretensões de realizar uma análise exaustiva sobre o tema, consideramos necessária uma breve referência com o objetivo de entender melhor o problema que este tipo incriminador apresenta.

Com a evolução do pensamento jurídico-penal surge a ideia de que a função exclusiva do direito penal seria a tutela subsidiária de bens jurídicos dotados de dignidade penal²², isto é, o direito penal deve única e exclusivamente proteger bens jurídicos.

Nesta linha de pensamento, o artigo 40.º do Código Penal vem consagrar desde 1995 que “*a aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos (...)*” o que levou a que o nosso Tribunal Constitucional, depois de decidir inúmeras vezes nesse sentido²³, considerasse que este era um princípio constitucional implícito. Para além disto, o n.º 2 do artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa diz-nos 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*

²¹ Veja-se os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 344/2022, 781/2022 e 843/2022.

²² DIAS, Figueiredo, 2019, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões fundamentais. A Doutrina Geral do Crime, 3ª Edição*, 3ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, p. 129.

²³ Veja-se os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 25/84, 426/91, 288/98, 604/99, 312/2000, 516/2000, 617/2006, 75/2010, 377/2015, 134/2020.

ou interesses constitucionalmente protegidos.”, o que por muitos é identificado como uma consagração constitucional expressa deste princípio.

Para além da teoria do bem jurídico, o que mais nos importa na análise da legitimidade do crime de maus-tratos a animais de companhia é a noção de bem jurídico e a sua compatibilidade com o objeto da norma. A primeira referência à noção de bem jurídico foi feita por Birnbaum, relacionando-o com a defesa de valores essencialmente liberais e individuais e com a punição dos comportamentos que ofendessem esses valores²⁴. O conceito não é, nem pode ser estanque, e tem vindo a modificar-se ao longo dos tempos, impulsionado em grande parte pelos diversos problemas com que a definição foi confrontada. Atualmente, diz-nos FIGUEIREDO DIAS que podemos definir bem jurídico como “*a 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*”²⁵ e ainda que “*os bens jurídicos protegidos pelo direito penal devem considerar-se concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação social, política e económica*”²⁶.

A teoria do bem jurídico pretende servir como um padrão crítico das normas, isto é, como um limite prévio à ação punitiva do Estado, onde se consiga definir *a priori* quais os bens jurídicos dignos de tutela penal. Sob pena de tornar o conceito de bem jurídico versátil ao que a sociedade num determinado momento considere um valor carente de proteção penal, foi preciso encontrar parâmetros para estabelecer o que pode ser considerado um bem jurídico. Deste modo, estipulou-se que os bens jurídicos teriam de corresponder a um valor jurídico-constitucionalmente reconhecido que preexistisse ao direito penal. Isto é, estabeleceu-se uma associação entre a ordem axiológica jurídico-constitucional e a penal, que se funda numa “*correspondência de sentido e fins*”, numa espécie de “*analogia material*”, mas não numa relação de “*identidade*” ou “*recíproca cobertura*”²⁷.

Não releva aqui a procura pela melhor noção de bem jurídico nem realizar uma crítica à teoria estabelecida, mas sim dois problemas associados a essa definição. Em primeiro lugar

²⁴ BECHARA, Ana, 2009, “O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual”, *Revista Liberdades, IBCCRIM*, n.º1, (maio-agosto), disponível em: <https://ibccrim.org.br/publicacoes/redirecionalLeituraPDF/7214>, (13.03.2023), p. 17.

²⁵ DIAS, Figueiredo, 2019, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 3ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, p. 130.

²⁶ DIAS, Figueiredo, 2010, “O ‘direito penal do bem jurídico’ como princípio jurídico-constitucional” in *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 35.

²⁷ DIAS, Figueiredo, 2019, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 3ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, p. 136.

saber se a relação que os bens jurídicos têm com a ordem jurídico-constitucional exige a sua consagração expressa na constituição, e se, por outro lado, a teoria do bem jurídico, na sua visão liberal e antropocêntrica, pode ainda contemplar uma proteção direta aos animais.

No Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 867/2021, que julgou pela primeira vez a legitimidade do crime de maus-tratos a animais de companhia, o tribunal começou por referir a necessidade de se verificar uma conexão entre o objeto da incriminação e um bem jurídico suficientemente definido, lançando mão do princípio do direito penal do bem jurídico como princípio assente na jurisprudência constitucional. De seguida, defendeu que a estabilidade do princípio “(...) *é dificilmente conciliável com uma visão segundo a qual as restrições de direitos, liberdades e garantias, dentro de determinados pressupostos, podem ter lugar com vista a proteger direitos ou interesses sem assento constitucional*”. Com isto, percebeu-se que o tribunal pretendeu excluir as posições que defendem a legitimidade da incriminação com base em direitos ou interesses que não encontram expressa consagração constitucional, demonstrando a impossibilidade de conciliar essa visão com o n.º 2 do artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa. Estamos em crer que a explicação do tribunal não é referente à questão da consagração expressa ou implícita, mas sim à não verificação de qualquer menção, ainda que extraída indiretamente, do objeto protegido por uma incriminação²⁸. No que diz respeito à necessidade de consagração expressa do bem jurídico, ou se este pode ser retirado implicitamente de outros preceitos ou da estrutura axiológica da Constituição, consideramos que o bem jurídico não tem de estar expressamente consagrado na Lei Fundamental para ter dignidade punitiva. No entanto, tem de ser inquestionável a associação que o bem jurídico tem com o direito ou valor diretamente retirado da ordem jurídico-constitucional. Deste modo, mesmo que não se esteja a proteger um direito fundamental, terá que estar em causa, pelo menos, a defesa de um interesse constitucionalmente protegido. Por exemplo, encontramos nos crimes contra a vida em sociedade incriminações que à primeira vista não visam proteger um bem jurídico consagrado de modo expreso, mas que defendem valores como a fé pública na moeda, no caso do crime de falsificação da moeda, ou a paz pública, no caso de crime de ultraje por motivo de crença religiosa, que encontram fundamento na estrutura axiológica da Constituição e protegem indiretamente outros direitos. Com isto pretendemos demonstrar que, apesar de não se encontrar à primeira vista uma clara referência à proteção dos animais na Lei Fundamental, tal não implica necessariamente que a

²⁸ Como vem depois esclarecer o Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 781/2022, onde é apresentada essa questão.

legitimidade da incriminação dos maus-tratos a animais de companhia não se possa extrair indiretamente de outros preceitos.

No que diz respeito à segunda questão que aqui apresentamos, importa esclarecer a distinção entre proteção indireta e direta dos animais. No primeiro caso estamos perante uma situação em que se protege juridicamente os animais, mas na realidade protege-se um direito ou interesse humano, enquanto no segundo caso a proteção que é conferida aos animais deve-se única e exclusivamente ao interesse em proteger os animais por si. A proteção indireta dos animais não cria problemas perante a doutrina penal pois protege-se ainda interesses do indivíduo, mas quando se pretende proteger diretamente os animais a questão não é tão fácil. O que pretendemos averiguar é se o atual direito penal liberal e antropocêntrico, na sua ótica de intervenção mínima e subsidiária, legítima a limitação de liberdade de um indivíduo em prol da proteção direta de um animal.

O direito penal e a realidade social e cultural são duas dimensões indissociáveis que ao longo dos anos evoluíram em paralelo, com constantes avanços e retrocessos, que levaram ao estabelecer de uma visão cada vez mais liberal do direito penal. Com isto, estabeleceu-se que a intervenção no âmbito penal deve ser mínima e exclusivamente orientada para a garantir a liberdade dos cidadãos no gozo dos seus direitos fundamentais, o que levou ao aparecimento de problemas quando se pretendeu criminalizar determinadas condutas que pareciam fugir a esta ideia, como os crimes económicos e ambientais. A criminalização dos maus-tratos a animais corresponde a mais um problema típico com que a teoria liberal e antropocêntrica do direito penal se deparou e que ainda não alcançou nos dias de hoje o mesmo consenso e solução que se conseguiu com os crimes económicos e ambientais.

Ora vejamos, o direito penal foi sempre pensado numa ótica antropocêntrica, protegendo-se os direitos e interesses dos cidadãos com a exclusiva criminalização de condutas que ameacem a capacidade de os usufruir, o que torna difícil a compatibilização da proteção direta dos animais com uma visão exclusivamente antropocêntrica. A procura por uma resposta fundada nos princípios do liberalismo penal atual é feita por GRECO²⁹, numa tentativa de justificar a criminalização de maus-tratos a animais. Em primeiro lugar, o autor procura resposta na doutrina do contrato social, mas conclui que esse não pode ser o fundamento porque os animais não podem fazer parte do contrato visto não terem uma relevância moral direta e direitos originários, logo não podem ser colocados na posição do véu da ignorância. Indaga

²⁹ GRECO, Luís, 2010, "Proteção de bens jurídicos e crueldades contra animais", *Revista Liberdades*, n.º 3 (jan.-abril), disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/redirecionaleituraPDF/7237> (15.03.2023), p. 53 e seguintes.

ainda se o utilitarismo poderia servir de fundamento para este tipo de proteção, visto que as dores infligidas ao animal poderiam ser consideradas um mal intrínseco e a sua diminuição justificaria a intervenção estatal. No entanto, acaba por concluir que também não se adequa, pois se assim fosse, teríamos de abolir diversas coisas que provocam dor, como determinados desportos profissionais. Nesta linha de pensamento, constata que o único fundamento compatível à luz do liberalismo penal seria a sua preocupação com os mais fracos e a minimização da dominação alheia, um dos pilares desta corrente de pensamento, que viu sempre na preocupação com os mais fracos um motivo legítimo de intervenção estatal.

Posto isto, não podemos ignorar que os animais são seres vivos dotados de sensibilidade, capazes de uma relativa autodeterminação, que não pode ser negada pelo simples facto de não ser comparável à capacidade de autodeterminação do ser humano. Os animais não são seres racionais como nós, mas não é por isso que se pode desvalorizar o seu sofrimento e a sua capacidade de sentir dor. São nítidas as diferenças que separam o ser humano de um animal irracional, mas ninguém tem o direito de injustificadamente provocar sofrimento alheio, ainda que a um animal. Deste modo, a proteção dos mais fracos e a censura de comportamentos de heterodeterminação contemplam um interesse do indivíduo na manutenção de uma vida social baseada na tolerância e pluralismo, próprios de um Estado de Direito Democrático.

Há quem ainda defenda a possibilidade de proteção direta através de uma alteração à noção de bem jurídico, nomeadamente NEUMANN³⁰, quando refere que a teoria pessoal associa a noção de bem jurídico exclusivamente a interesses humanos, mas com o objetivo de afastar a criminalização de infrações à moral, o que não impede a “*inclusão de interesses de criaturas capazes de sentir dor*”. O autor defende que a noção de bem jurídico poderia ser definida como um interesse, incluindo todos os interesses de criaturas capazes de sentir dor. No entanto, não consideramos que este seja um caminho necessário para se permitir a proteção penal direta dos animais pois como já demonstrámos, essa proteção é ainda possível à luz da visão liberal e antropocêntrica do direito penal, através de uma proteção dos animais contra formas de dominação alheia.

A proteção direta do bem-estar animal poderá não ser totalmente incompatível com os princípios basilares do direito penal e encontrar ainda espaço na teoria do bem jurídico atual, mas a discussão mantém-se acesa sobre qual é o fundamento possível para este tipo incriminador. Não obstante o debate que de certeza continuará ao longo dos anos, o que nos

³⁰ NEUMANN, Ulfrid, 2012, “Bem jurídico, Constituição e os limites do Direito Penal”, in *Direito penal como crítica da pena: Estudos em Homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*, (org.) Luís Greco e António Martins, p. 531.

importa agora averiguar é se a ordem axiológica jurídico-constitucional acolheu, direta ou indiretamente, a proteção dos animais de companhia.

VI) Proteção Direta

» Direito da União Europeia

A evolução da legislação europeia no que concerne à proteção dos animais foi já apresentada, o que demonstrou a crescente preocupação europeia com este assunto. Isto foi notório pelos diversos instrumentos de direito derivado destinados à proteção dos animais em diferentes setores de atividade económica, mas principalmente pela posterior consagração destas preocupações no seu direito originário. Deste modo, pretendemos analisar se a incriminação do artigo 387.º do Código Penal pode ter como fundamento o direito da União Europeia.

A relação entre o direito europeu e o direito nacional rege-se de acordo com o n.º 4 do artigo 8.º da Constituição da República Portuguesa, mas a sua interpretação não é consensual. A maior parte da doutrina portuguesa considera que o direito europeu tem um valor supralegal, mas infraconstitucional, e que por isso não se pode sobrepor à Constituição. Ora, sem pretensões de desenvolver exaustivamente o tema, concordamos com FRANCISCO PAES MARQUES³¹ quando este defende que o Direito da União Europeia não tem um valor supraconstitucional porque isso seria contrariar o princípio da soberania nacional (artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa), mas também não pode ter um valor meramente supralegal, porque tal atentaria contra a “*plena efectividade da ordem jurídica comunitária*”. Seguimos o entendimento defendido pelo autor de que existe uma relação de paridade entre o Direito da União Europeia e o Direito Nacional, com as respetivas consequências que daí advêm e que são apresentadas pelo mesmo. Deste modo, seguindo o entendimento de que entre o direito comunitário e nacional existe uma relação de paridade, vislumbra-se como possível encontrar no direito originário ou derivado um fundamento que permita conferir dignidade penal a esta incriminação, caso este exista. Estabelecida esta premissa, é daqui que partimos para a análise das normas de direito europeu com possibilidade de fundamentar a incriminação dos maus-tratos a animais de companhia.

³¹ MARQUES, Francisco Paes, 2006, “O primado do Direito da União Europeia: fundamento e limites”, in *Constitucionalismo Europeu em Crise?* - Estudos sobre a Constituição Europeia, (coord.) Ana Maria Guerra Martins, AAFDL, Lisboa, p. 203 e seguintes.

O Tribunal Constitucional na fundamentação do Acórdão n.º 867/2021 vem também analisar a possibilidade de o direito europeu servir como fundamento para a incriminação, em especial o artigo 13.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia. Este preceito vem estabelecer que *“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”*. A norma em questão refere o bem-estar dos animais reconhecendo-os como seres sensíveis e reiterando a necessidade dos Estados Membros e a União terem plenamente em conta essas exigências, mas fá-lo em relação a domínios específicos como a agricultura, pesca ou transportes, e não como regra geral. Posto isto, parece-nos que a norma apela a que os Estados Membros tenham em conta que os animais são seres sensíveis e que não podem ser tratados com uma total desconsideração pelo seu bem-estar. No entanto, esta preocupação deve ser tida em conta na definição e aplicação de políticas relacionadas com a agricultura, pesca ou transportes, que representam áreas de atuação da União Europeia. Deste modo, não consideramos poder retirar-se daqui um princípio geral de proteção do bem-estar animal, que justifique uma incriminação de maus-tratos a animais em qualquer circunstância dada a restrição que é feita pelo preceito. Para além disto, a norma postulada no artigo 387.º do Código Penal tem como âmbito de proteção os animais de companhia, o que se incompatibiliza por completo com uma norma que pretende proteger os animais em áreas muito concretas de atuação, que em nada se relaciona com os animais domésticos.

Posto isto, o Direito da União Europeia não pode servir de fundamento ao crime de maus-tratos a animais de companhia, não por problemas associados à relação hierárquica entre direito comunitário e nacional, mas por não se vislumbrar nenhum preceito capaz de fundamentar uma proteção geral do bem-estar animal, e muito menos uma restrição dessa proteção aos animais de companhia.

» O Ambiente

Alguns autores³² sufragam que a proteção dos animais está inserida no escopo de proteção do artigo 66.º da Constituição da República Portuguesa que visa a defesa do ambiente e que o Estado tem como função proteger segundo a alínea e) do artigo 9.º da Lei Fundamental. O que se pretende analisar é se na *ratio* da norma é possível englobar a proteção dos animais de companhia contra maus-tratos.

A Constituição não define o que considera ser o ambiente, mas podemos entendê-lo como um conceito “*estrutural, funcional e unitário*”³³ que se funda no equilíbrio de todos os seus elementos, isto é, todas as realidades inseridas no ecossistema se interligam e produzem efeitos entre si. Ora vejamos, a proteção que é realizada pelo artigo 66.º da Constituição centra-se na defesa do ecossistema como um todo, associado às condições necessárias para a sobrevivência humana, atual e futura, e por isso, a norma abrangerá tudo o que for indispensável para assegurar as melhores condições ambientais com o objetivo de garantir a qualidade de vida ao ser humano. Deste modo, concordamos com o Tribunal Constitucional³⁴ quando afirma que a proteção que o ambiente poderá conferir aos animais será meramente incidental, no sentido de que os animais apenas serão protegidos quando forem relevantes para o ambiente. Por outro lado, quando observamos o artigo 387.º do Código Penal, percebemos que a proteção que é conferida aos animais não se relaciona com a sua ligação ao ambiente. Neste sentido, diz-nos GRECO³⁵ que, ao associarmos a defesa das crueldades contra animais ao ambiente, porque no meio ambiente há animais, estamos a “*falsear o conteúdo das crueldades contra animais*” e acrescenta ainda que “*(...) a proteção dos animais é individualista: ela se ocupa do animal individualmente considerado, enquanto a proteção do ambiente é holística, já que nesse âmbito trata-se do equilíbrio de um sistema como um todo.*”. Posto isto, consideramos que a norma do artigo 387.º do Código Penal protege os animais

³² Veja-se FARIAS, Raúl, 2015, “Dos crimes contra animais de companhia – breves notas” in *Animais: Deveres e Direitos*, (coord.) Maria Luísa Duarte e Carla Amado Gomes, Lisboa, ICJP, e-book disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_animais_deveres_direitos_2015.pdf (19.03.23), p. 139 e seguintes; GOMES, Carla Amado, “Desporto e Proteção dos animais: por um pacto de não agressão”, ICJP, disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/cej-animais_revisto.pdf (19.03.23), ponto 2.1.1.3; e ainda, 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*, n.º 13, p. 239 e seguintes.

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gome/MOREIRA, Vital, 2007, *Constituição da República Portuguesa Anotada* - vol. I, 4ª edição, Coimbra Editora, p. 844.

³⁴ Veja-se no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 867/2021 que decidiu pela primeira vez a inconstitucionalidade da norma do artigo 387.º do Código Penal.

³⁵ GRECO, Luís, op. cit., pp. 52 e 53.

individualmente, não como parte integrante do ambiente, e que quem defenda o contrário ignora por completo a *ratio* da norma do artigo 66.º da Constituição da República Portuguesa.

Para além disto, os defensores desta tese parecem ignorar também o facto de que o legislador, ao restringir o âmbito de proteção da norma aos animais de companhia, e não a todos os animais, nunca poderia estar a fazê-lo com vista à proteção do ambiente.

Concluimos assim pela inadmissibilidade do direito ao ambiente como fundamento da incriminação do artigo 387.º do Código Penal.

» Vida e Integridade Física dos animais

Para além das teorias apresentadas, há quem defenda que o fundamento da incriminação do artigo 387.º do Código Penal é a proteção da vida e integridade física dos animais. Esta tese nega por completo que a incriminação se baseie na relação que os animais têm com o ser humano, reconhecendo aos animais um valor intrínseco que justifica por si a sua proteção.

Adiando a questão de saber se os animais podem ser titulares de direitos subjetivos como a vida e a integridade física, parece-nos inegável que o que se pretende proteger com as incriminações de maus-tratos a animais é o animal e a prática de violências injustificadas contra estes, mas não é tao fácil afirmar que o fundamento jurídico para essa proteção seja a sua vida e integridade física. Vejamos se é possível descortinar na nossa ordem jurídico-constitucional algum preceito capaz de fundamentar este entendimento.

Nesta linha de pensamento, vem PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE³⁶ afirmar que os bens jurídicos protegidos pela incriminação são a vida e a integridade física dos animais, mas acaba por não explicitar como chegou a esse entendimento nem qual o seu fundamento jurídico-constitucional. Ainda neste sentido, MARIA DA CONCEIÇÃO VÁLDAGUA³⁷ refere que existe um consenso generalizado entre os apoiantes da teoria do bem jurídico e os críticos de que os maus-tratos a animais de companhia são merecedores de tutela jurídico-penal. Defende que os animais têm um valor intrínseco que não lhes pode ser negado e que por isso esta incriminação encontra suporte constitucional no n.º 2 e 4 do artigo 8.º, n.º 2 do artigo 9.º, artigo 66.º e artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa.

³⁶ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, 2021, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª ed. atualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, p. 1321.

³⁷ VALDÁGUA, Maria da Conceição, 2021, 'O CRIME DE MAUS-TRATOS A ANIMAIS DE COMPANHIA', *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 7 (n.º 2), p. 1155 e seguintes.

No entanto, de pouco nos serve a análise destes argumentos. O primeiro não apresentado qualquer tipo de suporte constitucional para a defesa da vida e integridade física como fundamento da incriminação, no segundo, lança-se mão de todas as normas das quais se discute a possibilidade de se extrair uma proteção direta dos animais. Neste último caso, já demonstrámos como não é possível fundamentar a incriminação do artigo 387.º do Código Penal com o direito comunitário, nem com o ambiente, por serem incompatíveis com o que visam proteger e com o que é protegido pela norma em questão. A possibilidade do artigo 1.º da Constituição fundamentar a incriminação será abordada de seguida.

Outra crítica que pode ser apresentada a esta posição, é a de que os argumentos apresentados parecem considerar a vida e integridade física do animal de modo unitário, mas para esta via argumentativa ser minimamente válida, deveria, em alternativa, restringir-se a proteção aos casos em que as condutas são injustificadas, caso contrário a morte de um animal com o objetivo de servir de alimento a um ser humano poderia ser punível. Para além disto, se estes fossem os bens jurídicos protegidos, a moldura penal teria de ser diferente nos casos em que se ofendesse a integridade física ou a vida, caso contrário estaríamos a considerar que ambas têm o mesmo desvalor. Esta tese também se incompatibiliza com a restrição feita pelo legislador aos animais de companhia, pois a considerar-se que a norma pretende proteger a vida e integridade física dos animais, não é explicado porque é que a proteção só é concedida a determinados animais.

Posto isto, consideramos que estes não podem ser os bens jurídicos protegidos pela incriminação do artigo 387.º do Código Penal por não se vislumbrar um suporte constitucional capaz de a legitimar e por não se adequar materialmente ao escopo da incriminação em questão.

» Equiparação da dignidade da pessoa humana aos animais

Noutro sentido, existe uma tese que pretende equiparar os animais às pessoas no que diz respeito à sua dignidade e que procura legitimar o crime de maus-tratos a animais de companhia à luz do artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa.

Ora, esta linha argumentativa já foi outrora defendida por alguma doutrina alemã, antes da alteração constitucional que concedeu fundamento jurídico-constitucional à proteção penal dos animais, mas encontramos outras referências da dignidade animal em alguma

jurisprudência. Em 1997 o Supremo Tribunal de Israel³⁸ proibiu um espetáculo que envolvia um crocodilo com o fundamento de que este não se conseguia impor e defender os seus direitos, e em especial a sua dignidade, tal como uma criança acabada de nascer, e que nunca se saberia se ele se sente humilhado, mesmo não sentindo dor. Concluiu que se estivessemos perante um humano, e lhe fossem realizados os mesmos atos, ele iria sentir-se definitivamente humilhado, o que leva à conclusão de que mesmo não sentindo dor, a humilhação que ele pode sentir é suficiente para não permitir a realização de mais espetáculos. Para fundamentar esta decisão trouxe à colação a dignidade animal. Em Portugal, encontramos o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 23 de Maio de 2019³⁹, que vem fundamentar a norma do artigo 387.º do Código Penal com a dignidade inerente aos animais. Começou por afirmar que os animais eram considerados *coisas*, mas que com a alteração ao Código Civil feita pela Lei n.º 8/2017, de 3 de Março, passaram a ter o estatuto de *seres vivos dotados de sensibilidade*, o que implicou uma modificação no tratamento jurídico que lhes era concedido. Defendeu que se deveria realizar uma interpretação atualista e positivista da norma da dignidade da pessoa humana postulada no artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa, com o fim de abarcar também os “*animais não humanos com valor e sentimentos intrínsecos*”. Concluiu que a dignidade atribuída aos seres humanos deve também ser alargada aos animais.

Neste sentido, a tese em análise centra-se na ideia de que a sociedade evoluiu no sentido de reconhecer aos animais determinadas características que os fazem merecedores de proteção jurídica, o que justificaria uma interpretação atualista e evolutiva do princípio da dignidade da pessoa humana, desligada de uma visão exclusivamente antropocêntrica.

Para saber se o princípio da dignidade da pessoa humana postulado no artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa pode abarcar a dignidade dos animais, é necessário realizar uma interpretação do preceito. Em primeiro lugar, ao analisar o elemento literal da norma, ela refere especificamente que Portugal é uma República soberana baseada na dignidade da pessoa *humana*, o que por si só tornaria inadmissível a inclusão da dignidade animal no preceito. Para além disto, a dignidade da pessoa humana é um princípio com uma evolução muito característica, que comportou ao longo da história diferentes sentidos, mas que tem seguido uma visão essencialmente unitária, fundada no pensamento kantiano sobre a dignidade. Esta noção evoluiu e mereceu consagração expressa em diversos Textos Fundamentais, como consequência do pós 2ª Guerra Mundial e das atrocidades que aí foram

³⁸ Caso integral disponível em: <https://www.animallaw.info/case/let-animals-live-v-hamat-gader-recreation-enterprises> (25.03.2023).

³⁹ Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>

cometidas a seres humanos. Posto isto, os elementos literais e teleológicos parecem impedir que se possa afirmar, sem mais, que o artigo 1.º abarca a dignidade animal, o que torna inválida a pretensão de fundamentar nesta norma a incriminação de maus-tratos a animais de companhia. O Tribunal Constitucional⁴⁰ apresenta ainda outro argumento para excluir a possibilidade de a dignidade da pessoa humana ser o fundamento da incriminação: o princípio não pode ser fundamento autónomo de uma incriminação, pois se a sua definição já é complicada no que diz respeito aos seres humanos, seria impossível fazê-lo em relação aos animais. Não obstante já termos recusado a possibilidade de o artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa ser o fundamento da incriminação do artigo 387.º do Código Penal, consideramos que a argumentação não pode passar pela recusa absoluta de aplicação autónoma do princípio pela dificuldade na sua definição. Na verdade, a utilização deste princípio como bem jurídico é controvertida e problemática, mas não deve ser cabalmente negada, devendo antes olhar-se para o caso específico e para a possibilidade de subsumir a situação concreta ao princípio.

Posto isto, a dignidade da pessoa humana como consagrada no artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa não pode ser alargada à dignidade animal pela simples consideração de que a sociedade evoluiu e o entendimento sobre os animais também, o que justificaria uma interpretação atualista e evolutiva do princípio. Ademais, esta equiparação não pode ser recusada pela simples afirmação de que o princípio da dignidade da pessoa humana nunca pode ser utilizado como fundamento autónomo duma incriminação. Esta tese deve ser rejeitada, não por se negar a existência de dignidade animal, mas por não podermos subsumi-la ao artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa.

» Animais como titulares de direitos subjetivos

Atualmente, ao discutir-se o tratamento jurídico que os animais devem ter, torna-se impossível não abordar a questão central à volta do tema: deve ser reconhecido aos animais um estatuto moral que lhes permita ter direitos subjetivos? Quem defende que a incriminação de maus-tratos a animais de companhia visa a proteção da sua integridade física, vida ou até dignidade, parte dessa premissa, de que os animais têm direitos e por isso podem ser titulares de determinados bens jurídicos.

⁴⁰ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 867/2021.

O estatuto jurídico que pode ser reconhecido aos animais desdobra-se em dois polos opostos, o de os considerar como coisas, o que faz com que estes só possam ser objeto de uma proteção indireta, ou o de os considerar como seres titulares de direitos subjetivos, protegendo-os diretamente. Claro está que a maior parte das teorias se encontram no meio destas duas posições, mas não deixa de ser relevante a análise destas propostas antagónicas com o objetivo de clarificar o tratamento que lhes pode ser conferido pelo ordenamento jurídico português.

Começemos por analisar alguns dos argumentos apresentados pelos defensores da tese⁴¹, que consideram os animais titulares de direitos subjetivos. Vêm defender que o argumento de que os animais, por não serem seres humanos, não são dotados de uma moralidade que os torne capazes de ser titulares de direitos, é discriminatório nos mesmos moldes que o seria se a razão fosse a raça ou o género pois limita a capacidade de ser um sujeito dotado de moral a quem tenha determinadas características descritivas e cognitivas. Acrescentam ainda que esse raciocínio não é feito para recém-nascidos ou pessoas em estado vegetativo que não têm mais consciência do que os animais, como forma de demonstrar que o problema está em estarmos perante animais. Esta é a linha argumentativa que se encontra na base da maior crítica feita a quem defenda que os animais não têm direitos - *o especismo* - e que pretende equiparar, de certo modo, os animais aos seres humanos.

Diversos argumentos foram apresentados para contestar a possibilidade de atribuição de direitos aos animais⁴². Em primeiro lugar, a consagração dos animais como seres titulares de direitos, na sua plenitude, criaria inúmeros problemas de compatibilização com a realidade que nos é conhecida. Ao atribuir aos animais a capacidade de serem sujeitos passivos de um crime, e por isso titulares de determinados direitos subjetivos, tal implicaria também o reconhecimento da possibilidade de serem sujeitos ativos, o que conflituava diretamente com a sua natureza irracional. Para além disto, quando um ser humano é alvo de um crime tem a possibilidade de reclamar ativamente, o que é notoriamente impossível no caso dos animais. Constatou-se ainda a impossibilidade de atribuir aos animais a plenitude dos direitos que são reconhecidos aos seres humanos, como o direito ao voto e a casar.

⁴¹ REGAN, Tom, 2011, "Objecções e Respostas", *Os animais têm Direitos? Perspetivas e Argumentos*, (org. e trad.) Pedro Galvão, Dinalivro, Lisboa, pp. 97 e seguintes.

⁴² Veja-se em GARCÍA, Esther Hava, "La protección del bienestar animal a través del derecho penal" in *La teoría del bien jurídico - fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, (org.) Hefendehl/Hirsch/Wohlers, Marcial Pons, Madrid, pp. 281 e 282; e GOMES, Carla Amado, 2015, "Direitos dos Animais: Um Ramo Emergente?", *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 1 (n.º 2), pp. 366 a 369.

A apresentação dos argumentos e contra-argumentos para a consideração dos animais como titulares de direitos subjetivos foi feita com o objetivo de expor algumas das questões que podem colocar problemas com o reconhecimento dos animais como sujeitos de direito. A discussão não é novidade e é realizada desde há muito tempo por filósofos que consideram que os animais deviam, de certa maneira, ter uma dignidade equiparada à dos humanos. Estas posições tornaram-se mais relevantes quando se iniciou o debate sobre os direitos dos animais. Na nossa opinião, a equiparação jurídica dos animais aos seres humanos é demasiado extrema. A possibilidade de ser sujeito jurídico contempla um universo de direitos e deveres que só é possível de ser exercido pela capacidade de racionalizar própria do ser humano. Não quer isto dizer que os animais não são merecedores de proteção jurídica, mas isso não pode forçosamente ser feito por criações jurídicas que transformam por completo a noção de sujeito jurídico. Equiparar a posição de sujeito jurídico do ser humano aos animais, é ignorar por completo as diferenças naturais e biológicas de cada espécie, que exigem um tratamento diferenciado. Não tratemos por igual o que é desigual. Posto isto, não consideramos que o caminho a seguir para a proteção dos animais seja o seu reconhecimento como seres titulares de direitos subjetivos.

No entanto, importa-nos saber se estas teses encontram no nosso ordenamento jurídico algum tipo de reconhecimento.

Ao analisar o tratamento concedido aos animais ao longo da nossa história, observámos que a proteção que lhes era concedida foi sempre realizada de forma indireta, procurando proteger-se diretamente interesses humanos. No entanto, a incriminação dos maus-tratos a animais de companhia e a alteração realizada ao Código Civil pela Lei n.º 8/2017, de 3 de Março, que passou a atribuir aos animais o estatuto de *seres vivos dotados de sensibilidade*, parecem demonstrar uma alteração de trajetória. O abandono do estatuto de coisa, para um reconhecimento da sua sensibilidade enquanto ser vivo, pode levar a crer que o intuito do legislador foi o de alterar o tratamento jurídico que lhes era concedido, para permitir uma maior proteção jurídica. Porém, a alteração realizada pelo legislador ordinário não é suficiente para considerar os animais sujeitos de direito merecedores de uma tutela penal direta. É ainda mais difícil encontrar na ordem axiológica constitucional um fundamento para este entendimento pois, como já referimos, não se vislumbra na nossa Lei Fundamental uma referência que permita reconhecer aos animais um direito à vida, e muito menos uma equiparação da sua dignidade com a do ser humano.

Descartada a possibilidade de os animais serem titulares de bens jurídicos como a vida, integridade física ou até dignidade, que serviriam de fundamento à incriminação do artigo 387.º do Código Penal, há quem ainda procure outro caminho para a sua proteção direta.

Neste sentido, ESTHER HAVA GARCÍA⁴³ defende que o bem jurídico protegido na incriminação de maus-tratos a animais é o bem-estar animal. A tese proposta defende que são sentimentos e preocupações humanas com os animais que levaram à necessidade de evitar que estes sofram desnecessariamente, depois de alcançado um consenso social e generalizado sobre o recurso à tutela penal. Afirma que os animais não têm direito à vida ou integridade física, mas que a sociedade tem o direito de exigir que se respeite a esfera de proteção que foi consensualmente concedida aos animais. Não obstante o mérito desta tese, o bem jurídico “*bem-estar animal*” é demasiado amplo e pode incompatibilizar-se com o nosso estilo de vida alimentar.

É inegável o caminho que estas teses fizeram na procura por um fundamento de proteção direta dos animais, reconhecendo o interesse generalizado da sociedade na proteção destes contra maus-tratos. No entanto, não podemos ignorar que a teoria do bem jurídico atual parece chocar de frente com esta visão não antropocêntrica, que pretende reconhecer aos animais um certo interesse merecedor de tutela penal. Algumas propostas já foram apresentadas, como é exemplo ROXIN⁴⁴ que, ao deparar-se com este problema dos animais, vem admitir o reconhecimento dos “*animais superiores – com os quais comunicamos e cuja vivência da dor é semelhante à nossa – como objeto do nosso mundo vital merecedor de proteção (...)*”, alargando e transformando a teoria do bem jurídico para uma “*teoria do bem jurídico referente à criatura*”, desligada duma visão exclusivamente antropocêntrica. No entanto, o autor faz esta extensão depois da Constituição Alemã reconhecer em 2002 como fim do Estado a proteção dos animais vertebrados, o que cria um fundamento direto para a tutela penal dos maus-tratos a animais. Na nossa Constituição não encontramos uma referência igual que permita incluir a proteção direta dos animais no princípio constitucional implícito do bem jurídico, que mantém uma visão exclusivamente antropocêntrica⁴⁵.

A procura por um fundamento jurídico-constitucional direto de proteção dos animais demonstrou a impossibilidade de encontrar na nossa Constituição um bem jurídico capaz de legitimar a incriminação de maus-tratos a animais de companhia do artigo 387.º do Código Penal.

⁴³ GARCÍA, Esther Hava, op. cit., pp. 288 a 292.

⁴⁴ ROXIN, Claus, 2013, “O conceito de bem jurídico como padrão crítica da norma penal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 23 (n.º 1) jan.-março, pp. 32 e 33.

⁴⁵ Há uns anos foi apresentada por uma Associação Animal uma proposta de texto constitucional que permitiria esta proteção direta dos animais fundada exclusivamente no seu bem-estar, disponível em: <https://www.animallaw.info/article/proposal-introduction-protection-animals-constitution-portuguese-republic> (29.03.2023).

» Proteção de interesses diretos dos animais por via de imposição de deveres aos humanos

A possibilidade de encontrar no nosso ordenamento jurídico um fundamento jurídico-constitucional de proteção direta dos animais foi já descartada por não se vislumbrar um preceito constitucional capaz de a fundamentar. No entanto, consideramos relevante analisar uma posição intermédia, que vê na incriminação do artigo 387.º do Código Penal a proteção do animal por si mesmo, mas como um dever do ser humano.

Neste sentido, TERESA QUINTELA DE BRITO⁴⁶ defende que o crime de maus-tratos a animais de companhia tutela “*um bem jurídico coletivo e complexo que tem na sua base o reconhecimento pelo homem de interesses morais diretos aos animais individualmente considerados e, conseqüentemente, a afirmação do interesse de todas 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 destes interesses dos animais por força de uma certa relação atual (passada e/ou potencial) que com eles mantém.*” acrescentando que “*Em causa está uma responsabilidade do humano, como indivíduo em relação com um concreto animal, e também como Homem, i.e., enquanto membro de uma espécie, cujas superiores capacidades cognitivas e de adaptação estratégica o investem numa especial responsabilidade para com os seres vivos que podem ser (e são) afetados pelas suas decisões e ações.*”.

A autora considera que a norma que incrimina os maus-tratos a animais de companhia visa a proteção da vida, integridade física e bem-estar do animal, independentemente do ambiente e do Homem. Apresenta diferentes níveis de proteção jurídica que podem ser concedidos aos animais⁴⁷, referindo que a norma do 387.º do Código Penal contempla o grau mais elevado ao proteger o bem-estar animal. Seguindo esta linha de pensamento, discorda do argumento de que só os animais sencientes devem ser protegidos por terem determinadas características similares ao ser humano. Defende que deve ser rejeitada esta seleção especista e antropocêntrica dos animais e que todos devem ser dignos de consideração em si e por si,

⁴⁶ BRITO, Teresa Quintela de, 2016, “Crimes contra os animais: os novos projetos-lei de alteração do código penal”, *Anatomia do Crime*, n.º 4 (Jul.-Dez.), pp. 95 a 104.

⁴⁷ Veja-se os três níveis de proteção animal que a autora sufraga:

- (1) Prevenção do risco de extinção da espécie
- (2) Proibição de usos fúteis
- (3) Promoção do bem-estar animal

em ARAGÃO, Alexandra, 2016, *Parecer sobre as iniciativas legislativas relativas ao estatuto jurídico e regime sancionatório dos animais*, disponível em: www.parlamento.pt (29.03.2023)

reconhecendo, no entanto, que nem todos deverão ter o mesmo tratamento jurídico. Conclui pela proteção dos interesses direitos dos animais, mas por via da imposição de deveres aos humanos, pela consideração ética que é devida aos animais enquanto seres vivos.

A presente tese parece defender uma posição intermédia, que se situa entre a proteção direta e indireta dos animais. Deste modo, a incriminação de maus-tratos a animais visa proteger diretamente os animais, mas essa proteção só existe pelo dever que o ser humano tem para com os animais pelo seu valor intrínseco. Sem retirar mérito a esta tese, que procura o real fundamento da norma sem extrapolar para lá do texto legal, não podemos deixar de criticar a sua aptidão para servir de fundamento à incriminação do artigo 387.º do Código Penal.

Num primeiro momento, esta posição centra-se na ideia de que todos os animais devem ser protegidos, não só os sencientes, mas parece ignorar que essa argumentação choca de frente com a incriminação em análise, que restringe o escopo de proteção da norma aos animais de companhia. Para além disto, e como argumento principal para a exclusão desta tese como possível fundamento da incriminação, não existe uma base jurídico-constitucional apta a legitimar este entendimento. O reconhecimento direto de interesses aos animais não é suficiente para legitimar uma tutela penal direta, e falha como justificação do artigo 387.º do Código Penal pela restrição que é feita aos animais de companhia. No entanto, ao considerar que a incriminação de maus-tratos a animais de companhia pretende garantir o bem-estar animal e não interesses do ser humano, também não parece que seja compatível com uma proteção indireta dos animais. Posto isto, é como se se tivesse criado um ponto intermédio de convergência, em que o animal é protegido por si, mas essa proteção só existe pelos deveres que o Homem tem para com eles. Neste sentido, a única base jurídico-constitucional possível, ainda que inadequada, seria o princípio da dignidade da pessoa humana postulado no artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa, por estarem em causa deveres éticos do Homem, inerentes a uma sociedade solidária e justa. A admissibilidade deste preceito como bem jurídico do crime em questão será abordada de seguida.

VII) Proteção Indireta

O problema das teses que defendem a proteção direta dos animais é a falta de compatibilidade com a nossa ordem jurídico-constitucional e com os direitos e interesses que à luz desta são dignos de tutela penal. Para além disto, ao analisar a norma do artigo 387.º do Código Penal percebemos que a intenção legislativa foi a de proteger o bem-estar animal, mas limitando essa proteção aos animais domésticos, o que leva a crer que por trás da incriminação

ainda se encontra uma ligação ao ser humano. Neste sentido, pretendemos analisar a possibilidade de existir um fundamento indireto na nossa Constituição que legitime a incriminação de maus-tratos a animais de companhia.

» Dignidade da Pessoa Humana

O primeiro fundamento de proteção indireta dos animais de companhia que pretendemos analisar é o da dignidade da pessoa humana. Como já referimos, o artigo 387.º do Código Penal contempla uma proteção dos animais que parece ainda fundar-se numa certa relação que este tem com o ser humano ao proteger exclusivamente os animais domésticos. Por isso há quem considere que o bem jurídico que fundamenta a incriminação é a própria dignidade humana. Neste caso não está em causa a dignidade do animal, mas sim a dignidade do próprio maltratante, que é colocada em causa quando este maltrata um animal.

Com o objetivo de aferir a legitimidade deste fundamento, importa-nos averiguar se a conduta de maltratar animais domésticos pode ferir a dignidade do maltratante. Vejamos. O princípio da dignidade da pessoa humana consagrado no artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa foi influenciado pela noção Kantiana de dignidade, que via o ser humano como um fim em si mesmo, com autonomia moral e capacidade de autorresponsabilização⁴⁸. No entanto, sempre se verificou uma grande dificuldade na definição das situações concretas em que a dignidade do ser humano é colocada em risco. Com o objetivo de facilitar a interpretação deste princípio, desenvolveram-se duas visões: a liberal-individual e a comunitarista-social⁴⁹. A primeira relaciona-se com a liberdade e autonomia individual do indivíduo e defende que a dignidade do ser humano é garantida quando estão asseguradas as condições essenciais para alcançar a sua total liberdade e autonomia. Já no que diz respeito à segunda visão, a liberdade não é o elemento central da dignidade, mas sim os valores da comunidade, que podem permitir a limitação de liberdade do indivíduo para a proteção da sua própria dignidade. Não podemos deixar de referir que consideramos que a primeira visão é a que melhor se adequa com as exigências do princípio, que se devem guiar por garantir ao indivíduo a maior liberdade possível para alcançar a sua total autonomia, não obstante a relevância que a segunda visão poderá ter em determinados casos. Posto isto, para analisar se

⁴⁸ NOVAIS, Jorge Reis de, 2018, *A dignidade da pessoa humana - vol. I - Dignidade e Direitos Fundamentais*, 2ª edição, Almedina, pp. 43 e seguintes.

⁴⁹ ALBERGARIA, Pedro Soares de/LIMA, Pedro Mendes, 2012, ‘O crime de lenocínio entre o moralismo e o paternalismo jurídicos’, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, vol. 22 (n.º 2), pp. 24 e 25.

a conduta de maus-tratos a animais de companhia viola a dignidade do maltratante, consideramos importante discutir a problemática de acordo com estas duas posições. De acordo com a primeira visão, não vemos como é que a conduta de maus-tratos a animais de companhia conflita com a capacidade de autonomia do agente, nem como é que a sua proibição permite uma maior liberdade e autonomia do maltratante. No que concerne à segunda visão, para afirmarmos que a dignidade do maltratante está a ser violada, teríamos de considerar que existem valores enraizados na sociedade contra os maus-tratos a animais que pudessem justificar a limitação de liberdade do indivíduo. No entanto, esta última visão abre portas a modelações de comportamentos consoante o que se entenda ser um valor da comunidade que justifique essa limitação da liberdade. Não obstante a importância que os animais têm na vida do ser humano, considerar que maltratar um animal de companhia degrada a dignidade do maltratante a um ponto que se justifique a limitação da sua própria liberdade é, a nosso ver, apenas uma imposição do que a sociedade considera ser correto, ou não. Neste sentido, a utilização da visão comunitarista-social da dignidade permite a criação de incriminações moralistas, que tentam evitar a “*degradação moral do agente*” e pretendem a “*promoção coerciva de formas de comportamento objetivamente mais virtuosas ou valiosas*”⁵⁰, o que se torna bastante perceptível no nosso caso. Como referem PEDRO ALBERGARIA SOARES e PEDRO LIMA⁵¹, a tentativa de utilizar o princípio da dignidade da pessoa humana como fonte de deveres auto referentes é uma das maiores críticas que se apresenta à sua utilização como bem jurídico.

Posto isto, não podemos se não concluir pela impossibilidade de fundamentar a incriminação do artigo 387.º do Código Penal com o princípio da dignidade da pessoa humana postulado no artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa.

O Tribunal Constitucional⁵² vem ainda descartar a possibilidade do artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa fundamentar a incriminação de maus-tratos a animais de companhia não pelo que acima foi exposto, mas pela consideração de que a dignidade da pessoa humana não pode ser utilizada como fundamento exclusivo de uma incriminação⁵³.

⁵⁰ ALBERGARIA, Pedro Soares de/LIMA, Pedro Mendes, 2016, “Sete vidas: a difícil determinação do bem jurídico protegido nos crimes de maus-tratos e abandono de animais”, *Revista Julgar*, n.º 28, p. 147.

⁵¹ ALBERGARIA, Pedro Soares de/LIMA, Pedro Mendes, 2016, “Sete vidas: a difícil determinação do bem jurídico protegido nos crimes de maus-tratos e abandono de animais”, *Revista Julgar*, n.º 28, pp. 147 e 148.

⁵² Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 867/2021.

⁵³ Julgamos que esta foi uma forma simples e eficaz de descartar este fundamento por parte do Tribunal Constitucional, mas que se incompatibiliza com outras decisões proferidas pelo mesmo tribunal, como é o caso do Acórdão n.º 144/04 referente à prática de lenocínio, onde o mesmo tribunal considerou que o bem jurídico que a incriminação visava proteger era a dignidade da pessoa que se prostituía.

Deste modo, consideramos que a argumentação que deve presidir à rejeição deste princípio como fundamento da incriminação não é a impossibilidade deste princípio ser considerado um bem jurídico, pelo já exposto anteriormente, mas sim que a conduta em questão não viola a dignidade do maltratante.

» Vida, Integridade Física e Património

Na procura por um fundamento indireto que legitime o crime de maus-tratos a animais de companhia, surge também uma tese que defende que na base da incriminação está a proteção da vida, integridade física e património do ser humano. Deste modo, estariam em causa os artigos 24.º, 25.º e 62.º da Constituição da República Portuguesa.

Esta tese defende a ideia de que a proteção dos animais contra maus-tratos visa de modo indireto a proteção dos seres humanos contra possíveis agressões, pois associa a capacidade do ser humano de infligir sofrimento aos animais com a capacidade de o fazer a si e a outros seus iguais. A afirmação de que os deveres para com os animais advêm de deveres indiretos para com o ser humano é alicerçada no pensamento filosófico de diversos autores, em especial São Tomás de Aquino⁵⁴ e Kant⁵⁵. Para os autores que defendem esta linha de pensamento⁵⁶, existe um nexó empírico que demonstrem uma associação entre estas condutas⁵⁷, a verdade é que a simples ligação entre uma ação e outra não são por si suficientes para legitimar esta incriminação. Isto é, se este for o fundamento da norma do artigo 387.º do Código Penal, estamos perante um crime de perigo abstrato que não requer a verificação de um dano ao bem

⁵⁴ Veja-se no artigo de FERREIRA, Sandro de Souza, 2008, "A condição animal na filosofia de Tomás de Aquino", *Revista Controvérsia Unisinos*, v. 4, n.º 1 (Jan.-Jun.), pp. 11 a 17, disponível em: <https://revistas.unisinos.br/index.php/controversia/article/view/7023> (10.04.2023), onde se lê que São Tomás de Aquino considerava que no Homem existe um duplo afeto: o racional e o passional, e neste segundo refere a paixão da misericórdia que advém de sofrimentos alheios, e que os animais também sofrem, o que faz com que nasça no Homem o sentimento de misericórdia em relação aos animais.

⁵⁵ Veja-se no texto de ALTMAN, Mathew C., 2011, *Kant and Applied Ethics – The Uses and Limits of Kant's Practical Philosophy*, Willey-Blackwell, Oxford, pp. 13 a 44, onde o autor explica que Kant considerava que as obrigações dos seres humanos para com os animais irracionais não são muito diferentes das que tem para consigo mesmo, a única diferença é que os deveres dos seres humanos para com outro são diretos, enquanto que os deveres para com os animais são apenas indiretos, pois representam um dever para com nós mesmos. Neste sentido, a ideia é a de que praticar maus-tratos a animais torna o ser humano mais propenso a praticar maus-tratos sobre si mesmo, pois a desconsideração pelo sofrimento dos animais leva a uma desconsideração pelo sofrimento de todos os seres.

⁵⁶ Neste sentido, STERNBERG-LIEBEN, Detlev, 2016, "Bien jurídico, proporcionalidade y libertad del legislador penal", in *La teoría del bien jurídico - Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático*, (org.) Hefendehl/Hirsch/Wohlers, Marcial Pons, Madrid, p. 112, n. 13.

⁵⁷ Pode ver-se alguns destes estudos em ALTMAN, Mathew C., op. cit., p. 38, nota 10.

jurídico. No entanto, este tipo de crime, por não exigir um dano efetivo, vê a sua admissibilidade condicionada por requisitos exigentes, justificados pela sua perigosidade, ao permitir a restrição de liberdade de um indivíduo sem a verificação de um dano. O Tribunal Constitucional pronunciou-se sobre a legitimidade dos crimes de perigo abstrato⁵⁸, referindo que o preenchimento do critério da necessidade, inerente ao princípio do direito penal do bem jurídico, depende da razoabilidade da antecipação da tutela penal, ou seja, de as ações terem uma aptidão geral para serem elementos do processo causal dos danos infligidos aos bens jurídicos em questão. Isto quer dizer que, para a admissibilidade desta incriminação como crime de perigo abstrato, é imperativo a verificação do nexo causal entre a prática de maus-tratos a animais de companhia e a prática de violência contra o ser humano. No nosso entendimento, e não obstante os estudos empíricos que demonstram uma certa associação entre as duas condutas, esta relação causal não se encontra suficientemente comprovada para legitimar a incriminação. A verificação de que um indivíduo infligiu sofrimento injustificado a um animal e também a um ser humano, não é suficiente para demonstrar que um levará certamente ao outro. Neste sentido, se fossem possíveis “*meras associações de potenciais danos a determinadas condutas, então a expansão do direito penal de base moralista seria óbvia (...)*”⁵⁹, verificar-se-iam inúmeras criminalizações fundadas numa possibilidade de dano extremamente longínqua.

Concluimos pela inadmissibilidade destes bens jurídicos como fundamento da incriminação de maus-tratos a animais de companhia, por violação do princípio da necessidade, inerente ao princípio do direito penal do bem jurídico, que exige uma relação causal entre o perigo e o dano, razoavelmente comprovada para que um crime desta natureza possa ser legítimo, o que não se verifica.

» Sentimentos (humanos)

Por último, mas não menos relevante, surge-nos uma tese que defende que o bem jurídico protegido pela incriminação de maus-tratos a animais são os sentimentos humanos. Esta posição vem alegar que o que fundamenta a tutela penal dos animais são os sentimentos de amor, compaixão, solidariedade e de empatia, que os seres humanos têm para com os

⁵⁸ Veja-se os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 426/91 e 95/2011.

⁵⁹ ALBERGARIA, Pedro Soares de/LIMA, Pedro Mendes, 2016, “Sete vidas: a difícil determinação do bem jurídico protegido nos crimes de maus-tratos e abandono de animais”, *Revista Julgar*, n.º 28, p. 151.

animais. Os defensores deste entendimento⁶⁰ afirmam que a convicção socialmente dominante e culturalmente enraizada de que não se deve infligir dor aos animais é o que legitima o sentimento de indignação dos seres humanos perante maus-tratos a animais.

Antes de analisar a viabilidade desta tese no nosso ordenamento jurídico, não podemos deixar de mencionar a sua especial aptidão para fundamentar a incriminação do artigo 387.º do Código Penal. O crime de maus-tratos a animais é restringido aos animais de companhia, o que, como já tivemos oportunidade de referir, demonstra que existe uma certa ligação com o ser humano. A tese em análise explicaria essa restrição, visto ser com os animais de companhia que os seres humanos têm uma relação mais próxima e afetiva que lhes permite criar compaixão e empatia para com eles.

Não obstante a capacidade desta tese para fundamentar a restrição feita pelo nosso legislador aos animais de companhia, esse aspeto não é suficiente para aferir da sua legitimidade, o que exige que analisemos alguns dos problemas que podem surgir no caso de este ser o fundamento da incriminação.

O primeiro argumento apresentado para contestar esta tese, e que a deixaria cair por completo, é o facto de ela favorecer os sentimentos da maioria, em oposição aos da minoria, o que é incompatível com a função do direito penal de proteger as minorias contra maiorias abusivas. Nesta linha de pensamento, se a maioria dos cidadãos tivesse um sentimento de escândalo perante atos homossexuais ou se sentissem extremamente ofendidos pela crítica à sua religião, então a homossexualidade e a blasfémia deviam ser punidos. Com o objetivo de ultrapassar este problema e de responder às críticas, GIMBERNART ORDEIG⁶¹, o principal impulsionador desta tese, vem defender que só os sentimentos legítimos são dignos de tutela penal, isto é, só devem ser tutelados os sentimentos que não entrem em colisão com nenhum outro direito constitucionalmente reconhecido. Assim, o sentimento de indignação que advém dos maus-tratos a animais seria legítimo por não existir nenhum direito a maltratar a animais que conflituasse com este sentimento. No entanto, resolvida esta questão, existem outros problemas práticos que se colocam. Vejamos.

Os defensores desta tese consideram que o que fundamenta a incriminação é o sentimento de compaixão e solidariedade que o ser humano sente para com os animais, mas não esclarecem quando é que este sentimento é afetado. Se considerarmos que este é o

⁶⁰ ORDEIG, Enrique Gimbernat, 2016, ''Presentación'', in *La teoría del bien jurídico - Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático*, (org.) Hefendehl/Hirsch/Wohlens, Marcial Pons, Madrid, pp. 16 e seguintes.

⁶¹ ORDEIG, Enrique Gimbernat, op cit., pp. 17 e 18.

fundamento da norma do artigo 387.º do Código Penal, estamos perante um bem jurídico coletivo que é violado independentemente de quem seja afetado. No entanto, concordamos com PEDRO ALBERGARIA SOARES e PEDRO MENDES LIMA⁶² quando afirmam que, na realidade, estamos perante um bem jurídico falsamente coletivo. Os sentimentos são uma realidade individual de cada um, que, apesar de poderem ser generalizados na comunidade, só são percecionados individualmente, o que faz deles bens jurídicos individuais. Neste sentido, parece-nos que se estamos perante bens jurídicos individuais, o sentimento de compaixão apresentado como fundamento da incriminação só é colocado em causa quando alguém seja efetivamente afetado pela conduta em questão. Deste modo, um conhecimento potencial dos maus-tratos a animais não seria suficiente para justificar esta punição, o que parece demonstrar uma incompatibilidade com a norma do artigo 387.º do Código Penal que pune todos os atos, incluindo os praticados em segredo.

Seguindo esta linha de pensamento, surge-nos então outro problema: esta teoria pretende punir o ato de maus-tratos ou a divulgação desses atos? Se o bem jurídico é o sentimento de compaixão perante os animais, e esse sentimento só é ofendido quando existe uma efetiva perceção dos maus-tratos por alguém, deveria ser ao ato de divulgação que se associaria o desvalor e a conseqüente violação do bem jurídico. No entanto, parece-nos que o que se pretende realmente punir é a conduta de maltratar um animal, e não a sua divulgação, o que conflitua com a afirmação de que o bem jurídico protegido é o sentimento de compaixão e solidariedade. Se colocarmos esta hipótese como possível bem jurídico do artigo 387.º do Código Penal, imediatamente nos apercebemos da sua inaptidão como fundamento. O crime de maus-tratos a animais de companhia pune todos os maus-tratos, mesmo os praticados em segredo e independentemente de quem seja afetado, o que não é abrangido pela proteção conferida por esta tese.

Procurámos descartar esta tese pela sua incompatibilidade material com o crime de maus-tratos a animais de companhia que, apesar de justificar a restrição aos animais domésticos, não consegue explicar razoavelmente os casos de maus-tratos a animais de companhia que são praticados em segredo, e que também são puníveis. No entanto, mesmo que este fundamento fosse materialmente adequado a fundamentar a respetiva incriminação, dificilmente passaria nos critérios formais associados ao princípio do direito penal do bem jurídico, como veremos de seguida.

⁶² ALBERGARIA, Pedro Soares de/LIMA, Pedro Mendes, 2016, “Sete vidas: a difícil determinação do bem jurídico protegido nos crimes de maus-tratos e abandono de animais”, *Revista Julgar*, n.º 28, p. 153.

Se os sentimentos legítimos de compaixão e solidariedade para com os animais fossem materialmente aptos a legitimar esta incriminação, a única base jurídica possível seria o artigo 1.º ou o artigo 26.º da Constituição da República Portuguesa. A hipótese de ser o princípio da dignidade da pessoa humana a fundamentar a incriminação do artigo 387.º do Código Penal, foi já descartada num capítulo anterior. Cumpre-nos analisar a possibilidade de a norma do artigo 26.º da Constituição da República Portuguesa, onde se encontra consagrado o direito ao desenvolvimento da personalidade, fundamentar a incriminação de maus-tratos a animais de companhia. Não obstante a capacidade da norma para servir de base jurídica para os casos em que os sentimentos legítimos de compaixão e solidariedade são ofendidos, a verdade é que não é capaz de fundamentar os casos em que os maus-tratos são cometidos em segredo e são ainda assim punidos. Deste modo, verifica-se uma impossibilidade do artigo 26.º da Constituição da República Portuguesa ser o fundamento do artigo 387.º do Código Penal, pois este último pune situações que não conflituam com o livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo e que ficam sem qualquer tipo de suporte constitucional.

Por último, e depois de expostos os motivos materiais e formais que nos levaram a descartar a possibilidade de a tese dos sentimentos legítimos fundamentar o crime de maus-tratos a animais de companhia, existem outros argumentos que nos colocariam de pé atrás com esta hipótese.

A teoria do bem jurídico procurou desde sempre fugir às vontades das maiorias, propensas a visões moralistas, que pretendem inúmeras vezes modelar comportamentos por via do argumento da maioria. É neste sentido que a teoria do bem jurídico tem como objetivo servir de padrão crítico à norma, criando critérios prévios à ação do legislador, para que este não se permita influenciar por valores morais apresentados como convicções gerais enraizadas na sociedade que o direito deveria tutelar. O problema surge quando se pretende criminalizar condutas que não se compatibilizam com o princípio do direito penal do bem jurídico, mas que reúnem por parte da sociedade um consenso generalizado no sentido da sua criminalização, como é o caso dos maus-tratos a animais. A verdade é que, na sua grande maioria, a população considera que maltratar um animal de companhia é uma conduta censurável e que o direito penal deve intervir nestes casos. No entanto, não nos parece que seja a função do direito penal tutelar sentimentos, ainda que legítimos. A possibilidade de os sentimentos servirem de fundamento a uma incriminação iria apenas criar uma enorme insegurança jurídica numa área do direito que batalha por assegurar a maior segurança jurídica possível.

Nesta linha de pensamento, parece-nos que a possibilidade de sentimentos legítimos poderem representar um bem jurídico deve ser totalmente descartada, quer por não se

compatibilizar com a nossa ordem jurídica, quer por abrir portas à moral e a um direito simbólico, que procura apenas responder às exigências momentâneas da sociedade.

VIII) Conclusão

Na presente dissertação procurámos analisar a evolução da proteção jurídica concedida aos animais, cujo expoente máximo foi a incriminação dos maus-tratos a animais de companhia. Depois de analisado o processo legislativo que levou à consagração do artigo 387.º do Código Penal, apercebemos-mos que a sua realização se deveu, em grande parte, à enorme pressão exercida pela sociedade. Para além disto, constatou-se que um dos grandes problemas associados a esta incriminação é a restrição que a norma faz aos “*animais de companhia*”, que advém do fraco consenso legislativo no alargamento da incriminação a todos os animais. Deste modo, consideramos que a norma do artigo 387.º do Código Penal foi consagrada com o objetivo de punir os maus-tratos a animais, mas ao fazê-lo apenas em relação aos animais de companhia, estabeleceu-se uma proteção jurídica que, de certo modo, ainda se relaciona com o ser humano. Parece-nos ser esta a principal causa da dificuldade sentida na procura de um fundamento legítimo para esta incriminação.

Inicialmente, ao procurarmos um fundamento jurídico-constitucional direto de proteção dos animais, constatámos que a Lei Fundamental não protege os animais enquanto indivíduos, mas apenas como parte integrante do ambiente, o que nos levou a concluir pela impossibilidade de existir uma proteção direta dos animais. A admissibilidade de uma proteção direta ficará sempre dependente de uma referência na nossa Lei Fundamental como a que existe no ordenamento jurídico-constitucional alemão desde 2002.

De seguida, procurou-se um fundamento indireto que se fundasse ainda numa perspetiva antropocêntrica. No entanto, e não obstante a referência da norma aos animais de companhia e a relação que se estabelece com o ser humano, a intenção do legislador não foi necessariamente restringir a proteção a esses animais. Foi antes a falta de consenso legislativo que originou esta restrição. Contudo, consideramos que não existe um fundamento jurídico-constitucional que permita a proteção indireta dos animais.

Concluimos assim pela inexistência de qualquer fundamento jurídico-constitucional, direto ou indireto, que se encontre apto a legitimar a norma à luz do princípio do direito penal do bem jurídico. Não quer isto dizer que os maus-tratos a animais não possam ser alvo de tutela penal, mas sim que, atualmente, não é possível encontrar na nossa Lei Fundamental um bem jurídico capaz de fundamentar a norma do artigo 387.º do Código Penal.

IX) Bibliografia

- ALBERGARIA, Pedro Soares de/LIMA, Pedro Mendes, 2012, “O crime de lenocínio entre o moralismo e o paternalismo jurídicos”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, vol. 22 (n.º 2), pp. 201 a 260.
- ALBERGARIA, Pedro Soares de/LIMA, Pedro Mendes, 2016, “Sete vidas: a difícil determinação do bem jurídico protegido nos crimes de maus-tratos e abandono de animais”, *Revista Julgar*, n.º 28, pp. 125 a 169.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, 2021, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª ed. atualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa.
- ALTMAN, Mathew C., 2011, *Kant and Applied Ethics: The Uses and Limits of Kant's Practical Philosophy*, Willey Blackwell, Oxford.
- ALVES, Pedro Delgado, 2015, "Desenvolvimentos recentes da legislação sobre animais em Portugal: uma breve crónica legislativa" in *Animais: Deveres e Direitos*, (coord.) Maria Luísa Duarte e Carla Amado Gomes, Lisboa, ICJP, e-book disponível: https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_animais_deveres_direitos_2015.pdf (12.02.2023), pp. 3 a 32.
- ANTUNES, Fátima Cristina Marques, 2019, “Crimes Contra Animais de Companhia. Enquadramento Jurídico, Prática e Gestão Processual” in *Crimes Contra Animais de Companhia*, (org.) Centro de Estudos Judiciários, 1ª Edição, Lisboa, e-book disponível em: https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=os8kP8Ohy_o%3D&portalid=30 (7.02.2023), pp. 77 a 114.
- ARAGÃO, Alexandra, 2016, *Parecer sobre as iniciativas legislativas relativas ao estatuto jurídico e regime sancionatório dos animais*, disponível em: www.parlamento.pt (29.03.2023).
- BECHARA, Ana, 2009, “O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual”, *Revista Liberdades*, ICCBRIM, n.º 1 (maio-agosto), disponível em: <https://ibccrim.org.br/publicacoes/redirecionalituraPDF/7214> (13.03.2023), pp. 16 a 29.
- BRITO, Teresa Quintela de, 2016, “Crimes contra os animais: os novos projetos-lei de alteração do código penal”, *Anatomia do Crime*, n.º 4 (Jul.-Dez.), pp. 95 a 131.

- CANOTILHO, J.J. Gomes/MOREIRA, Vital, 2007, *Constituição da República Portuguesa Anotada* – Vol. I, 4ª edição revista, Coimbra Editora.
- Conselho Superior de Magistratura, 2014, *Parecer sobre os Projetos de Lei n.º 474/XII/3.ª (PS) e 475/XII/3.ª (PSD)*, disponível em: www.parlamento.pt (12.02.2023).
- DIAS, Figueiredo, 2016, “O ‘direito penal do bem jurídico’ como princípio jurídico-constitucional implícito - à luz da jurisprudência constitucional portuguesa”, in *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 31 a 46.
- DIAS, Figueiredo, 2019, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões fundamentais – A Doutrina Geral do Crime*, 3ª edição, Coimbra: Coimbra Editora.
- DUARTE, Maria Luísa, 2015, “Direito da União Europeia e estatuto jurídico dos animais: uma grande ilusão”, in *Animais: Deveres e Direitos*, (coord.) Maria Luísa Duarte e Carla Amado Gomes, Lisboa, ICJP, e-book disponível: https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_animais_deveres_direitos_2015.pdf (10.02.2023), pp. 33 a 48.
- FARIAS, Raúl, 2015, “Dos crimes contra animais de companhia – breves notas” in *Animais: Deveres e Direitos*, (coord.) Maria Luísa Duarte e Carla Amado Gomes, Lisboa, ICJP, e-book disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_animais_deveres_direitos_2015.pdf (19.03.2023), pp. 139 a 152.
- FERREIRA, Sandro de Souza, 2008, “A condição animal na filosofia de Tomás de Aquino”, *Revista Controvérsia Unisinos*, v.4, n.º 1 (Jan.-Jun), disponível em: <https://revistas.unisinos.br/index.php/controversia/article/view/7023> (10.04.2023), pp. 11 a 17.
- GARCÍA, Esther Hava, 2016, “La protección del bienestar animal a través del derecho penal.” in *La teoría del bien jurídico - fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, (org.) Hefendehl/Hirsch/Wohlers, Marcial Pons, Madrid, pp. 259 a 304.
- GOMES, Carla Amado, “Desporto e Proteção dos animais: por um pacto de não agressão”, ICJP, disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/cej-animais_revisto.pdf.
- GOMES, Carla Amado, 2015, “Direitos dos Animais: Um Ramo Emergente?”, *Revista Jurídica Luso Brasileira*, ano 1 (n.º 2), pp. 359 a 380.

- GOUVEIA, Jorge Bacelar, 2000, “A prática de tiro aos pombos, a nova Lei de Proteção dos Animais e a Constituição Portuguesa”, *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 13, pp. 231 a 296.
- GRECO, Luís, 2010, “Proteção de bens jurídicos e crueldade contra animais”, *Revista Liberdades*, n.º 3 (jan.-abril), disponível em: <https://ibccrim.org.br/publicacoes/redirecionalLeituraPDF/7237>, pp. 47 a 59.
- MARQUES, Francisco Paes, 2006, “O primado do Direito da União Europeia: fundamento e limites” in: *Constitucionalismo Europeu em Crise? - Estudos sobre a Constituição Europeia*, (coord.) Ana Maria Guerra Martins, AAFDL, Lisboa, pp. 163 a 235.
- NEUMANN, Ulfried, 2012, “Bem Jurídico, Constituição e os limites do Direito Penal” in *Direito Penal como crítica da pena: Estudos em Homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º aniversário em 2 de Setembro de 2012*, (org.) Luís Greco e António Martins, Marcial Pons, Madrid, pp. 519 a 532.
- NOVAIS, Jorge Reis de, 2018, “A dignidade da pessoa humana – vol. I – Dignidade e Direitos Fundamentais”, 2ª edição, Almedina.
- ORDEIG, Enrique Gimbernat, 2016, “Presentación”, in *La teoría del bien jurídico - fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, (org.) Hefendehl/Hirsch/Wohlers, Marcial Pons, Madrid, pp. 11 a 22.
- OSÓRIO, Rogério, 2016, “Dos crimes contra os animais de companhia – Da problemática em torno da Lei 69/2014, de 29 de Agosto – O direito da carraça sobre o cão”, *Revista Julgar (Online)*, disponível em: <http://julgar.pt/author/rogerio-osorio/> (12.02.2023).
- REGAN, Tom, 2011, “Objecções e Respostas”, in *Os animais têm Direitos? Perspetivas e Argumentos*, (org. e trad.) Pedro Galvão, Dinalivro, Lisboa, pp. 51 a 62.
- 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) jan.-março, pp. 7 a 43.
- Portugal Center for Animal Law and Ethics, 2003, *Proposal for the Introduction of the Protection of Animals in the Constitution of the Portuguese Republic*, disponível em: <https://www.animallaw.info/article/proposal-introduction-protection-animals-constitution-portuguese-republic> (29.03.2023).
- STERNBERG-LIEBEN, Detlev, 2016, “Bien jurídico, proporcionalidade y libertad del legislador penal”, in *La teoría del bien jurídico - fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, (org.) Hefendehl/Hirsch/Wohlers, Marcial Pons, Madrid, pp. 101 a 122.

VÁLDAGUA, Maria da Conceição, 2021, “O CRIME DE MAUS TRATOS A ANIMAIS DE COMPANHIA”, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 7 (n.º 2), pp. 1139 a 1178.

X) Jurisprudência

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 25/84, de 19.03.1984 (Costa Aroso), in www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 426/91, de 06.11.1991 (Sousa e Brito), in www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 288/98, de 17.04.1998 (Luís Nunes de Almeida), in www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 604/99, de 09.11.1999 (Tavares da Costa), in www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 312/00, de 20.06.2000 (Vítor Nunes de Almeida), in www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 516/00, de 29.11.2000 (Maria Helena Brito), in www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 144/2004, de 10.03.2004 (Maria Fernanda Palma), in www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 617/2006, de 15.11.2006 (Maria Fernanda Palma), in www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 75/2010, de 23.02.2010 (Joaquim de Sousa Ribeiro), in www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 95/2011, de 16.02.2011 (Ana Guerra Martins), in www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 377/2015, de 27.07.2015 (Maria Lúcia Amaral), in www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 134/2020, de 03.03.2020 (Lino Rodrigues Ribeiro), in www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 867/2021, de 10.11.2021 (Lino Rodrigues Ribeiro), in www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 344/2022, de 12.05.2022 (Gonçalo de Almeida Ribeiro) in www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 781/2022, de 17.11.2022 (Lino Rodrigues Ribeiro), in www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 843/2022, de 20.12.2022 (Maria Benedita Urbano), in www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 23.05.2019 (Fernando Estrela), in www.dgsi.pt

Supreme Court of Israel, Let the Animals Live v. Hamat Gader, (Justice M. Cheshin), 22.06.1997, in <https://www.animallaw.info/case/let-animals-live-v-hamat-gader-recreation-enterprises>