

*Apontamento sobre o regime da ocupação de animais**

PROF. DOUTOR HENRIQUE SOUSA ANTUNES

O tema da ocupação de animais encontrou no estatuto jurídico aprovado pela Lei n.º 8/2017, de 3 de março, acrescidos motivos de interesse. As principais alterações consistem na revogação do artigo 1321.º do Código Civil e na revisão do artigo 1323.º desse diploma. Lembra-se o que dispunha o artigo 1321.º, sobre animais ferozes fugidos: «Os animais ferozes e maléficos que se evadirem da clausura em que seu dono os tiver podem ser destruídos ou ocupados livremente por qualquer pessoa que os encontre».

O legislador manteve o conceito de ocupação que se descobre na versão originária do Código Civil, autonomizando, porém, das coisas a referência aos animais: «Podem ser adquiridos por ocupação os animais e as coisas móveis que nunca tiveram dono, ou foram abandonados, perdidos ou escondidos pelos seus proprietários, salvas as restrições dos artigos seguintes» (artigo 1318.º do Código Civil). A noção de ocupação é, como se sabe, ampla, abrangendo a ocupação em sentido estrito e o achamento. O tema, clássico, não justifica, agora, nova reflexão.

Afigura-se que a Lei n.º 8/2017 só parcialmente foi sensível à sensibilidade dos animais que fundamentou a revisão legislativa. Segundo o artigo 1.º, «a presente lei estabelece um estatuto jurídico dos animais, reconhecendo a sua natureza de seres vivos dotados de sensibilidade». Eis, crê-se, a razão da revogação, referida, do artigo 1321.º do Código Civil.

A opção não é isenta de dificuldades. A intenção legislativa não elimina a justificação da lesão mortal de um animal feroz por estado de necessidade, mas

* Este texto serviu de base à nossa intervenção nos “Encontros de Direito Civil” sobre o novo Estatuto Jurídico dos Animais, evento realizado na Faculdade de Direito de Coimbra (19 de abril de 2018).

o recurso a essa causa de exclusão de ilicitude leva o agente para os difíceis caminhos da demonstração dos pressupostos respetivos: o animal não é uma coisa; também não é, porém, um bem pessoal; esse *tertium genus* integrará os bens sacrificáveis, pensa-se; difícil é a formulação do juízo de adequação: o que é o perigo de um dano manifestamente superior?

Considerando os termos da indemnização devida em caso de lesão ou morte de animal (artigo 493.º-A do Código Civil), é possível concluir que a prevalência do bem-estar do animal sobre o seu valor pecuniário (n.º 2) e os reflexos não patrimoniais do dano na esfera do seu proprietário (n.º 3) diluem a resposta que a natureza dos bens permitiria. Assim, afigura-se possível conceber que a salvaguarda da vida do animal exclua a licitude da conduta do agente para defesa de ferimentos ligeiros. Nesse contexto, parece dificilmente aceitável a solução legal da exclusão de legitimidade da ocupação livre quando o animal se apresenta em liberdade natural.

Reflexões aprofundadas merece, entretanto, o regime geral dos animais perdidos depois da revisão de 2017. Trata-se do artigo 1323.º do Código Civil, na sua versão atual.

O legislador manteve o prazo para a aquisição da propriedade. Sem distinguir entre animal e coisa, «o achador faz seu o animal ou a coisa perdida, se não for reclamada pelo dono dentro do prazo de um ano, a contar do anúncio ou aviso» (n.º 4). Nessa opção, descobrimos várias questões que a reforma legitimou.

O animal não é uma coisa, porque é dotado de sensibilidade. A passagem do tempo não é, pois, indiferente à situação daquele. Que deveres tem o achador para com o animal durante esse período? A vinculação afetiva de um animal de estimação ao novo cuidador pode acontecer, e tantas vezes acontecerá, em momento anterior ao decurso do prazo de um ano. Se o legislador entendeu relevante destacar a sensibilidade do animal, pode permanecer indiferente à relação que entretanto se estabeleceu? Nesta, torna-se, ainda, importante o comprometimento emocional do achador em relação ao animal. É certo que este não lhe pertence, mas, pelas características do animal, permanece, apenas, um achador?

O parágrafo é sintetizável nos deveres e direitos do achador em relação ao animal. Constitui regime geral o que dispõe o artigo 201.º-D, do Código Civil, aditado em 2017: «Na ausência de lei especial, são aplicáveis subsidiariamente aos animais as disposições relativas às coisas, desde que não sejam incompatíveis com a sua natureza». Reforçando, no entanto, o equívoco sobre a distinção em causa, crê-se que, nalguns casos, a lei especial é em si mesma indiferente à especificidade da natureza que o legislador procurou resguardar.

Paradigmático é o n.º 6 do artigo 1323.º do Código Civil, ao dispor que o «achador não responde, no caso de perda ou deterioração do animal ou da coisa, senão havendo da sua parte dolo ou culpa grave». Pergunta-se: e o bem-estar do animal, que o legislador cautelosamente prosseguiu com a norma sobre a propriedade de animais (artigo 1305.º-A do Código Civil). É suspenso durante um ano? Impõe-se uma resposta negativa. Então, o que dizer?

Observe-se, desde já, que, apesar da emergência dos conceitos de lesão e de morte de animal (artigo 493.º-A do Código Civil), o artigo 1323.º manteve a referência a perda ou deterioração deste. Cremos que, sem prejuízo da crítica que essa desconformidade formal mereça, a equivalência de conceitos é evidente. Talvez se deva, no entanto, notar que a natureza dos animais permite alargar o conceito de perda à fuga e não apenas à morte.

O artigo 1323.º do Código Civil, mesmo na versão originária do preceito, parece estar em desarmonia com o estatuto que, na sua ausência, seria aplicável ao achador. Falamos da gestão de negócios. A exclusão de responsabilidade é uma solução que o artigo 466.º do Código Civil, sobre o dever de indemnizar do gestor, desconhece. A homenagem ao altruísmo da sua conduta aparece nos efeitos da gestão regular, que, de qualquer modo, exige a licitude do comportamento, ou seja, a ausência de um facto danoso censurável (mesmo de censura ligeira). Se a gestão foi irregular, permite o artigo 494.º do Código Civil uma graduação equitativa da indemnização.

Poder-se-á falar de uma gestão regular quando o animal morre por culpa do achador? É sabido que a gestão regular se verifica quando o gestor age em conformidade com o interesse e a vontade real ou presumível do dono do negócio (artigo 465.º, alínea *a*). Assim, é sabido que, se divergências há na doutrina a respeito da exigência da utilidade inicial da gestão para a aplicação das regras respetivas, inequívoco se apura o entendimento sobre a relevância do modo de execução para a determinação dos efeitos da atuação.

Repete-se: se o animal morre por negligência do achador há um comportamento ilícito e culposo que gera o dever de indemnizar. O regime da gestão de negócios tem de prevalecer sobre a solução do n.º 6 do artigo 1323.º. Afigura-se estranho que o estatuto jurídico dos animais tenha replicado uma solução que, manifestamente, não só desmotiva a conduta mais adequada ao bem-estar do animal, como parece repelir a vantagem que o regime tradicional da gestão de negócios assegura. O legislador, esquecendo o propósito que guiou a aprovação do estatuto jurídico em análise, equiparou, mal, os animais às coisas. Em relação a estas, a preferência do regime do artigo 1323.º sobre a gestão de negócios não levantará objeções de maior.

Esta acrescida responsabilização do achador de animal não desconhece o aligeiramento da vinculação do gestor ao dever de indemnizar, em termos que

já são clássicos. Sabemos que, na apreciação da culpa, é significativa a doutrina que propõe a utilização do critério do homem em concreto, considerando a dimensão altruísta da gestão. E, no entanto, as imposições do artigo 1305.º-A do Código Civil nivelam a culpa em abstrato e a culpa em concreto. Há um dever funcionalizado ao bem-estar do animal, que escapa à dimensão pessoal da gestão dos assuntos próprios. E no exercício do direito de propriedade sobre os seus próprios animais, é, também, concebível a existência de direitos ou interesses reflexos que, lesados, justificariam um dever de indemnizar. O artigo 1793.º-A do Código Civil é, precisamente, uma expressão do que se escreve: «Os animais de companhia são confiados a um ou a ambos os cônjuges, considerando, nomeadamente, os interesses de cada um dos cônjuges e dos filhos do casal e também o bem-estar do animal».

Em nosso entender, conclui-se, a culpa leve é, ainda, fundamento de responsabilidade do achador de animal e a avaliação da conduta desse agente é feita de acordo com o critério da culpa em abstrato, do bom pai de família no exercício do direito de propriedade sobre o animal. Acrescente-se, entretanto, que, se as palavras têm um peso, mal andou o legislador ao manter a referência a deterioração de animal. Que se falasse de deterioração a respeito de animal morto bem se entenderia. Diversamente ocorre se, assumindo o propósito de um *tertium genus*, o animal está vivo. Há, antes, uma lesão, tal como configurada pelo artigo 493.º -A do Código Civil.

Outra evidência de uma equiparação entre as coisas e os animais de forma desajustada ao propósito da aprovação do estatuto jurídico descobre-se no modo de anúncio. Dispõe o artigo 1323.º, n.º 2 do Código Civil: «Se não souber a quem pertence o animal ou coisa móvel, aquele que os encontrar deve anunciar o achado pelo modo mais conveniente, atendendo ao seu valor e às possibilidades locais, e avisar as autoridades, observando os usos da terra, sempre que os haja». Havendo a disponibilização de sistemas de identificação e de recuperação dos animais parece insuficiente o preenchimento do dever referido na norma citada com a utilização, «quando possível», dos «meios de identificação acessíveis através de médico veterinário» (n.º 3). Se o legislador disse o que desejava, há uma condição de possibilidade associada ao recurso aos meios referidos. Entende-se, porém, que essa possibilidade se restringe à disponibilidade da pesquisa ou da informação, sem qualquer efeito acerca das circunstâncias subjetivas do cumprimento do dever. Melhor seria que a expressão “quando possível” fosse eliminada.

Neste contexto, relativo à desconformidade da lei especial com a especificidade da natureza do animal, assume particular relevância o prazo de aquisição do direito de propriedade por achamento. No artigo 1321.º do Código Civil, preceito, como se disse, entretanto revogado, a ocupação de animais ferozes

fugidos era livre e, portanto, imediata se apurava a aquisição da propriedade. É verdade que, como defendiam Pires de Lima e Antunes Varela, a estranheza da solução, por não haver abandono, se revelava superada pelo facto de a atribuição da propriedade do animal a quem o capturasse fomentar a captura e o afastamento do perigo, beneficiando o interesse coletivo ¹.

Outra seria, certamente, a motivação do legislador se solução equivalente fosse acolhida, em geral, a respeito dos animais. Em nosso entender, a submissão do estatuto do animal e do seu achador a um prazo de um ano a contar do anúncio ou do aviso é, no entanto, injustificável. Considerando os meios, atualmente, ao dispor para a procura de animais perdidos, é necessário reduzir o limbo a que a propriedade dos animais está sujeita.

O legislador é o primeiro a sacrificar o valor da segurança jurídica em razão do bem-estar do animal. Segundo o artigo 1323.º, n.º 7, do Código Civil, «o achador de animal pode retê-lo em caso de fundado receio de que o animal achado seja vítima de maus-tratos por parte do seu proprietário». Que implicações tem esta norma, em si e para a questão que agora nos convoca?

Avisado teria sido evitar a utilização do verbo reter, pois o significado técnico-jurídico da retenção descobre-se na existência de um crédito sobre a contraparte a quem o titular deve a entrega de uma coisa (artigo 754.º do Código Civil). Sempre seria um caso especial de retenção, pois o crédito diverge de despesas feitas por causa da coisa ou de danos por ela causados. O obstáculo mais notório reside, porém, na fundamentação da solução em causa diversa de um direito de crédito.

A aplicação do preceito é resguardada pela tutela criminal, designadamente pelo artigo 209.º do Código Penal (apropriação ilegítima de animal achado). A entrega só pode ser impedida se houver justificação fundada na proteção do ser vivo contra os maus-tratos do anterior proprietário. As situações duvidosas, de que nos dão conta Filipe Albuquerque Matos e Mafalda Miranda Barbosa, são insuficientes para a legitimação daquele comportamento². De outro modo, o agente sujeita-se a uma condenação penal. Assim sendo, a solução parece adequada, em proveito do bem-estar do animal. O seu alcance é, porém, incerto. Nas circunstâncias descritas, que posição jurídica tem o achador?

A oposição do achador só é congruente com o reconhecimento do direito de propriedade em seu benefício. Há uma aquisição automática do direito de propriedade, extinguindo a situação jurídica incompatível anterior. Retoma-se o que se disse. O direito de retenção pressupõe um crédito anterior que não

¹ Ver *Código Civil Anotado*, vol. III, 2.ª edição (com a colaboração de M. Henrique Mesquita), Coimbra, 1987, pág. 129.

² *O novo Estatuto Jurídico dos Animais*, Coimbra, 2017, págs. 113 e seguinte.

foi satisfeito, constituindo, desse modo, um direito real de garantia. Os factos de que depende a aplicação do artigo 1323.º, n.º 7, do Código Civil, são de interesse público, sem a especificidade que o conceito de obrigação exige (ver o artigo 397.º do Código Civil). Ora, esse interesse coletivo satisfaz-se pelo reconhecimento de uma posição dominial do achador sobre o animal e não pela atribuição de uma tutela de fim creditício, embora com efeitos reais.

Aliás, a articulação do direito de retenção com o direito de propriedade revelar-se-ia de difícil determinação. Em que momento seria legítimo executar a garantia? Quando é que se vence a obrigação? Que obrigação? Veja-se que o achador teria os deveres de um proprietário, seja pelo recurso ao regime da gestão de negócios nos termos a que antes aludimos, seja por aplicação do artigo 671.º, n.º 1, alínea a), do Código Civil, a respeito dos deveres do credor pignoratício («(...) guardar e administrar como um proprietário diligente a coisa empenhada, respondendo pela sua existência e conservação»), por remissão do artigo 758.º daquele diploma, sem as vantagens correspondentes. E se a propriedade fosse adquirida ao fim de um ano não teríamos, ainda assim, de lidar com a privação imposta ao anterior proprietário durante esse tempo? Ou seja, a segurança prestada pelo prazo não é, de qualquer forma, vencida pelos factos?

Acrescenta-se: havendo fundados receios de que o animal venha sofrendo maus-tratos, que legitimidade é possível reconhecer ao lesante enquanto proprietário? Pode, por exemplo, beneficiar do regime de indemnização que a lei prevê no artigo 493.º-A do Código Civil? E, depois, não é, agora, o direito de propriedade sobre os animais um poder-dever? O artigo 1305.º-A do Código Civil, designadamente o seu número 1, é inequívoco: «O proprietário de um animal deve assegurar o seu bem-estar e respeitar as características de cada espécie e observar, no exercício dos seus direitos, as disposições especiais relativas à criação, reprodução, detenção e protecção dos animais e à salvaguarda de espécies em risco, sempre que exigíveis».

Com tal horizonte por referência, é preferível manter a indicação de um prazo para a aquisição do direito de propriedade ou admitir a ocupação com a oposição ao anterior proprietário? Aceitando que a própria segurança jurídica é comprometida com a figura esdrúxula deste direito de retenção e que o direito penal dá um conforto à aplicação das regras do direito civil, é o bem-estar do animal a reclamar a aquisição do direito de propriedade no ato de oposição. A solução, pela sua proporcionalidade, não se revela inconstitucional, sem prejuízo da bondade das reflexões, a esse respeito, de Filipe Albuquerque Matos e Mafalda Miranda Barbosa³.

³ Ver *O novo Estatuto Jurídico dos Animais*, cit., pág. 114, nota 170.

Eis a primeira brecha na exigência do prazo de um ano para adquirir um animal por ocupação. E o que dizer, a esta luz, do regime geral? A salvaguarda do bem-estar do animal e a proteção da vinculação afetiva do achador argumentam em sentido favorável a uma solução mais expedita, acompanhando a natureza específica dos animais.

Neste sentido, deve ser atribuída relevância às medidas de identificação tomadas pelo proprietário do animal perdido. Se o proprietário conferiu publicidade ao seu direito, a reunião do animal com o dono antevê-se facilitada. Na hipótese inversa, é a assunção do risco congruente com a manutenção da propriedade durante um ano? A adoção de um critério de razoabilidade melhor acompanharia a diluição das fronteiras entre os animais perdidos e os animais abandonados. Se inexistente qualquer identificação do animal encontrado a associação ao abandono parece mais evidente do que relativamente às coisas perdidas. Certamente que o anúncio ou aviso deve ser efetuado, mas fica o achador em situação de gestão até perfazer um ano?

A experiência das organizações dedicadas a animais ditará, pensamos, tempos diferentes e, de qualquer modo, distinguindo entre animais identificados e animais não identificados. Se o proprietário é avisado, pois a identificação é possível, deverá a aquisição da propriedade implicar uma espera de oito, novo, dez, onze meses? Que interesse revela o anterior proprietário nestas circunstâncias? E se o animal não estiver identificado, havendo possibilidade de o fazer, que interesse revelou o proprietário de antemão?

Creemos que adequada seria a possibilidade de o achador fixar um prazo razoável para o exercício do direito de propriedade, findo o qual haveria uma ocupação. A resposta penal à apropriação ilegítima sempre confortaria a solução com a certeza de que ela, naturalmente, carece. No plano civil, seria, porventura, ajustado o estabelecimento legal de limites mínimos para a fixação do prazo, tomando por referência os padrões temporais das organizações acima mencionadas.

Finalmente, uma brevíssima nota para manifestar a estranheza com a revogação do prêmio que a lei atribuía ao achador de animal ou coisa móvel perdida, calculado em função do valor do achado no momento da entrega (artigo 1323.º, n.º 3, do Código Civil). Que benefício se extrai desta opção? Perde-se um incentivo, sem que a solução constituísse, porém, qualquer materialização das relações humanas ou contribuísse para a diluição da sensibilidade reconhecida ao animal.