

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Faculdade de Direito – Escola de Lisboa

Mestrado Forense



**A (in) determinação do bem jurídico
protegido nos crimes contra animais de
companhia**

Laura Alier Valentim Nogueira

Orientadora: Prof.^a Doutora Teresa Quintela de Brito

30 de Março de 2019

“Todos os animais são iguais, mas alguns são mais iguais do que outros.”

- George Orwell, *Animal Farm* (trad. “A Quinta dos Animais”).

Índice:

Introdução.....	1
1. A legitimidade da intervenção penal.....	2
1.1. As diferentes concepções do conceito material de crime.....	2
1.2. Em especial: a teoria do bem jurídico-penal.....	3
1.2.1. A noção de bem jurídico-penal.....	3
1.2.2. A atual “crise” da teoria do bem jurídico-penal e possíveis soluções.....	4
1.2.3. O nível jurídico-constitucional da teoria do bem jurídico.....	10
2. Fundamentos de proteção dos animais (de companhia).....	11
2.1.1. Proteção do Ambiente.....	13
2.1.2. Dignidade da Pessoa Humana.....	14
2.1.3. Proteção conferida através do Direito da União Europeia.....	15
2.2. Proteção Indireta.....	17
2.2.1. Dignidade da Pessoa Humana.....	18
2.2.2. Integridade Física e a Vida Humana.....	19
2.2.3. A “proteção de sentimentos”.....	20
2.2.4. A tutela de um bem jurídico coletivo através de um Direito Penal de comportamento.....	23
3. Problemas hermenêuticos.....	27
3.1. Aspectos comuns a ambas as incriminações.....	28
3.1.1. O conceito de <i>animais de companhia</i>	28
3.1.2. Outros aspectos comuns às incriminações.....	32
3.2. O crime de maus-tratos a animais de companhia.....	32
3.2.1. Que tipo de maus-tratos?.....	33
3.2.2. Omissão.....	35
3.2.3. A morte como agravação pelo resultado.....	35
3.3. Abandono de animais de companhia.....	37
3.3.1. Perigo concreto.....	38
4. Comparação com alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros.....	39
4.1. Sugestão de melhoramentos do C.P. português a partir desta comparação.....	45
Conclusão.....	47
Bibliografia:.....	48
Jurisprudência:.....	54

Introdução.

A querela em torno dos animais e do seu papel na sociedade remonta aos primórdios do homem, havendo referências tão tardias como no ano 570 a.C., mas é atualmente que o debate se tem tornado mais aceso.

Por todo o mundo discute-se o tratamento que é dado aos animais pelos ordenamentos jurídicos, nomeadamente no contexto do Direito Penal, que é o que aqui será retratado.

Em Portugal, com a Lei n.º 69/2014, de 29 de agosto, acrescentou-se um título novo ao Código Penal – Dos crimes contra Animais de Companhia – onde se consagrou os crimes de maus-tratos e abandono destes animais.

Esta dissertação vem a pretexto destas incriminações, centrando-se primeiramente, no plano da sua fundamentação e legitimação para, posteriormente, dedicar-se à sua análise hermenêutica. Mas não sem antes nos perguntarmos: de que necessita uma incriminação para ser legítima? Será a teoria do bem jurídico suficientemente forte para se adaptar à sociedade atual?

Começaremos, assim, por abordar as diferentes formas de legitimação de uma incriminação, para, posteriormente, nos dedicarmos aos crimes contra animais de companhia, respondendo à questão fundamental de saber qual o bem jurídico protegido por estas incriminações e se o que se pretende é proteger diretamente os animais ou se, afinal, do que se trata é de uma proteção que apenas indiretamente incide sobre estes.

Prosseguiremos para uma pequena interpretação destes crimes tendo por base o bem jurídico eleito e, finalmente, acabaremos com uma comparação com alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros, que nos abrirá caminho para uma necessária alteração legislativa.

Palavras-chave: Bem Jurídico-penal; Legitimidade Penal; Maus-tratos a Animais; Abandono de Animais; Animais de Companhia.

1. A legitimidade da intervenção penal.

Difícilmente existirá um ramo de Direito mais dependente de legitimação como o Direito Penal. Tal deve-se às sanções penais que correspondem à forma mais gravosa de restrição dos direitos fundamentais. Deste modo: o que é que faz corresponder uma ação a um crime? Qual a legitimidade para se aplicar aos infratores certas sanções?

1.1. As diferentes concepções do conceito material de crime.

Segundo a perspectiva positivista-legalista, um crime será “tudo e só aquilo que o legislador considerar como tal”¹, isto é, uma ação tornar-se-á um crime pelo simples facto de que o legislador assim o determinou. Além de simplista, esta concepção revela-se inútil, uma vez que não legitima materialmente a aplicação de sanções nem responde ao problema da função e dos limites do direito penal.

Esforçando-se para completar a concepção anterior por via de uma noção sociológica do crime, surgiu a teoria positivista-sociológica segundo a qual este seria “aquilo que em termos de objectividade e universalidade pudesse, à luz da realidade social, ser como tal considerado”². A “essência” do crime seria, assim, a ofensividade ou a danosidade social – conceitos particularmente imprecisos e abrangentes.

Segue-se a perspectiva moral (ético)-social que vê na base do crime “a violação de deveres ético-sociais elementares ou fundamentais”³. Claramente violadora do direito fundamental da liberdade de consciência – constitucionalmente consagrado no art. 41.º da nossa Constituição – esta concepção não se adequa ao “pluralismo ético-social das sociedades contemporâneas, onde (...) coexistem (...) zonas de consenso com zonas de conflito”⁴. Terá sempre de ser recusada num Estado de Direito Democrático.

¹ DIAS, 2007, p. 106.

² *Ibidem*, p. 108

³ *Ibidem*, p. 111

⁴ *Ibidem*, p. 113

1.2. Em especial: a teoria do bem jurídico-penal.

Com maior capacidade de resposta, destaca-se, desde o século XVIII, a concepção que reconduz a função do Direito Penal à proteção de bens jurídicos dotados de dignidade penal – bens jurídico-penais⁵ –, concretizando-se e limitando-se a noção sociológica da danosidade ou ofensividade social, já abordada na teoria positivista-sociológica.

1.2.1. A noção de bem jurídico-penal.

Definir bens jurídico-penais não é fácil e muitas foram as definições apresentadas pela doutrina: para alguns autores representam “circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e para o seu livre desenvolvimento no âmbito de um sistema social global estruturado ou para o funcionamento do próprio sistema”⁶; são ainda caracterizados como “pedaços da realidade que se afirmam como valores numa teia de relações axiológicas, e não só, que se refractam (...) nos crimes contra a vida, a integridade física, a honra, o património, a segurança interna e externa do Estado”⁷ ou como “objectos de valor experimentados como fundamentais pela comunidade de sujeitos na perspectiva da sua realização individual e social”⁸; e ainda como a “expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”⁹.

Com esta exposição de definições facilmente identificamos elementos-chave que caracterizam o conceito de bem jurídico-penal, tais como: «indivíduo», «sociedade» e «interesses fundamentais». Parece assim que um bem jurídico-penal terá sempre de se traduzir em algo que sirva a pessoa¹⁰ tanto a nível individual como enquanto membro de

⁵ Referir-nos-emos sempre a bens jurídico-penais, e não apenas a bens jurídicos, pois queremos apontar para aqueles bens jurídicos que têm dignidade penal e valor jurídico-constitucionalmente reconhecido: “aqueles a que é socialmente atribuída dignidade e relevância bastante para co-fundamentar o ilícito penal” capaz de atribuir o “meio sancionatório mais restritivo de direitos” - DIAS, 2008, p. 650.

⁶ ROXIN, 1997, p. 56.

⁷ COSTA, 2015, p. 14.

⁸ DIAS, 2008, p. 656.

⁹ DIAS, 2007, p. 114.

¹⁰ Estaremos perante uma “teoria *pessoal* do bem jurídico, que o define como o interesse de indivíduos humanos”, nas palavras de NEUMANN, 2012, p. 528.

um grupo de pessoas, e ainda, que tenha relevância para a vida social e para a comunidade ao ponto de se tornar fundamental para ambos.

Não obstante conseguirmos identificar um núcleo essencial do conceito, existe uma grande dificuldade em concretizá-lo, uma vez que, além de complexo, é um conceito aberto, tendo uma eminente mutabilidade histórica e social.

De facto, a evolução do conceito já vai longa: começou por assumir um “conteúdo individualista”, servindo apenas os interesses primitivos do indivíduo (a sua vida, o seu corpo, a sua liberdade e o seu património); passando para um “conceito metodológico (...) de raiz exasperadamente normativista” que reduziu os bens jurídicos a meras fórmulas interpretativas dos tipos legais de crime, isto é, a uma função “puramente hermenêutica”; até chegarmos à conceção que hoje em dia se impõe: uma conceção “teleológica-funcional e racional”¹¹.

Atualmente, o conceito deve possuir um conteúdo material político-criminalmente orientado, sem se reduzir a uma função interpretativa. Em suma: deve servir de padrão crítico e legitimador das normas criminais funcionando como um princípio negativo, que limita a intervenção penal, não exigindo a criminalização de condutas lesivas de bens jurídicos, mas antes proibindo a tipificação de condutas que não lesem nem ponham em perigo um bem jurídico.¹²

1.2.2. A atual “crise” da teoria do bem jurídico-penal e possíveis soluções.

Apesar de predominantemente aceite, a verdade é que, nos últimos dez anos, a teoria do bem jurídico-penal tem sido intensamente discutida.¹³ Atualmente há quem considere que a tutela de bens jurídicos é minimalista, não sendo suficiente para legitimar a intervenção penal. De facto, vivemos numa altura em que a tutela dispensada a clássicos bens jurídicos – como a vida, a saúde, a propriedade, o património – é insuficiente e exageradamente antropocêntrica.

¹¹ DIAS, 2007, pp. 115-116.

¹² HASSEMER, 2007, p. 98.

¹³ Internacionalmente existem países como França ou os E.U.A. em que o bem jurídico não desempenha qualquer papel. Também o Tribunal Constitucional Federal Alemão, em 2008, reconheceu a legitimidade da incriminação do incesto, desconsiderando a teoria do bem jurídico.

Em pleno século XXI, fazemos parte de uma sociedade tecnológica e massificada onde as nossas ações assumem consequências a nível global e as nossas preocupações abrangem novos temas que trazem consigo novos riscos, tais como, o ambiente, a manipulação genética, as gerações futuras e, claro, os animais. Estará o direito penal de vertente liberal, com a função exclusiva de tutela subsidiária de bens jurídico-penais, preparado para assegurar a proteção destes novos interesses?

A resposta, em princípio, terá de ser negativa. De outra forma, teríamos sempre de desistir da proteção daqueles interesses onde dificilmente se encontra um bem jurídico na sua vertente tradicional.

Assim, por forma a fazer face às novas realidades, o direito penal terá de se adaptar a uma nova política criminal, que não deixe de fora estes novos temas, tendo três opções: (i) assumir o bem jurídico como o único critério de limitação da dignidade de proteção penal, densificando-o; (ii) abandonar o bem jurídico e circunscrever o objeto de tutela através de outras categorias; (iii) conservar o bem jurídico, admitindo porém a existência de outros objetos também dignos de proteção penal.¹⁴

Como modelo de densificação do bem jurídico temos o modelo monista-pessoal, que sustenta que o Direito Penal não pode nem deve considerar-se um instrumento de tutela dos novos riscos próprios da atualidade e, principalmente, do futuro. Esta é uma teoria marcadamente antropocêntrica, que se importa exclusivamente com o interesse do indivíduo, reservando os riscos da sociedade pós-industrial para outros ramos de direito não penal. Os defensores desta teoria, influenciados pela “Escola de Frankfurt”¹⁵, preocupam-se com a excessiva antecipação da tutela penal e com o aparecimento de bens-jurídicos vagos que poderão levar a um direito penal de *prima* ou *sola ratio* da proteção de bens jurídicos.¹⁶ A nosso ver, esta é uma teoria conservadora e arcaica, revelando dificuldades de adaptação à atualidade.

Num sentido oposto, parte da doutrina defende uma completa reformulação do objeto de proteção do Direito Penal, deixando de parte o “direito penal do bem jurídico” para considerar, ao invés, um “direito penal do risco”. Se, por um lado, este modelo satisfaria

¹⁴ COSTA, 2013, p. 159.

¹⁵ Este movimento surgiu após as experiências históricas do século XX em que o indivíduo foi obrigado a colocar-se ao serviço de um Estado totalitário, vendo os seus direitos individuais desrespeitados. A partir daqui começou a olhar-se para o indivíduo como o centro de tudo.

¹⁶ Entre eles HASSEMER, 1989, pp. 275-285.

por completo as necessidades da sociedade atual, por outro, traria consequências radicais, tais como a antecipação da tutela penal para estados prévios e distantes da lesão, que poderiam dar lugar a uma “actuarial justice” que se propõe «regular certos grupos (de pessoas “perigosas”) como parte de uma estratégia de gestão dos riscos»¹⁷, ao invés de se atuar sobre o comportamento de pessoas individuais.

Ainda dentro dos modelos de substituição, temos a teoria do direito penal de comportamento ou da tutela de “relações da vida como tais”, que tem como principal defensor Stratenwerth. Para este autor, devemos afastar-nos de um direito penal de resultado – e assim, do dano e do perigo do dano – para nos aproximarmos de um direito penal de comportamento, tornando assim possível a tutela das gerações futuras. Deste modo, o fundamento da punição não seria “a ofensa a determinados bens jurídicos, mas a não observação de normas de conduta fundamentais, consensualmente aceites pela sociedade”¹⁸, isto é, “as representações axiológicas homogêneas profundamente arraigadas na sociedade”¹⁹.

Revelando-se problemática, a teoria em causa acaba por violar a liberdade de pensamento individual, uma vez que, “da circunstância de a maioria da população não tolerar determinada conduta que lhe desagrada não pode sem mais deduzir-se que tal comportamento deva ser punido, desde logo se ninguém é afetado no seu desenvolvimento”²⁰. Por exemplo, comportamentos homossexuais poderiam ser considerados delitos de comportamento numa determinada sociedade conservadora.

Temos assim que esta teoria, isoladamente considerada, será de rejeitar, uma vez que “não oferece qualquer referencial crítico”, não tendo “a densidade ou a espessura capaz de traçar a fronteira entre a incriminação legítima e a incriminação ilegítima”.²¹

Outros autores²² apontam para diferentes modelos de substituição do bem jurídico, tais como: (i) o funcionalismo sistémico, que faz assentar o Direito Penal na danosidade social, já referida; (ii) o “modelo de reconhecimento”, onde se proíbe a lesão da

¹⁷ DIAS, 2007, p. 139.

¹⁸ HEFENDEHL, citado em ROXIN, 2013, p. 27.

¹⁹ COSTA, 2013, p. 165.

²⁰ ROXIN, 2013, p. 27.

²¹ COSTA, 2013, p. 165.

²² *Ibidem*, pp. 163-167.

personalidade do outro; e (iii) o recurso exclusivo à Constituição como legitimadora do Direito Penal.

Qualquer uma destas teorias abandona o conceito de bem-jurídico e recorre a conceitos mais vagos e arriscados: quem e como é que se define o que é danoso para a sociedade? Qual o critério material para aferir o que são situações de “negação do reconhecimento”? E, por fim, será que a Constituição tem abrangência suficiente para legitimar de forma exclusiva o direito penal em toda a sua complexidade?

Não nos parece que nenhum destes seja o caminho certo.

Reconhecendo a ineficiência da teoria do bem jurídico, mas não a querendo abandonar por completo, há quem defenda uma verdadeira “expansão do direito penal”, onde, por um lado, se conserva a existência de um núcleo de princípios clássicos, dirigido à proteção subsidiária de bens jurídicos individuais, adicionando-se, por outro lado, uma “periferia jurídico-penal”, dirigida à proteção dos novos riscos. Esta periferia assentaria na “proteção antecipada de interesses colectivos mais ou menos indeterminados, sem espaço, nem tempo, nem autores, nem vítimas, definidos ou definíveis”²³, ainda pertencentes ao direito penal, embora com a reserva de nela não haver lugar à aplicação de penas privativas da liberdade, contrariamente ao núcleo clássico do direito penal.

Esta teoria expansionista revela-se instável, uma vez que, não querendo prescindir do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, amplia-o sem fundamentação aparente, não se sabendo, desta forma, “como explicar este alargamento casuístico (*ad hoc*), nem como integrá-lo em um sistema homogeneamente fundamentado”²⁴.

No mesmo patamar de complementaridade e ainda próximo da “Escola de Frankfurt”, há quem defenda que, para além dos bens jurídicos tradicionais, devem ser considerados outros bens jurídicos afetados pelos novos riscos, com a condição de que devem ser dotados de “referente pessoal”. Estamos perante uma conceção dualista de bens jurídico-penais, onde os verdadeiros bens jurídico-penais são, por um lado, os bens jurídicos individuais e, por outro lado, os supra-individuais dotados de referente pessoal. Excluídos ficam os bens jurídicos coletivos, na medida em que não são suscetíveis de serem fruídos individualmente.

²³ DIAS, 2007, p. 141.

²⁴ COSTA, 2013, p. 170.

Outra categoria defendida por certos autores²⁵ é a dos bens jurídico-penais “instrumentais” que se situam ao lado dos valores essenciais – como a vida, a integridade física, a liberdade e a propriedade – com o objetivo de os sustentar e de servir de tutela antecipada dos mesmos. Contrariamente aos crimes de perigo, nestes crimes, o perigo é o elemento fundamentador e constitutivo do próprio bem jurídico e não uma “nota caracterizadora da conduta”, isto é, são bens jurídico-criminais independentes.

Ambas as teorias expostas conduzem os bens jurídicos de “referente pessoal” ou “instrumentais” a um nível inferior e hierarquicamente subordinado aos bens jurídicos individuais, sendo a sua violação tratada como menos gravosa. Fará isto sentido quando estamos a falar de algo tão importante como a contenção dos mega-riscos que ameaçam a sociedade atual? Não parece ser o mesmo que referir-nos ao direito penal secundário ou administrativo...

Por este motivo, há autores que defendem que se deve manter o direito penal do bem jurídico, conciliando, dentro deste e ao lado de bens jurídicos individuais, autênticos bens jurídicos coletivos, com o mesmo “nível de exigência tutelar autónoma”²⁶.

Estes bens jurídicos coletivos diferenciam-se dos bens jurídicos instrumentais na medida em que são indivisíveis entre as diversas pessoas, servindo uma coletividade sem que ninguém possa fruir apenas de uma parte, isto é, são uma manifestação dos interesses globais não individualizados.

Ademais, a sua legitimidade advém do facto de estes encontrarem “refracção legitimadora expressa na ordem axiológica constitucional relativa aos direitos sociais, económicos, culturais e ecológicos”²⁷, sendo necessária de um ponto de vista de prevenção geral negativa e, sobretudo, de prevenção geral positiva.

Serão bens jurídicos mais vagos, carentes de definição precisa e de difícil tangibilidade e corporização e, por este motivo, alguns autores afirmam que estamos perante uma violação do princípio da legalidade.

Quanto a esta objeção, Figueiredo Dias responde, afirmando que alguns destes delitos têm de ter uma natureza análoga à dos delitos de perigo abstrato, sendo necessário o

²⁵ DIAS, 2008, pp. 690 e segs.

²⁶ Sobre a legitimidade da existência de bens jurídico coletivos: DIAS, 2007, p. 149; COSTA, 1989, p. 83 e segs.; SOUSA, 2006, p. 299.

²⁷ DIAS, 2007, p. 149.

respeito por parâmetros mínimos de determinabilidade do tipo de ilícito e a referência ao bem jurídico que se pretende proteger. Nesta medida, a sua tutela deverá fazer-se através de um “direito penal de comportamento” que “pune relações da vida como tais”.²⁸

Não obstante a aproximação clara a Stratenwerth, Figueiredo Dias distingue-se por não considerar necessária nenhuma mudança na posição do nosso direito penal, mantendo-se a tutela subsidiária de bens jurídico-penais, sendo que nestes estão incluídos os bens jurídicos coletivos. É assim também porque a punição de certos comportamentos é feita em nome da tutela de bens jurídicos coletivos e só nesta medida se encontra legitimada.

Diferente de Stratenwerth na medida em que não abandona por completo a teoria do bem jurídico, e ainda diferente de Figueiredo Dias na medida em que não depende exclusivamente do bem jurídico para legitimar certos crimes, há também quem sustente que se deverá manter a teoria do bem jurídico mas, excepcionalmente, deverá punir-se “delitos de conduta” enquanto crimes sem bens jurídicos, apenas numa lógica de “absoluta exceção”. Neste âmbito, seria legítima a punição de certos comportamentos, sem ser em nome da tutela de bens jurídicos coletivos, mas apenas por existirem “convicções de conduta socialmente dominantes” que “qualificam o interesse como possível objecto de tutela do direito penal”.²⁹

Sujeita às mesmas críticas apontadas à teoria dos “delitos de conduta” proposta por Stratenwerth, esta teoria intermédia continua a ser demasiado imprecisa, trazendo dificuldades de determinação diferenciadora entre delitos de conduta “legítimos” e “ilegítimos”.

Inclinamo-nos assim para afirmar que será imprescindível a identificação de um bem jurídico-penal digno de proteção, por razões de clareza e segurança jurídica, sendo, desta forma, imperativa a manutenção da teoria do bem jurídico-penal, sob pena de deixarmos de ter um direito penal de *ultima ratio*.

Consideramos ainda que reconhecer “exceções” a esta teoria levaria ao esvaziamento da mesma, enquanto princípio negativo de limitação do direito penal. Se a função da teoria do bem jurídico-penal é a exclusão de delitos que não lesem bens jurídicos, tendo

²⁸ *Ibidem*, p. 154.

²⁹ COSTA, 2013, p.172.

em vista a natureza subsidiária do direito penal, ao ser aberta uma exceção a sua função estaria a ser frustrada.

Não podemos, no entanto, ignorar as necessidades da sociedade atual de proteção dos novos interesses, sob pena de defendermos um direito penal arcaico e desatualizado, como parece acontecer com a teoria monista-pessoal.

Nesta linha, cumpre-nos considerar a teoria defendida por Figueiredo Dias como aquela que mais potencial tem para servir as mudanças da sociedade atual, sem que com isso se perca de vista o paradigma jurídico-penal iluminista e a vontade pasmada no n.º 2 do art. 18.º da nossa Constituição.

Desta forma, continuará a ser necessária a identificação de um bem jurídico-penal carente de proteção para se haver por legitimada a punição de uma conduta, com a ressalva de que será também possível delinear delitos de comportamento, ou seja, impor penalmente normas de conduta consensualmente reprovadas pela sociedade, mas apenas e só em nome da tutela de um bem jurídico coletivo, mais vago e adaptável à sociedade de risco.

1.2.3. O nível jurídico-constitucional da teoria do bem jurídico.

Considerando, deste modo, que o bem jurídico é a instância legitimadora da intervenção penal, cumpre-nos perguntar se a falta de conexão entre uma disposição penal e um bem jurídico determina a invalidade da norma ou se, de outro modo, não existe nenhuma vinculação constitucional.

Enquanto a doutrina minoritária³⁰ sustenta que as restrições de direitos, liberdades e garantias não têm necessariamente que fundar-se na proteção de bens jurídicos com dignidade constitucional, a doutrina maioritária³¹ parece inclinar-se para a existência de uma verdadeira vinculação do legislador, defendendo que essa é a intenção do n.º 2 do art. 18.º da nossa Constituição ao impor a salvaguarda de “outros direitos ou interesses” que sejam “constitucionalmente protegidos” como fundamento da restrição de direitos, liberdades e garantias.

³⁰ NOVAIS, 2010, pp. 569-625.

³¹ DIAS, 2007, pp. 126-127.

Também o Código Penal, na sua versão atual, vem declarar expressamente que “a aplicação de penas e de medidas de segurança visa a proteção de bens jurídicos”, o que leva alguns autores a considerar que estamos perante um “princípio constitucional implícito”.³²

A posição do nosso Tribunal Constitucional parece seguir na mesma direção, sendo que este tem vindo, maioritariamente, a declarar a inconstitucionalidade de incriminações violadoras do princípio do direito penal do bem jurídico.

Foi o que aconteceu, por exemplo, com o crime de enriquecimento ilícito que foi declarado inconstitucional por não se conseguir detetar um bem jurídico protegido pela norma incriminadora.³³ De facto, não é por uma pessoa possuir património de origem indeterminada, “incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos”, que ofende um bem jurídico, embora o possa ter feito no passado através de, por exemplo, crimes fiscais. Isto porque «a dita “transparência”, entendida como um dever geral e contínuo de justificação do património perante o Estado, não é um bem jurídico com assento ou incidência constitucional».³⁴

Deste modo, cumpre-nos concordar com a posição maioritária defendida pelo nosso Tribunal Constitucional: a de que a constitucionalidade de uma norma penal depende da existência de um bem jurídico, também ele com referente constitucional.

2. Fundamentos de proteção dos animais (de companhia).

Descartando, desta forma, qualquer tese que prescindia de um bem jurídico-penal para legitimar uma incriminação e, considerando, inclusivamente, que a constitucionalidade dessa norma penal implica o isolamento desse bem, importa aferir se será possível a determinação de um tal bem jurídico no que toca às incriminações de maus-tratos e abandono de animais de companhia.

³² DIAS, 2016, p. 251.

³³ A par deste exemplo temos o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 527/95 de 10.11.1995, no que concerne à incriminação da deserção da marinha mercante.

³⁴ DIAS, 2016, p. 258.

Não o poderemos fazer sem antes nos questionarmos como se obtém um bem jurídico-penal. A resposta estará na nossa Constituição que, apesar de não ter de ser “o ponto de partida e de chegada desta questão”, terá sempre de ser “um ponto de passagem ou de referência obrigatório”.³⁵

Não será, desta forma, imprescindível que a proteção penal do bem-estar animal se encontre explicitamente respaldada na Constituição – o que, adiante-se, não se verifica – para que estas incriminações sejam legítimas ou até para que possamos concluir pela existência de fundamento constitucional de tutela direta dos animais.

Será, por outro lado, imperativo que o bem-estar animal esteja – ainda que de forma indireta – constitucionalmente tutelado para que o n.º 2 do art. 18.º da C.R.P. permita a restrição da liberdade ou afetação do património inerente às sanções criminais cominadas.

Interessa ainda esclarecer que esse bem jurídico-penal que fundamenta a punição daquele que maltrata ou abandona um animal de companhia poderá ter em vista uma proteção direta do próprio animal ou, ao invés, uma proteção indireta, bastando, para tal, que essa proteção se justifique constitucionalmente.

A tutela de um concreto animal é direta quando este for o objeto e o sujeito passivo da ação, isto é, quando o objeto da ação corresponder ao corpo dele e ele próprio for portador de bens jurídicos lesados. Diversamente, é indireta quando o animal é um mero objeto da ação típica, enquanto “realidade que se projecta a partir daquela ideia genérica e que é ameaçada ou lesada com a prática da conduta típica”³⁶.

Vejamos, então, qual – e se algum – dos dois tipos de proteção se verifica.

³⁵ DIAS, 2008, pp. 650-651.

³⁶ DIAS, 2007, p. 308.

2.1. Proteção Direta.

2.1.1. Proteção do Ambiente.

O ambiente encontra-se tutelado pelo art. 66.º da nossa Constituição, incumbindo ao Estado a tarefa de o proteger nos termos das alíneas *d)* e *e)* do art. 9.º do texto fundamental.

Segundo esta teoria, o bem-estar animal estaria constitucionalmente tutelado uma vez que fosse possível ligá-lo à tutela do ambiente, determinando que a proteção dos animais contra sofrimentos desnecessários é um princípio do Direito do Ambiente.³⁷

Não nos parece que isto seja alcançável, tendo em consideração que ambas as incriminações do Código Penal tutelam os animais individualmente considerados, sendo que aquilo que se quer evitar é o sofrimento daquele animal concreto, e não a sua função ecológica num dado ecossistema ou a proteção das espécies.

Diferentemente, a proteção constitucional do ambiente é uma proteção “holística”, que se preocupa com o equilíbrio do sistema como um todo, dentro de uma visão antropocêntrica em que o bem jurídico meio ambiente é “percebido como um conjunto de condições naturais, cuja existência serve apenas para assegurar a sobrevivência do ser humano”³⁸.

Sendo certo que preservar o meio ambiente, neste sentido apontado constitucionalmente, é algo que para os animais em concreto é indiferente, também o oposto se verifica, uma vez que à proteção do ecossistema são indiferentes “os sofrimentos infligidos ao cordeiro pouco antes do seu sacrifício, a um touro bravo durante a sua lide ou a um rato no decurso de uma experiência científica”³⁹.

Mais se acrescenta que a nossa lei penal apenas protege os animais de companhia. Ora, não será possível considerar que o maltrato a um cão ou a um gato será um problema ecológico. A título de exemplo, um dono de um canil que apenas submete a crueldade os animais que ele próprio criou, dificilmente está a interferir com o meio ambiente.⁴⁰

³⁷ Desta opinião: GOUVEIA, 2000, p. 239; e, de forma semelhante, GOMES, 2014, ponto 2.1.1.3.

³⁸ LOBATO, 2010, p. 59.

³⁹ PASCUAL, citado em ALBERGARIA / LIMA, 2016, pp. 135-136.

⁴⁰ GRECO, 2010, p. 53.

Temos assim que esta tese não merece acolhimento⁴¹, uma vez que não existe relação direta entre a proteção do ambiente e a proteção de animais de companhia individualmente considerados pelo nosso código penal.

2.1.2. Dignidade da Pessoa Humana.

Esta segunda teoria, que passa por estender a dignidade da pessoa humana aos animais, foi ensaiada na Alemanha⁴² antes da alteração constitucional de 2002⁴³, merecendo, em Portugal, poucos ou nenhuns seguidores.

Estamos a falar de uma “ética por extensão”⁴⁴, em que a interpretação antropocêntrica da Constituição que olha para o homem como o único ser moral é recusada e dá lugar a uma visão onde também os animais são seres morais e de direito – são dignos e, por isso, “fins em si mesmos”.

Esta posição tende a ser justificada com a capacidade cognitiva de certos animais possuidores de algum grau de consciência e, como tal, sujeitos de direitos. Compara-se, inclusivamente, os animais a crianças recém-nascidas, doentes mentais profundos e doentes em estado vegetativo, afirmando-se que estes não têm mais capacidades cognitivas do que muitos animais e, como tal, se lhes são atribuídos direitos, aos animais também deveriam ser (deontologismo animalista).

Claramente perigosa e com a possibilidade de recusar a condição e o estatuto de *pessoa* a certos seres humanos, esta conceção não poderá ser aceite pelo simples motivo de que não é a capacidade cognitiva do ser humano que o transforma num ser moral, mas

⁴¹ Neste sentido: ALBERGARIA/ LIMA, 2016, pp. 134-136; assim como: BRITO, 2016 (b), pp. 11 e 12; OSÓRIO, 2016, ponto 4. a).

⁴² Também em Israel, em 1997, o Supremo Tribunal proibiu um espetáculo que consistia numa luta entre um homem e um crocodilo onde o primeiro, agarrando o segundo pela cauda, o fazia virar-se sobre si, forçando a abertura das suas mandíbulas. O Tribunal, afirmando que o crocodilo sente stress e fica deprimido com este espetáculo, concluiu que a sua dignidade teria sido desrespeitada: “We may never know whether the alligator actually feels humiliated as the fighter holds it by its tail, shakes it, turns it on its back and treats it as one would a lifeless stuffed animal. What we do know, however, is that had the same moves been performed on a human, they would surely depress and humiliated him” – Supreme Court of Israel, *Let the animals live vs. Hamat Gader*, 22.06.1997, p.46.

⁴³ Altura em que a Constituição Alemã passou a consagrar no §20-A a proteção dos animais como incumbência do Estado.

⁴⁴ EVANS, 2005, p. 3.

sim a sua capacidade de moralidade, de reconhecer e respeitar o valor do outro enquanto *pessoa*.

Diferentemente, os nossos deveres perante os animais derivam, por um lado, da sua capacidade de sentir e da premissa de que a dor é um mal a ser evitado e, por outro, da nossa responsabilidade perante aqueles que domesticámos e tornámos de nós dependentes. Somos assim responsáveis *por* certos animais, mas não *perante* eles, como somos perante qualquer ser humano independentemente das suas capacidades cognitivas.

Ademais, também é assim porque estes, tal como não são detentores de direitos, também não o são de deveres. Será tão ilógico considerar que um macaco tem direitos de autor, como defendeu a organização *People for the Ethical Treatment of Animals (PETA)* ao intentar uma ação contra um fotógrafo por este ter publicado uma *selfie* tirada por um macaco ao se deparar com uma câmara na selva, como o que ocorreu em 1494 em França, quando se considerou que os animais têm deveres e, com base nisso, se condenou à morte por estrangulamento um porco que matou um bebé humano⁴⁵.

Mais óbvio é o teor literal do preceito da constituição (art. 1.º), que se refere claramente a uma dignidade que é *humana* e, como tal, alheia aos animais.

Desta forma, não obstante acreditarmos que os animais possuem algum valor inerente, especialmente os sencientes e aqueles que possuem algum grau de consciência e não excluindo a possibilidade de o legislador constitucional conceder proteção aos animais, tal como fez o legislador alemão, consideramos ser de evitar a palavra “dignidade” na sua aceção clássica e absoluta, dado que a esta está subjacente a condição de ser humano.

2.1.3. Proteção conferida através do Direito da União Europeia.

Admitindo que o nosso texto constitucional é incapaz de proteger os animais diretamente, há quem considere que a sua proteção direta é conferida pelo Direito da União Europeia, através do art. 13.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia, introduzido pelo Tratado de Lisboa, por força do n.º 4 do art. 8.º da Constituição da

⁴⁵ “Do animals have rights?”, 2018, p. 86.

República, que prevê que “as disposições dos tratados que regem a União Europeia (...) são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático”.

Segundo esta conceção, o bem jurídico-penal tutelado pelas incriminações de maus-tratos e abandono de animais de companhia é o bem-estar animal, tal como se encontra pasmado no T.F.U.E., que, desta forma, o legitima. Para tal, tem de se partir da premissa de que o Direito da União Europeia prima ou, no mínimo, se encontra em relação de paridade com a nossa Lei Fundamental.

Não se revelando necessário entrar numa discussão detalhada acerca do lugar do direito da União Europeia relativamente ao Direito Constitucional, importa apenas afirmar que fundamentar incriminações diretamente no Direito da União, dispensando o papel do nosso texto fundamental, é pouco recomendável e violador tanto do n.º 2 do art. 18.º da Constituição, como do n.º 4 do próprio art. 8.º, no que concerne à ressalva do “respeito pelos princípios do Estado de Direito Democrático”.

Mais evidente ainda é o facto de a norma do art. 13.º do T.F.U.E. não proteger diretamente os animais, determinando unicamente uma “proteção fragmentária”⁴⁶ destes, através de uma visão antropocêntrica e utilitarista. Esta proteção é concedida apenas para os domínios previstos, podendo oscilar em razão dos ritos religiosos, tradições culturais e património regional de cada Estado-Membro.

Diz-nos o art. 13.º: “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”.

Será que desta tutela minimalista pode decorrer um princípio geral de proteção animal?

⁴⁶ ALBERGARIA / LIMA, 2016, p. 144.

Apesar de alguns autores apontarem em sentido diverso⁴⁷, no Acórdão *H. Jippes et al. c. Minister van Landbouw* de 12.07.2001, o T.J.U.E. afirmou expressamente que a proteção do art. 13.º se limita aos sectores literalmente referidos pela norma, isto é, à agricultura, à pesca, aos transportes, ao mercado interno, à investigação e ao desenvolvimento tecnológico e espacial.

Além das decisões jurisprudenciais do direito da União Europeia apontarem neste sentido, também o resto da produção legislativa da União em matéria de proteção dos animais vai no sentido de procurar intervir em função da integração dos animais na economia e no mercado, e não em função do animal em si mesmo considerado.

Por último, se considerássemos válida esta teoria, resultaria inexplicável a razão pela qual são precisamente algumas das matérias elencadas no art. 13.º do TFUE que são alvo de exclusão pelo n.º 2 do art. 389.º do Código Penal: exploração agrícola, pecuária e agro-industrial; do mesmo modo, a pesca, os transportes e a investigação científica são “fins legalmente previstos”, determinantes da exclusão da tutela penal.

Tudo considerado e não obstante a utilidade do art. 13.º do T.F.U.E. no reconhecimento dos animais como “seres sensíveis” e na determinação da sua proteção no quadro de desenvolvimento de políticas no domínio económico e de funcionamento do mercado interno, seguimos o entendimento de Soares de Albergaria e Mendes Lima⁴⁸ de que o artigo em questão não pode servir de fundamento de tutela criminal ou outras limitações de direitos fundamentais, uma vez que o direito da União é aplicável na ordem interna “nos termos [por si mesmo] definidos” (n.º 4 do art. 8.º da CRP).

2.2. Proteção Indireta.

Descartando as teorias apresentadas e concluindo pela falta de fundamento constitucional para a proteção direta dos animais, importa, nesta fase, analisar uma visão que nos remete para as diferentes formas de proteção indireta dos animais ou, mais precisamente, a proteção indireta de pessoas através do modo como veem ser tratados os animais.

⁴⁷ PEREIRA, 2005, pp. 43-44.

⁴⁸ ALBERGARIA / LIMA, 2016, p. 145.

2.2.1. Dignidade da Pessoa Humana.

Referimo-nos novamente à Dignidade da Pessoa Humana, mas, desta vez, não para simularmos uma sua extensão, mas sim para a considerarmos tal como se encontra no nosso texto constitucional.

Segundo certos autores⁴⁹, maltratar ou abandonar um animal resulta em atentar contra a dignidade do próprio maltratante ou abandonante, que a perde por existir uma “projeção do espectro da vida humana na vida animal”⁵⁰ motivada pelas semelhanças entre os dois. Por outras palavras, maltratar ou abandonar animais “degrada também a nossa humanidade” e poderá indicar a “desumanidade do agente”.⁵¹

De resto, além destas proibições contribuírem para a manutenção de uma vida digna, contribuem também para a formação da personalidade do homem e, conseqüentemente, para a sua educação em prol da vida em sociedade. É também desta forma que o homem aprende a ser solidário e empático com todas as criaturas vivas e a respeitar o próximo.

Ora, não nos parece que este seja o caminho certo por estarmos perante um excessivo moralismo paternalista, que pretende evitar a degradação moral do agente mas que nada deverá ter a ver com o Direito Penal que, como é sabido, não se ocupa de condutas morais, sejam elas dominantes, estadualmente impostas ou pertencentes a um grupo social específico.

Ademais, importa não esquecer que a dignidade da pessoa humana não pode ser utilizada como fundamento da intervenção estadual, isto é, como bem jurídico-penal, podendo antes operar como limite dessa intervenção. Esta dignidade é uma “proposição (ou imposição final) ideológica que preside a um Estado de Direito”⁵², podendo e devendo concretizar-se em concretos bens jurídicos.

Assim, o bem jurídico protegido nunca pode ser “somente” a dignidade da pessoa humana, uma vez que tal levaria à aplicação direta deste princípio a situações concretas da vida, algo impossível quando falamos de um princípio que não é dotado de um

⁴⁹ Por exemplo, LOBATO, 2010, pp. 68-70.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 69.

⁵¹ NEVES, 2015, p.89.

⁵² DIAS, 2016, p. 261.

conteúdo fixo nem imutável. Será sempre necessário algo mais: protege-se a dignidade da pessoa humana através da tutela de um bem jurídico-penal.

Por último, tal como apontam Soares de Albergaria e Mendes Lima, admitindo que estas incriminações servem para proteger a dignidade do homem não se compreende porque é que o maltrato de, por exemplo, um coelho doméstico – enquanto animal de companhia – atenta contra esta dignidade mas já não o maltrato de um coelho selvagem.⁵³

2.2.2. Integridade Física e a Vida Humana.

Em pleno século XIII, dizia Tomás de Aquino que “se alguém se acostumar a ser cruel com os animais facilmente o será com os seus semelhantes”.⁵⁴ Mais tarde, no século XVIII, Kant desenvolveu esta ideia, defendendo que tratar bem os animais é um dever do homem para consigo próprio.

Também atualmente há quem defenda⁵⁵ que os crimes de maus-tratos e abandono de animais de companhia tutelam indiretamente a integridade física e vida humana, uma vez que maltratar animais potencia a violência sobre pessoas.

Ora, para que tal conceção vingue, a relação entre maus-tratos e abandono de animais e a potencial violência sobre pessoas teria de ser uma condição necessária (mas, claro, não suficiente) e não apenas uma mera possibilidade. De outra forma, estaríamos perante um direito penal de base moralista apoiado num programa ideológico em que condutas como assistir a pornografia ou comercializar jogos de computador violentos poderiam ser criminalizadas por potenciarem a violência.⁵⁶

Esta relação dificilmente será comprovada, existindo vários estudos com conclusões diversas: uns defendem haver ligação entre a crueldade para com os animais normalmente manifestada precocemente em crianças e o exercício de violência sobre pessoas (especialmente violência doméstica); outros defendem que a capacidade de sentir

⁵³ ALBERGARIA / LIMA, 2016, p. 148.

⁵⁴ AQUINO, citado em GARCÍA, 2011, p. 283.

⁵⁵ STERNBERG-LIEBEN, 2007, p. 112.

⁵⁶ ALBERGARIA / LIMA, 2016, p. 151.

empatia é desenvolvida ao longo da vida e que, por isso, uma criança pode não a ter desenvolvido, mas em adulto acabar por o fazer.⁵⁷

Somado a isto, podemos invocar o argumento utilizado anteriormente relativo à referência a “animais de companhia” no Código Penal: por que razão um maltratante de um coelho doméstico poderá mais facilmente tornar-se um maltratante de pessoas do que aquele que maltratou um coelho selvagem?

Deste modo, não nos parece que faça sentido justificar a criminalização da conduta de maus-tratos e abandono de animais de companhia com a proteção do ser humano, que possível ou provavelmente seria também alvo de violência. Estamos a falar de uma prognose de tal forma insegura⁵⁸ que poderia trazer consequências perigosas num direito penal que se qualifica como sendo de *ultima ratio*.

2.2.3. A “proteção de sentimentos”.

Com o principal objetivo de evitar um “dano emocional”⁵⁹, esta terceira via de proteção indireta dos animais assume-se como a mais popular⁶⁰, tendo como principal vantagem a aptidão para justificar a opção do legislador em confinar a tipicidade da conduta aos animais de companhia – aqueles perante os quais temos uma especial ligação emotiva.

Aqui o bem jurídico protegido é o sentimento humano de compaixão, solidariedade e amor para com os animais diante das ações maltratantes ou de abandono.

Importa, antes de mais, analisar se o que aqui se trata é de um bem jurídico coletivo ou antes de um bem jurídico falsamente coletivo, sendo que o primeiro se caracteriza pela sua indivisibilidade e não-distributividade, isto é, não é divisível entre

⁵⁷ ALTMAN, 2014, p.38.

⁵⁸ Também neste sentido GRECO, 2010, p. 51 e 52.

⁵⁹ CHIESA, 2008, p. 34.

⁶⁰ Como principal defensor desta conceção temos ORDEIG, 2016. Em Portugal, GOUVEIA, 2016; Assumindo-a como a hipótese que melhor ou menos mal serve: ALBERGARIA / LIMA, 2016, p. 157. Existem também decisões jurisprudenciais que apontam neste sentido, como por exemplo, em Nova Iorque, quando um cidadão foi condenado por “crueldade para com animais agravada” por ter pisado três peixes vermelhos de estimação após ter chamado o dono dos mesmos (um rapaz de 9 anos) para assistir. O tribunal deu especial enfoque aos sentimentos do rapaz em questão: “These actions clearly evince defendant's understanding and intention of inflicting emotional pain on both the boy and his mother” – Supreme Court of New York, *People v. Garcia*, 18.12.2012.

várias pessoas nem pode ser fruído exclusivamente por uma delas; o segundo, pela impossibilidade de autonomia própria, sendo a soma dos vários bens jurídicos individuais. Como exemplifica Luís Greco: “(...) cada qual tem a sua vida, a sua propriedade, independente das dos demais, mas o meio ambiente ou a probidade da Administração Pública são gozados por todos em sua totalidade, não havendo uma parte do meio ambiente ou da probidade da Administração Pública que assista exclusivamente a A ou a B. Já o bem jurídico “saúde pública”, por exemplo, nada mais é do que a soma das várias integridades físicas individuais, de maneira que não passa de um pseudo bem-coletivo”.⁶¹

Se concluirmos pela existência de um bem jurídico coletivo, a conduta pode ser punida “independentemente de quem a presencie ou não, e seja ou não por ela afetado”, tratando-se de um crime de dano que antecipa a própria lesão, e “porventura furtando-se ao estrito escrutínio a que se hão-de submeter os crimes de perigo abstracto”.⁶²

Por outro lado, se considerarmos que o que está em questão é um bem jurídico falsamente coletivo, isto é, uma multiplicidade de bens jurídicos individuais, teremos de considerar que estamos perante um crime de perigo abstracto, que só se concretiza na presença de outrem, sendo que, apenas assim, alguém pode ter o seu sentimento afetado.

A este propósito, cumpre-nos concordar com Soares de Albergaria e Mendes Lima, quando apontam para o facto de qualquer sentimento ser sempre um facto interno de uma concreta pessoa, considerando que «“sentimento colectivo” é uma impossibilidade ontológica, não tendo uma substância própria e não sendo mais do que uma metáfora que descreve uma concorrência de sentimentos numa pluralidade de pessoas».⁶³

Destarte, sendo necessária a presença de alguém diferente do maltratante para que o bem jurídico seja afetado, fica por esclarecer o que acontece com os atos que permanecem em segredo. Parece assim que aquilo que se está a condenar não é o ato de crueldade em si, mas a sua divulgação.⁶⁴

Ademais, ainda que seja possível determinar os sentimentos maioritários numa dada comunidade, estes, por serem internos a uma pessoa, não deixam de ser algo íntimo

⁶¹ GRECO, 2004, p. 115.

⁶² ALBERGARIA / LIMA, 2016, p. 152.

⁶³ *Ibidem*, p. 153.

⁶⁴ GRECO, 2010, p. 51.

e de difícil apreensão para o exterior. Até que ponto é que podemos concluir com segurança que o ser humano, na sua maioria, tem um sentimento de compaixão para com os animais e, partindo dessa premissa, condenar aqueles que atentam contra este sentimento? E, mesmo que o consigamos fazer – sempre com uma margem de incerteza que poderá ser incompatível com o princípio da legalidade penal – até que ponto é que é justo fazer prevalecer as maiorias em detrimento das minorias, no que toca à criação de incriminações, atentando contra a liberdade das segundas?

Alguns autores apontam para o caso da homossexualidade como o exemplo perfeito da perigosidade da proteção penal dos sentimentos: se a maioria da sociedade sentir repulsa por comportamentos homossexuais poderemos partir daqui para condenar praticantes destas condutas? A resposta será, claramente, negativa.

Contrariando estes argumentos, surge Gimbernat Ordeig, defensor da tutela de sentimentos, porém, apenas daqueles que possam ser considerados “legítimos”, ou seja, daqueles que não estão em contradição com um direito titulado pelo autor da conduta tida como “perturbadora”⁶⁵. O sentimento de indignação e compaixão criado pelos maus tratos a animais de companhia seria, desta forma, um sentimento legítimo, porque “sobre ele não pode prevalecer um inexistente direito do agente de livre desenvolvimento da sua personalidade através de fazer sofrer os animais”⁶⁶.

Quanto à legitimidade deste sentimento, Ordeig afirma que esta deduz-se do Tratado de Funcionamento da União Europeia que reconhece o bem-estar animal e encara a sua proteção como um dever de cada Estado-Membro. No entanto, isto não parece suficiente, uma vez que, como já foi tratado anteriormente, a nossa Lei Fundamental exige no n.º 2 do artigo 18.º um fundamento jurídico-constitucional positivo, embora possa estar implícito noutros direitos, interesses ou valores merecedores dessa proteção.

Mesmo o argumento a favor desta teoria que apontámos *supra* como a sua principal vantagem, isto é, a aptidão para justificar a delimitação da conduta aos animais de companhia, não parece ser suficiente: será que o maltrato de um coelho de companhia desperta mais sentimentos de compaixão perante um ser humano do que o maltrato desse mesmo coelho em estado selvagem? Parece-nos que somente será assim se tivermos apenas em conta o sentimento do detentor do próprio coelho que, obviamente, terá os seus

⁶⁵ ORDEIG, 2016, p. 18.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 18.

sentimentos mais atingidos com a conduta infligida ao “seu” coelho do que a um “qualquer” coelho. Mas já sabemos que o propósito da conduta não é proteger os detentores dos animais, tanto que, se o maltrato for infligido pelo detentor ao “seu” animal, a conduta é igualmente punível e, mais ainda, no que se refere ao tipo do abandono de animais de companhia que tem de ser praticado pelo próprio detentor.

De resto, parece notório que aquilo que as incriminações visam proteger não são unicamente os sentimentos humanos, sendo que o núcleo duro das incriminações aparenta ser o animal em si e o seu bem-estar. É neste sentido que aponta o Projeto de Lei n.º 475/XII, ao justificar a criminalização dos maus-tratos e abandono de animais de companhia com a necessidade de “proteção da vida animal”, atribuindo à vida animal a «dignidade de um “ser vivo”»⁶⁷. Não devemos, no entanto, esquecer que inevitavelmente são estes sentimentos que estão por detrás das punições: afinal de contas, o código penal é redigido *por e para* os seres humanos.

Temos assim que, apesar de ser possível ultrapassar os argumentos que rejeitam a proteção de sentimentos *per se* com a ajuda da teoria dos “sentimentos legítimos” – apesar de, admita-se, com significativa dificuldade – não podemos, ainda assim, considerar que no caso concreto dos crimes contra animais de companhia o bem jurídico protegido seja os sentimentos de compaixão por esses animais.

2.2.4. A tutela de um bem jurídico coletivo através de um Direito Penal de comportamento.

Na esteira do que temos vindo a defender quanto à existência de bens jurídicos coletivos ao lado de bens jurídicos individuais com o mesmo valor hierárquico, surge a teoria que defende que os crimes em causa tutelam um “bem jurídico coletivo que pode ser definido como o interesse de toda e cada uma das pessoas na preservação da integridade física, da saúde e da vida dos animais em função de uma certa relação atual ou potencial com o agente do crime”⁶⁸ ou, em palavras semelhantes, um bem jurídico “plúrimo, composto ou complexo, baseado na proteção da integridade física, saúde e vida

⁶⁷ Projeto de Lei n.º 475/XII, 2013, p. 1.

⁶⁸ BRITO, 2016 (b), p. 17.

de um determinado animal, pela específica relação que o mesmo natural ou culturalmente tem ou está destinado a ter com o ser humano”⁶⁹.

Como irá ser de seguida explanado, esta é uma tese, a nosso ver, compromissória, que tanto respeita a estrutura “onto-antropológica do direito penal”⁷⁰ como tem em conta a exigência da referência constitucional do bem jurídico, conseguindo ainda ultrapassar a questão da restrição que é feita pelas incriminações aos animais de companhia sem cair nos erros das outras teorias indiretas de proteção dos animais.

Vejamos.

Não descurando a rejeição anteriormente feita à teoria monista-pessoal, a verdade é que não podemos esquecer por completo a herança iluminista trazida com a Escola de Frankfurt, responsável pelo “axioma onto-antropológico”⁷¹ do direito penal, onde o bem jurídico em causa terá sempre de se traduzir num “bem essencial ao desenvolvimento da personalidade ética do homem” e, portanto, “minimamente ligado à dignidade da pessoa humana”⁷².

Mas de que forma é que este interesse no bem-estar animal contribui para o “desenvolvimento da personalidade ética do homem” e, desta forma, se relaciona com o ser humano?

Há já muitos anos que o homem se relaciona com certos animais e os foi domesticando de tal forma que os tornou vulneráveis e dependentes do seu cuidado. Em 2016 mais de metade das famílias de todo o mundo detinha pelo menos um animal de estimação⁷³. Neste sentido, há quem sustente que a responsabilidade do ser humano para com os animais advém desta sua posição de vulnerabilidade, e diferencia-se de espécie para espécie consoante o grau de dependência, sendo que “o ser humano necessita agir positivamente no sentido de proteger os animais domésticos, que foram aqueles que o próprio homem trouxe ao convívio da sociedade, tornando-os dela dependentes, porém, no caso de animais silvestres vivendo de acordo com sua espécie no habitat apropriado e equilibrado, o ser humano deve, na maioria das hipóteses, abster-se de interferir”⁷⁴.

⁶⁹ PARECER DO CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA, 2014, ponto *V*.

⁷⁰ COSTA, 2013, p. 171.

⁷¹ DIAS, 2007, p. 145.

⁷² PARECER DO CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA, 2014, ponto *V*.

⁷³ Estatística apresentada pela Gfk, 2016.

⁷⁴ GREY, 2010, considerações finais.

Há também quem sustente que os deveres do ser-humano perante os animais advêm do reconhecimento da capacidade de sofrer e sentir destes e do conseqüente interesse daqueles no não-sofrimento e da respetiva tutela: “a capacidade de sofrimento é o próprio requisito para a existência de interesses, é a condição para que se possa falar de interesses e referir-lhes qualquer valoração ética”.⁷⁵

Por outra banda, há quem sustente que o que está por detrás destes deveres não é tanto a sua capacidade de sofrer e de sentir, “mas sim o critério da exteriorização do sentimento (...) que faz com que o homem seja capaz de se colocar no lugar do animal, mensurando seu sofrimento e despertando piedade”.⁷⁶

Inclinamo-nos para concordar com as duas primeiras teses e concluir que os deveres do ser humano para com os animais existem em razão da capacidade de sofrer daqueles que possuem sistema nervoso, agravando-se quando se trata de animais que foi o próprio ser humano que domesticou e trouxe para a sua esfera, criando assim uma certa dependência destes para com aquele.

Quanto à possibilidade ou impossibilidade de exteriorização concorda-se com Fernando Araújo quando aponta para a perigosidade de utilizarmos este critério: é que assim poderíamos concluir que seria justificável induzir dor a uma pessoa sem capacidade de comunicação por motivos de doença – por exemplo em estado vegetativo – por não a conseguir exteriorizar.⁷⁷ Não o faremos porque *sabemos* que o seu sistema nervoso é igual ao nosso.

Ora, é precisamente através do cumprimento destes deveres morais e jurídicos do homem para com os animais que este desenvolve a sua “personalidade ética”, uma vez que incumpri-los “degrada também a nossa humanidade”.⁷⁸

Destarte, ao criminalizar os maus-tratos e o abandono de animais de companhia, o nosso direito penal não está a tutelar diretamente “a vida animal em si mesma e por si mesma”⁷⁹, dado que “os deveres indirectos para com os animais são deveres directos para com os seres humanos”⁸⁰.

⁷⁵ ARAÚJO, 2003, p. 97.

⁷⁶ NEVES, 2015, pp. 83 e 84.

⁷⁷ ARAÚJO, 2003, pp. 97-98.

⁷⁸ NEVES, 2015, p. 89.

⁷⁹ BRITO, 2016 (b), p. 12.

⁸⁰ CARRUTHERS, citado em ARAÚJO, 2003, p. 337.

Quanto à exigência constitucional do n.º 2 do art. 18.º, dissemos anteriormente que as incriminações têm de encontrar um referente constitucional para serem legítimas. Isto não aconteceria com o bem-estar animal *per se*, mas já sucede com este bem jurídico coletivo baseado no referido interesse humano: são os princípios de justiça e solidariedade, assim como a própria dignidade da pessoa humana – art. 1.º da Constituição – que servem de base constitucional para o bem jurídico em questão.

No entanto, não podemos esquecer que, sendo de um (verdadeiro) bem jurídico coletivo que se trata, a sua análise torna-se mais complexa.

O que se defende aqui não é a tutela de sentimentos internos de cada pessoa, mas sim um interesse geral da sociedade em preservar estes animais com os quais o homem se relaciona proximamente para que estes não sofram desnecessariamente.

É um bem jurídico coletivo na medida em que não é divisível, mas acarreta antes a possibilidade de “ser gozado por todas e cada uma das pessoas, sem que ninguém deva poder ficar excluído desse gozo”⁸¹. Não se avista, assim, qualquer “ofensa, sequer mediata, de um qualquer bem jurídico individual”⁸² ou, mais precisamente “de uso exclusivo de um indivíduo”⁸³, o que não “exclui a existência de interesses individuais que com ele convergem”⁸⁴: se todas as pessoas de uma determinada comunidade vêm o seu interesse prejudicado não quer dizer que cada uma delas, individualmente, não o seja também e tenha um interesse legítimo na preservação destes animais – só não o podendo ser de forma exclusiva.

Deste modo, torna-se perceptível que os bens jurídicos se revelam, por natureza, “muito mais vagos e carentes de definição precisa, de mais duvidosa corporização ou mesmo de impossível tangibilidade”⁸⁵ e, por esse motivo, a sua tutela criminal realizar-se-á através de um “direito penal do comportamento”⁸⁶.

Este “direito penal de comportamento” – já abordado anteriormente – é como um desvio a uma regra de conduta compartilhada e aceite socialmente. No caso dos maus-

⁸¹ DIAS, 2007, p. 150.

⁸² *Ibidem*, p. 150.

⁸³ BRITO, 2016 (b), p. 17.

⁸⁴ DIAS, 2007, p. 150.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 151.

⁸⁶ BRITO, 2016 (b), p. 17.

tratos e abandono dos animais de companhia, este consenso social revelou-se evidente nos trabalhos parlamentares que deram lugar às normas penais.

No entanto, nada disto implica o afastamento da teoria do bem jurídico – como preconizava Stratenwerth – uma vez que esta punição de “puras relações da vida como tais” é feita tendo em vista a tutela de um bem jurídico coletivo.

Por último, importa chamar a atenção para o facto de esta tese ser a que melhor consegue justificar a razão pela qual os únicos animais protegidos pelas normas incriminadoras são os animais de companhia: é que é com estes que o homem tem uma especial relação de proximidade e é sobre estes que especialmente recaem os seus deveres de proteção.

Consegue fazê-lo sem esbarrar com o principal problema da tese da “proteção de sentimentos”: não é necessário que o maltrato ou o abandono sejam presenciados ou conhecidos por alguém para que o bem jurídico seja atingido.

Não obstante todas as dificuldades apontadas e a indiscutível complexidade do tema, temos assim que, de todas as teorias expostas, a que melhor legitima as incriminações é aquela que considera que o bem jurídico protegido pelos crimes de maus-tratos e a abandono de animais de companhia é um bem jurídico coletivo, baseado no “interesse humano de toda e cada uma das pessoas na preservação da integridade física, da saúde e da vida dos animais em função de uma certa relação atual (ou potencial) com o agente do crime”⁸⁷.

3. Problemas hermenêuticos.

Importa, no entanto, ter em consideração que a tarefa de isolar um bem jurídico para qualquer incriminação não releva apenas em fase de legitimação das normas penais, uma vez que o bem jurídico-penal serve simultaneamente como critério interpretativo dessas normas.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 17.

É precisamente sobre esta função interpretativa do bem jurídico que, à luz da posição que defendemos anteriormente, nos iremos debruçar em seguida.

3.1. Aspetos comuns a ambas as incriminações.

3.1.1. O conceito de *animais de companhia*.

Muita celeuma tem causado o conceito de *animal de companhia*⁸⁸ e a razão pela qual o legislador decidiu restringir a proteção dada pelas incriminações a uma categoria específica de animais.

Como foi possível concluir anteriormente esta restrição é a prova concreta de que estas incriminações são ainda marcadamente antropocêntricas e não permitem proteger diretamente os animais em si mesmos considerados: é em função de interesses humanos que estes são protegidos (“seu entretenimento e companhia”), ficando reduzidos a meros *objetos das ações típicas*.

Mas afinal quais são os animais abrangidos?

O n.º 1 do art.º 389.º do Código Penal define animal de companhia como, por um lado, “qualquer animal detido” pelo ser humano “para seu entretenimento ou companhia” e, por outro, qualquer animal “destinado a ser detido” pelo ser humano para os mesmos fins.

Quanto à primeira categoria tem sido questionado o sentido da palavra “qualquer”: será que o legislador pretendeu abranger, efetivamente, *qualquer* animal detido pelo ser humano ainda que seja, por exemplo, um peixe, uma lagartixa ou uma tarântula que vivem num aquário?

A resposta terá de ser negativa em razão da “desnecessidade de criminalização do comportamento, *maxime* em virtude da total desproporcionalidade da intervenção penal”, sendo necessária uma redução teleológica da norma incriminadora por forma a ter-se por respeitados os n.ºs 2 e 3 do art. 18.º da C.R.P e a “própria *ratio* das incriminações”⁸⁹. De

⁸⁸ Em sintonia com a alínea a) do n.º 1 do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 276/2001, de 12 de outubro, o n.º 1 do art.º 389.º do Código Penal dispõe: “Para efeitos do disposto neste capítulo, entende-se por animal de companhia qualquer animal detido ou destinado a ser detido por seres humanos, designadamente no seu lar, para seu entretenimento e companhia”.

⁸⁹ BRITO, 2016 (b), p. 18.

outra forma convocar-se-iam problemas de proporcionalidade, “cabendo perguntar se realmente seria aceitável a privação da liberdade de um ser humano (...) em razão de, por exemplo, ter queimado as formigas (...) que guardava num recipiente para se entreter”⁹⁰.

Destarte, um animal para ser “de companhia” terá, por um lado, de ter capacidade para oferecer essa companhia, interagindo minimamente com o ser humano e, por outro, de ter um certo grau de consciência e sensibilidade ao sofrimento reconhecido biologicamente^{91 92}.

Por outro lado, não deve ser excluída a possibilidade de proteção de animais que normalmente não são utilizados para companhia do homem (por exemplo, cavalos, porcos ou burros) mas que, no caso concreto, estão a ser usados, não para fins agrícolas, mas para exclusivo entretenimento do proprietário: eles interagem com o ser humano, são aptos a “oferecer companhia” – tanto que o fazem – e têm uma sensibilidade ao sofrimento semelhante à nossa. Já se torna mais duvidoso quando, além de serem utilizados para companhia, também servem para fins agrícolas ou utilitários – aqui, o n.º 2 do art. 389.º parece excluir a sua proteção.⁹³

Outra questão, agora específica do crime de maus-tratos,⁹⁴ prende-se com o segundo grupo de animais de companhia: aqueles que estão “destinados a serem detidos pelo ser humano”.

Com esta expressão, pretenderá o legislador abranger todos os animais que “efectivamente ou potencialmente, mas sempre em *concreto*, se destinem à companhia ou entretenimento das pessoas”⁹⁵ – limitando-se a proteção àqueles animais que se encontram na posse do criador, vendedor ou proprietário de um canil / associação –; ou pretenderá, além destes, incluir também aqueles que em abstrato são geralmente utilizados para companhia do homem, ainda que atualmente se encontrem fora do

⁹⁰ ALBERGARIA / LIMA, 2016, p. 158.

⁹¹ *Ibidem*, p. 158.

⁹² Existem animais que não são sencientes (esponjas, corais, anêmonas e hidras) e também animais que, apesar de o serem, têm um sistema nervoso central tão simples que não nos permite ter a certeza do modo e da intensidade com que sentem (como é o caso de muitos invertebrados, incluindo moluscos, insetos ou crustáceos).

⁹³ Com uma opinião contrária à nossa: GOMES, 2015, p. 58.

⁹⁴ O crime de abandono de animais de companhia distingue-se por ser um crime próprio que tem de ser praticado pelo detentor do animal – aquele que tem o “dever de guardar, vigiar ou assistir”.

⁹⁵ Neste sentido: ALBERGARIA / LIMA, 2016, p. 159.

controlo humano (estejam em situação *errante*)?⁹⁶ Apesar de a questão não se encontrar devidamente esclarecida pelo nosso legislador, concorda-se com o segundo entendimento.

Parece evidente que não é por um cão ou gato viver na rua que isso o impede de estar “destinado a ser detido pelo ser humano”, uma vez que, ainda que não esteja na montra de uma loja de animais, existe sempre a possibilidade de ser resgatado e *adotado* – sendo, aliás, esse o destino que se deseja alcançar para certas espécies de animais que dependem dos seres humanos, encontrando-se na rua apenas por infortúnio ou maldade humana.

O que a norma está a querer proteger não é o interesse do proprietário do animal (como acontece com o crime de dano do art.º 212.º do C.P.), mas sim o interesse coletivo em que *toda e qualquer* pessoa preserve a integridade física, saúde e vida de todos os animais de companhia.

De resto, se o motivo que está por detrás destas normas penais é o dever do homem para com os animais em função da sua capacidade de sofrer e da dependência que este provocou relativamente a algumas espécies, não teremos o mesmo dever perante um cão numa loja de animais que perante um cão *vadio*?

Não faria sequer sentido que se proibisse o abandono de animais de companhia e depois, no que se refere ao crime de maus-tratos, se excluísse da tutela penal os animais abandonados.

Por último, como bem aponta Raúl Farias, a própria definição de animal *vadio* da Convenção Europeia para a Proteção dos Animais de Companhia engloba o conceito de *animal de companhia*, ao estabelecer no n.º 5 do seu art.º 1.º, que deve entender-se por animal vadio “qualquer animal de companhia que não tenha lar ou que se encontre fora dos limites do lar do seu proprietário ou detentor e não esteja sob o controlo ou vigilância direta de qualquer proprietário ou detentor” (sublinhado nosso).⁹⁷

Importa, no entanto, fazer uma ressalva relacionada com o n.º 2 do preceito que dispõe que “não se aplica” o conceito de animal de companhia “a factos relacionados com a utilização de animais para fins de exploração agrícola, pecuária ou agro-industrial, assim

⁹⁶ Da opinião, que os animais errantes se encontram abrangidos, temos, por exemplo, FARIAS, 2015, p. 143, ALVES, 2015, p. 26, e, ainda, ALBUQUERQUE, 2015, p. 1243.

⁹⁷ FARIAS, 2015, p. 143.

como não se aplica a factos relacionados com a utilização de animais para fins de espetáculo comercial ou outros fins legalmente previstos”.

Além da evidente deficiente técnica legislativa (uma definição de animal de companhia aplicável ou não a certos factos?⁹⁸), esta exclusão parece assentar no equívoco de que a tutela da vida, integridade física e da saúde destes animais “já estaria completamente assegurada pelas leis que regulam e condicionam a utilização dos animais para os fins em causa”⁹⁹. O que não se verifica: a violação de normas legais relativas, por exemplo, às condições de abate, alimentação e alojamento de animais afetos a certas finalidades não se confunde com os crimes de maus-tratos (e até com a provocação da morte de um animal “sem motivo legítimo”) e abandono de animais – uma coisa nem exclui a outra, podendo ambas coexistir.

De qualquer forma, qualquer ação de maus-tratos ou abandono que vise animais entregues a estes fins – exploração agrícola, pecuária ou agroindustrial, espetáculos comerciais (touradas, circos), e outros legalmente previstos (caça, pesca, fins científicos ou religiosos, etc.) terá de ser considerada atípica em resultado deste n.º 2.

Cumprе-nos, desta forma, defender a interpretação do conceito de *animais de companhia* que abarque (i) qualquer animal detido pelo ser humano em razão da sua capacidade de interação com o mesmo e sensibilidade à dor¹⁰⁰; (ii) qualquer animal destinado a ser detido pelo ser humano em concreto; ou, no que se refere ao crime de maus-tratos, (iii) qualquer animal que em abstrato é geralmente detido pelo ser humano, mas se encontre em situação errante. No entanto, excluem-se da tutela penal aqueles que, apesar de cumprirem algum dos requisitos anteriores, estão entregues a algum dos fins do n.º 2 do art. 389.º do C.P.

Esta parece-nos ser a única conceção que, da mesma forma que restringe a tutela penal aos casos ético-socialmente insuportáveis e proporcionais à sanção cominada pela norma, é igualmente justa e está em harmonia com a *ratio* da incriminação.

⁹⁸ ALBERGARIA / LIMA, 2016, p. 161.

⁹⁹ BRITO, 2016 (a), p. 9.

¹⁰⁰ Em Portugal, conhecem-se decisões envolvendo, obviamente, cães e gatos e, mais recentemente, um hamster que foi esmagado até à morte por um jovem que, em consequência disso, foi condenado pelo Tribunal num crime de maus-tratos agravados, na pena de multa de 900€ - “Condenado por esmagar hamster até à morte em Lisboa”, 2019.

3.1.2. Outros aspetos comuns às incriminações.

Importa ainda ter em atenção que: *(i)* ambas as incriminações são puníveis apenas a título doloso (todos os tipos de dolo); *(ii)* nenhuma é punível na forma tentada (art. 23.º/1); e, *(iii)* tendo em atenção o bem jurídico protegido pelas incriminações, que consideramos ser coletivo, nada obsta a que a pluralidade de atos se reconduza à unidade pela via da continuação criminosa (desde que se verifiquem os respetivos pressupostos e requisitos atenuantes da responsabilidade) quer o objeto da ação seja um, quer sejam vários animais – não se tratando de bens eminentemente pessoais, o n.º 3 do art. 30.º do C.P. não se aplica.

3.2. O crime de maus-tratos a animais de companhia.

O crime de maus-tratos a animais de companhia, previsto no art. 387.º do C.P., é um crime de dano, dado que a consumação da conduta típica (infligir dor, sofrimento ou maus-tratos físicos) provoca a efetiva lesão do bem jurídico que temos vindo a defender (o interesse coletivo de toda e qualquer pessoa em preservar a integridade física, vida e saúde dos animais de companhia).

É também um crime comum, na medida em que o agente do crime pode ser qualquer pessoa, inclusive o proprietário do animal de companhia.

Já quanto à relação entre a conduta típica e o objeto da ação levantam-se algumas dúvidas.

Parte da doutrina¹⁰¹ considera que estamos perante um crime de resultado cuja consumação se verifica com a efetiva ocorrência de dor, sofrimento ou quaisquer outros maus-tratos físicos, sem que haja “motivo legítimo”. Para estes autores existe uma ação / conduta que, para consumir o crime, tem de desencadear um evento espaço temporalmente destacado da ação (um resultado) que neste caso será uma “ofensa no corpo do animal” ou “uma sensação física dolorosa”¹⁰².

¹⁰¹ Neste sentido, p. ex., ALBUQUERQUE, 2015, p. 1238; FARIAS, 2015, p. 144; e MOREIRA, 2015, p. 165.

¹⁰² MOREIRA, 2015, p. 165.

No entanto, há também quem considere que, contrariamente ao n.º 2 do mesmo artigo (que terá sempre de consubstanciar um crime de resultado), o n.º 1 é compatível com um crime de mera atividade¹⁰³, uma vez que o ato de provocar dor, sofrimento ou maus-tratos físicos pode corresponder a uma “mera atividade” que não necessita de um resultado espaço-temporalmente destacado da ação.

Inclinamo-nos para concordar com a segunda posição na medida em que, tanto os maus-tratos físicos, como o ato de infligir dor ou sofrimento, podem corresponder a meras atividades. A título de exemplo, manter um cão permanentemente preso por uma corrente muito curta que lhe limita fortemente os movimentos, impedindo-o, inclusivamente, de se levantar, consubstancia o crime de maus-tratos a animais de companhia, na medida em que é uma infligência de dor ou sofrimento físico e psicológico¹⁰⁴, sob a forma de restrição grave da etologia do animal, isto é, do seu comportamento social e individual em ambiente natural.

3.2.1. Que tipo de maus-tratos?

Diz-nos o n.º 1 deste artigo 387.º que a ação típica passa por “infligir dor, sofrimento ou quaisquer outros maus-tratos físicos a um animal de companhia”. A opção pela inserção da palavra “outros” antes de “maus-tratos físicos” faz levantar a questão: pretenderá o legislador punir, por um lado, a infligência de dor ou sofrimento enquanto maltrato físico e, por outro, quaisquer outros maus-tratos físicos, ainda que não incluam dor ou sofrimento, excluindo, desta forma, os maus-tratos psicológicos¹⁰⁵; ou a sua intenção foi antes a de punir a causação de dor ou sofrimento – de dimensão física ou psicológica – e, além disso, quaisquer maus-tratos físicos¹⁰⁶?

Esta questão revela uma má técnica legislativa que, por sua vez, se traduz numa falta de clareza das intenções do legislador.

Não obstante, inclinamo-nos para concordar com a segunda posição, uma vez que, apesar de não se compreender o que levou o legislador a empregar o pronome “outros” quando se poderia limitar a afirmar «“quem, sem motivo legítimo, infligir dor,

¹⁰³ PALMA, 2016, p. 3.

¹⁰⁴ Sobre a punibilidade de dor ou sofrimento psicológico ver o próximo capítulo (3.2.1.).

¹⁰⁵ Defendendo esta posição temos, por exemplo, MOREIRA, 2015, p. 165.

¹⁰⁶ Segundo os ensinamentos de Teresa Quintela de Brito, na F.D.U. L.

sofrimento ou (quaisquer) maus-tratos físicos a um animal de companhia” – ficando assim demonstrada a separação entre as duas realidades que compõem a acção típica»¹⁰⁷, o emprego desta palavra não nos parece suficiente para excluir condutas tão claramente dolorosas e provocadoras de sofrimento (primeira parte do n.º 1) como o ato de manter um cão ou um gato acorrentado ou fechado num espaço exíguo, privado de se movimentar e agir segundo a sua própria natureza, exposto a ruídos ou ameaças causadores de stress, ainda que lhe seja provida alimentação e cuidados, na medida em que é também aqui infligida dor e sofrimento numa dimensão significativa, e, como tal, adequada à finalidade de proteção do bem jurídico.

De resto, como bem aponta Conceição Valdágua, «cabe ao intérprete esforçar-se por fazer uma correcta interpretação da lei, a qual, sem ultrapassar o sentido possível das palavras (em obediência ao princípio da legalidade), reconstitua a partir dos textos “o pensamento legislativo, tendo... em conta a unidade do sistema jurídico” e presuma que “o legislador consagrou as soluções mais acertadas” (art.9º, nºs 1 e 3 do Código Civil).»¹⁰⁸.

Ora, não parecem existir dúvidas que a “solução mais acertada” será a de incluir no espectro das ações típicas as condutas que causam sofrimento psicológico, ao lado dos maus-tratos físicos, dado que “não se vislumbra que seja menos grave ou requeira mais branda reação manter um animal como um cão ou um gato enfiados em jaulas de dimensões exíguas ou presos, a céu aberto, por meio de corrente de escasso comprimento, durante semanas, meses, anos, a fio, do que açoitar o mesmo animal”¹⁰⁹.

De qualquer forma, não nos devemos esquecer que é hoje possível determinar-se quando um animal se encontra com dor ou em estado de sofrimento, recorrendo-se à medicina veterinária, pelo que a segurança jurídica continua assegurada mesmo que a ação típica consista na infligência de dor ou sofrimento psicológico.

Por tudo isto, considera-se que o crime de maus-tratos a animais de companhia proíbe tanto a infligência de dor ou sofrimento como qualquer maltrato físico (que implique ou não dor).

¹⁰⁷ SIMÕES, 2017, p. 139.

¹⁰⁸ VALDÁGUA, 2017, p. 181.

¹⁰⁹ MOREIRA, 2015, p. 164.

3.2.2. Omissão.

Afirmámos anteriormente que o n.º 1 do art. 387.º do C.P. pode configurar um crime de mera atividade, pelo que só na modalidade de crime de resultado (que também comporta) poderá beneficiar da cláusula de equiparação do n.º 1 do art. 10.º de modo a ser punido por omissão imprópria¹¹⁰, não esquecendo que, nesta forma de execução, será de um crime específico próprio que se trata, uma vez que apenas quem tem um dever de garante, pode ser dele autor.

Quanto às fontes desse dever nada há a acrescentar relativamente àquilo que se verifica para outros crimes omissivos: pode resultar de uma situação de facto previamente constituída e assumida (por exemplo, aquele que se assume como dono do animal), da lei (aquele que tem o dever de cuidar do animal, como, por exemplo, um funcionário de uma *pet shop*), de contrato (p. ex. quem assumiu um serviço de *pet sitting*), ou ainda de ingerência (p. ex. aquele que atropela o animal).

A este propósito, importa, ainda, questionar o que será que acontece quando a “ausência de tratos” (isto é, o abandono) se traduz em maus-tratos na sua modalidade de crime de resultado.

Neste caso, o crime de abandono de animais de companhia (art. 388.º do C.P.) deverá ser consumido pelo crime de maus-tratos aos mesmos animais (art. 387.º) por omissão (art. 10.º, n.º 1), tratando-se de um concurso aparente de crimes por via de uma subsidiariedade implícita entre um crime de perigo (abandono) e um crime de dano (maus-tratos) que protegem o mesmo bem jurídico.

3.2.3. A morte como agravação pelo resultado.

Outro assunto que tem suscitado alguma discussão é a redação do n.º 2 deste artigo 387.º, que vem declarar que “se dos factos previstos no número anterior resultar a morte do animal, a privação de importante órgão ou membro ou a afetação grave e permanente da sua capacidade de locomoção, o agente é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias”.

¹¹⁰ A omissão própria nunca seria uma possibilidade, uma vez que o crime não se caracteriza pela simples omissão de agir.

Discute-se se este n.º 2 é responsável pela atribuição da categoria de crime preterintencional ao crime de maus-tratos a animais¹¹¹ – o que implicaria que os resultados previstos neste número não possam ser abrangidos pelo dolo do agente que apenas poderia ser responsabilizado pelo resultado quando o tenha causado a título negligente – ou se, de outra forma, representa uma agravação pelo resultado sem que isso implique a existência de um crime preterintencional¹¹² – altura em que o resultado poderia ter sido criado tanto a título negligente como doloso, dado que o primeiro representa o mínimo exigível para a punição do agente, por imposição do princípio da culpa.

Importa não esquecer que os crimes preterintencionais são apenas uma parte dos crimes agravados pelo resultado, sendo que um crime pode possuir uma agravação pelo resultado sem que por isso tenha de ser considerado preterintencional, isto é, sem que a agravação seja causada a título negligente, como resulta da expressão “pelo menos a título de negligência” (sublinhado nosso) do art. 18.º do C.P.

Ora, o que acontece neste n.º 2 é precisamente uma agravação pelo resultado de um crime que não é preterintencional. De outra forma, seríamos “levados a concluir que se uma pessoa, ao mal tratar um animal, por descuido lhe corta as pernas ou o mata, será punido pelos maus tratos agravados previstos no n.º 2 do art. 387.º, com uma pena de prisão até 2 anos. Mas se intencionalmente cortar as pernas ao animal ou o matar - comportamento que, evidentemente, ninguém põe em causa que é mais desvalioso e censurável, com um maior grau de ilicitude material e de culpa -, não será punível pelos maus tratos agravados que produziu”¹¹³.

Outra discussão levantada por este n.º 2 do art. 387.º é a que respeita à morte indolor e/ou imediata de um animal de companhia: estando a morte prevista neste número enquanto elemento de agravação pelo resultado, quererá isto dizer que a morte sem dor e/ou imediata não é punida?

Apesar de esta questão causar divergências¹¹⁴, a nosso ver, a resposta terá sempre de ser negativa, uma vez que “pela própria natureza das coisas, não é possível matar sem

¹¹¹ Neste sentido, por exemplo, MOREIRA, 2015, p. 165.

¹¹² Neste sentido, VALDÁGUA, 2017, p. 186 e, concordando, o Acórdão do Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal, de 31 de outubro de 2018, Proc. nº 90/16.4GFSTB, p. 23, que condenou dois arguidos que, sem conhecimentos veterinários, fizeram uma incisão no útero de uma cadela prenha sem anestesia, por forma a retirar as suas crias, provocando as suas mortes.

¹¹³ VALDÁGUA, 2017, p.186.

¹¹⁴ No sentido de a morte indolor não ser punível: ALBERGARIA / LIMA, 2016, p. 163.

lesar a integridade física, ou seja, maltratar”¹¹⁵, isto é, a morte, ainda que indolor, implica sempre um maltrato, “uma lesão da integridade física que é a lesão de todas as funções vitais do animal”¹¹⁶ – lesão esta que preenche a última parte do n.º 1 do art. 387.º do C.P.

A título de exemplo, “basta pensar em situações de tentativa, em que o animal fica gravemente ferido mas o resultado morte não chega a verificar-se. Portanto, mesmo que se admitisse (o que não concedemos) que o agente não poderá ser punido pelo resultado morte se actuar com dolo de o causar, ele sempre teria que ser punido pelas lesões corporais que infligiu para que esse resultado – morte – se pudesse verificar, ou seja: pela lesão de todas as funções do tronco cerebral, indispensável à produção do resultado morte.”¹¹⁷

Ademais, como afirmado anteriormente, nem todas as modalidades de condutas típicas do n.º 1 do art. 387.º exigem dor ou sofrimento para que o tipo se veja preenchido, tendo o legislador optado por separar as condutas que causam dor ou sofrimento de todos os “maus tratos físicos”, onde, claramente, se deverá incluir a morte indolor.

Nestes termos, a lesão de todas as funções vitais de um animal, ainda que de forma indolor e/ou imediata (deixando, obviamente, de fora os casos de recurso ao abate por motivos clínicos), preenche o n.º 1 do art. 387.º *in fine* e a morte resultante desta lesão consubstancia uma agravação pelo resultado (n.º 2 do art. 387.º) que tem, como requisito mínimo, a negligência quanto ao evento mais grave, sendo compatível com o dolo relativamente a esse evento (art. 18.º C.P.).

3.3. Abandono de animais de companhia.

O artigo 388.º do Código Penal pune quem “tendo o dever de guardar, vigiar ou assistir animal de companhia, o abandonar, pondo desse modo em perigo a sua alimentação e a prestação de cuidados que lhe são devidos”.

O preenchimento do tipo ocorre, tanto com a não prestação de cuidados por parte dos detentores ao animal no alojamento, como com a sua remoção efetuada pelos seus

¹¹⁵ VALDÁGUA, 2017, p.187.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 200.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 188.

detentores para fora do domicílio com vista a pôr termo à sua detenção – art. 6.º-A, do Decreto-Lei n.º 276/2001, de 17.10.

Em qualquer um dos casos é necessário que a alimentação e a prestação de cuidados devidos ao animal sejam postas em perigo, contrariamente à contraordenação da alínea c) do n.º 2 do art. 68.º do Decreto-Lei n.º 276/2001, de 17 de outubro, que se refere ao abandono sem que tal seja necessário.¹¹⁸

3.3.1. Perigo concreto.

A principal dificuldade desta norma incriminadora prende-se com a confusão técnica que é feita entre a conduta incriminada e o resultado de perigo que resulta em opiniões divergentes quanto à classificação do crime, no que concerne ao grau de lesão do bem jurídico protegido: há quem considere que estamos perante um crime de perigo concreto¹¹⁹; um crime de perigo abstrato¹²⁰; ou um crime de perigo abstrato-concreto¹²¹. Dependendo do bem jurídico que se tenha como protegido há também quem considere que é de um crime de dano que se trata¹²².

Ora, tendo em conta a posição assumida anteriormente, o agente, ao realizar os factos descritos pela norma está a lesar o bem jurídico “interesse humano na preservação da integridade física, da saúde e da vida de certos animais” apenas a título de perigo. Não é necessário que o animal adoça ou morra esfomeado, bastando que a sua alimentação e os “cuidados que lhe são devidos” sejam postos em perigo e que, conseqüentemente, a sua integridade física, saúde e vida sejam também elas postas em perigo.

Parece simultaneamente resultar da letra da lei que este perigo terá de ser um perigo *concreto*, isto é, que o tipo só será preenchido quando o bem jurídico tenha efetivamente sido posto em perigo. Isto porque, tal como no crime de exposição ou abandono do art. 138.º do Código Penal, onde é elemento do tipo o “colocar em perigo a vida de outra pessoa”, aqui é elemento do tipo o pôr em “perigo a sua alimentação e a

¹¹⁸ ALVES, 2015, p. 20.

¹¹⁹ VALDÁGUA, 2017, p.192; e FARIAS, 2015, p. 148.

¹²⁰ PARECER DO CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA, 2014, *ponto bb*.

¹²¹ SEPÚLVEDA, 2018, p. 59.

¹²² Por considerarem que o bem jurídico protegido pelas normas é o sentimento humano de compaixão e solidariedade pelos animais, ALBERGARIA / LIMA, 2016, p. 165.

prestação de cuidados que lhe são devidos”. Em ambos os tipos, só haverá crime quando se comprove que o bem jurídico foi realmente posto em perigo.

Deste modo, se um animal é abandonado à porta de uma associação zoófila que, minutos depois, o recolhe, esse perigo nunca chegou a verificar-se, pelo que o agente não poderá ser punido pelo crime de abandono de animais de companhia – sê-lo-ia apenas a título de tentativa, algo que será sempre impossibilitado pela sua não punibilidade¹²³.

De resto, ao considerar que estamos perante um crime de perigo abstrato teremos necessariamente de duvidar da sua constitucionalidade, uma vez que, tal como se tem vindo a expor, estas normas caracterizam-se pela sua indefinição no que toca ao bem jurídico, pelo que a antecipação da sua proteção não se mostraria “minimamente fundamentada, devendo prevalecer incólumes os direitos fundamentais que com ela se pretendem restringir, em obediência ao disposto no art. 18.º, n.º 2 da CRP”¹²⁴.

4. Comparação com alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros.

O tema que temos vindo a ensaiar ao longo deste trabalho tem sido amplamente discutido em diversos ordenamentos jurídicos, levantando questões semelhantes às nossas, que resultaram em soluções, por vezes divergentes.

Alemanha, Suíça, Espanha e Itália são os países sobre os quais nos iremos debruçar neste capítulo por terem culturas e ordenamentos jurídicos semelhantes aos nossos e por revelarem, ao longo dos tempos, uma preocupação generalizada com o bem-estar animal.

Constitucionalmente, de entre estes países, apenas a Alemanha e a Suíça fazem referência direta à proteção dos animais. Enquanto a Constituição alemã¹²⁵, no art. 20.º, declara que o Estado deve proteger os animais¹²⁶, a Constituição suíça¹²⁷, além

¹²³ FARIAS, 2015, p. 148.

¹²⁴ PARECER DO CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA, 2014, *ponto bb*.

¹²⁵ CONSTITUTION OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY, 1949 (versão atualizada em 13.07.2017).

¹²⁶ Como afirma NATRASS, 2004, p. 302, ao acrescentar a proteção dos animais aos deveres do Estado, a Constituição alemã não está a atribuir direitos aos animais, mas está a garantir-lhes proteção a nível constitucional.

¹²⁷ FEDERAL CONSTITUTION OF THE SWISS CONFEDERATION, 1999 (versão atualizada em 23.09.2018).

de, no art. 120.º, conferir “dignidade aos animais”¹²⁸, contém ao todo cinco artigos referentes ao bem-estar animal¹²⁹.

Não obstante, a nível penal, todos estes países, de uma maneira ou de outra, protegem os animais.

Vejam os.

No que toca à inserção sistemática dos crimes contra animais, todos os países referidos, tal como Portugal, optaram por inserir as incriminações nos códigos penais respetivos, com a exceção do ordenamento jurídico alemão, que optou por tratar este tema na *Tierschutzgesetz* (lei de proteção animal)¹³⁰, e do ordenamento suíço que, a par do código penal onde se encontram algumas incriminações referentes a animais, também apresenta uma “Lei Federal de Proteção dos Animais”¹³¹ onde se encontram, por exemplo, os crimes de abandono e maus-tratos a animais.

A punição dos maus-tratos a animais encontra-se presente em qualquer um destes ordenamentos jurídicos, existindo algumas diferenças nos comportamentos típicos.

Distintamente do Código Penal português, onde o art. 387.º alude apenas à “dor, sofrimento ou quaisquer outros maus-tratos físicos”, a Suíça optou por, no art. 26.º da Lei Federal de Proteção dos Animais, discriminar várias condutas que tipificam os maus-tratos. Assim, pune-se quem, intencionalmente, maltratar, negligenciar ou sobrecarregar excessivamente um animal desrespeitando a sua dignidade; assim como quem matar de forma cruel ou com malícia, organizar lutas, causar dor, sofrimento ou lesão evitável durante uma experiência científica; ou, ainda, quem abandonar um animal.

Já na Alemanha, no n.º 1 do art. 17.º da *Tierschutzgesetz*, pune-se quem matar um animal vertebrado sem uma “boa razão” (apesar de este termo deixar espaço para interpretações divergentes, a verdade é que nunca levantou nenhuma discussão nos tribunais¹³²). Segundo Kate M. Natrass é permitido matar um animal “only if a legal

¹²⁸ Esta expressão tem sido alvo de várias controvérsias, originadas pelas diferenças de tratamento do conceito na versão alemã (“Würde der Kreatur”) e na versão francesa (“intégrité des organismes vivants”) - MICHEL / KAYASSEH, 2011, p. 4.

¹²⁹ Art. 78.º, art. 80.º, art. 84.º, art. 118.º e art. 120.º.

¹³⁰ GERMAN ANIMAL WELFARE ACT, 1998 (versão atualizada até outubro de 2010).

¹³¹ SWISS ANIMAL WELFARE ACT, 2005, (versão atualizada em 1.01.2011).

¹³² NATRASS, 2004, p. 289.

good of equal or higher value demands it”¹³³, o que sucede, por exemplo, quando alguém mata um animal para produzir comida; em situações de risco para a saúde de pessoas ou dos seus animais; ou para extermínio de pragas.

Já o n.º 2 pune quem, por crueldade, causar dor ou sofrimento consideráveis a um animal vertebrado, ou lhe infligir dor ou sofrimento repetidos ou persistentes.

Por sua vez, em Espanha, no art. 337.º do código penal¹³⁴, pune-se quem maltratar injustificadamente (sendo que esta expressão, para alguns, representa a exclusão dos casos de legítima defesa e estado de necessidade e, para outros, representa a exclusão de condutas socialmente aceites, como as touradas¹³⁵) um animal doméstico ou amansado causando-lhe a morte ou lesões que afetem gravemente a sua saúde e, ainda, quem os submeter a exploração sexual.

Neste país, a partir de 2010, com a LO 5/2010, os maus-tratos psicológicos passaram a caber nesta previsão, dado que a nova redação veio suprimir o termo “menoscabo físico”¹³⁶.

Uma ressalva apenas para o facto de, caso o maltrato injustificado não produzir nenhum dos resultados previstos no tipo (morte ou lesões graves), deverá ser sancionado através das disposições dos artigos 337.º *bis* (abandono de um animal doméstico em condições que possam perigar com a sua vida ou integridade) ou do n.º 4 do 337.º C.P. (maltratar cruelmente animais domésticos ou outros em espetáculos não autorizados legalmente)¹³⁷, uma vez cumpridos os respetivos requisitos.

Por último, em Itália, no art. 544-ter¹³⁸, pune-se quem, por crueldade ou sem necessidade, causar uma lesão a um animal, o torturar, o forçar a realizar um trabalho insuportável tendo em conta as suas características etológicas, e quem administrar drogas ou tratamentos que causem dano à sua saúde.

No que concerne à moldura penal para este crime, podemos observar que Portugal tem a moldura mais leve, cominando pena de prisão até um ano ou multa até 120 dias para quem maltratar um animal de companhia.

¹³³ *Ibidem*, p. 289.

¹³⁴ CODIGO PENAL Y LEGISLACION COMPLEMENTARIA, 1995 (versão atualizada em 11.04.2016).

¹³⁵ JIMÉNEZ, 2003, capítulo 3.

¹³⁶ GARCÍA, 2011, p. 299.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 301.

¹³⁸ CODICE PENAL ITALIANO, 1930 (versão de 2019).

Tanto a Alemanha, como a Suíça e a Espanha cominam penas de prisão que vão até 3 anos, sendo que, nos dois primeiros, existe a possibilidade de multa¹³⁹ e, no último, existe uma agravção da pena na sua metade superior se tiverem sido utilizadas armas, instrumentos, objetos, meios, métodos ou formas concretamente perigosas para a vida do animal; se tiver havido crueldade; se os atos resultarem na perda ou inutilidade de um órgão ou membro principal ou tiverem sido praticados na presença de um menor.

Quanto a esta última forma de agravção, referente à presença de um menor, não se compreende qual foi a intenção do legislador espanhol, posto que não se vislumbra “qual o fundamento da especial ilicitude e/ou culpabilidade dos maus-tratos de animal, quando estes são executados na presença de menor de idade”¹⁴⁰.

Além disso, pressupondo que também aqui o bem jurídico protegido é o interesse coletivo na preservação da integridade física, saúde e vida dos animais referidos, não se entende como é que este seria mais gravemente afetado com a presença de um menor.

Destarte, concorda-se que “não é missão legítima do Direito Penal a formação de consciências, a promoção de meros valores morais, nem a imposição de regras de comportamento aos adultos quando na presença de menores”¹⁴¹.

Já em Itália estabelece-se a pena de 3 a 18 meses de prisão ou multa de 5.000 a 30.000€ para quem maltratar um animal.

Quanto à previsão da morte dos animais de companhia os ordenamentos jurídicos optaram por soluções diferentes entre si.

Na Alemanha (§17 German Animal Welfare Act) e na Suíça (alínea b) do §26 TSchG) a causação de morte de um animal encontra-se prevista no mesmo artigo que outras condutas maltratantes e com a mesma moldura penal. No primeiro país surge por si só sem qualquer pressuposto a não ser que não exista uma “boa razão para o

¹³⁹ Em dezembro de 2002, na Alemanha, um homem foi condenado na pena de multa equivalente a 2.400€ por ter afogado o seu cão, um valor elevado comparativamente a outros casos semelhantes naquele país - NATRASS, 2004, p. 304.

¹⁴⁰ Comentando uma iniciativa legislativa do PAN (Partidos Pessoas-Animais-Natureza) que sugeria uma agravção do resultado semelhante à espanhola, BRITO, 2016 (a), p. 4.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 4.

fazer”; já no segundo país o artigo refere-se especificamente à morte “causadora de sofrimento”¹⁴².

De forma semelhante à nossa, em Espanha, optou-se por punir a morte do animal como agravação do resultado. Diz-nos o n.º 3 do artigo 337.º do código penal espanhol que, se em consequência dos maus-tratos resultar a morte do animal, a pena elevar-se-á para um intervalo entre 6 a 18 meses. Isto não implica, como foi referido para o caso português, que a lesão das funções vitais que precede a morte não fique abrangida pelo n.º 1 do artigo.

Por último, a opção italiana passa por autonomizar a morte num artigo específico (art. 544-*bis*) que pune de 4 meses a 2 anos “quem, por crueldade ou sem necessidade, causar a morte de um animal”, sendo o dolo genérico um requisito, tanto para a morte motivada por crueldade quanto para a morte sem necessidade¹⁴³.

Segundo Carlo Ruga Riva, com a expressão “por crueldade” o legislador quis mencionar “o motivo abjeto que induz a conduta e não uma modalidade de conduta”. Já a expressão “sem necessidade”, nas palavras do mesmo autor, significa “a ausência de uma necessidade humana considerada aceitável e que não pode ser atendida facilmente de modo menos lesivo para o animal”.¹⁴⁴

Mas a referência à morte do animal no ordenamento jurídico italiano não fica por aqui: o parágrafo 3 do art. 544-*ter* determina o aumento da pena em metade no caso de morte do animal que sofreu os maus-tratos ou ações prejudiciais à sua saúde. Aqui, segundo Ruga Riva, não é necessário o dolo de causar morte ao animal, porque, se assim o fosse, preencher-se-ia antes o art. 544-*bis*.¹⁴⁵

No que toca ao crime de abandono, enquanto em Portugal se comina uma pena de prisão até 6 meses ou multa até 60 dias para quem “tendo o dever de guardar, vigiar ou assistir animal de companhia, o abandonar, pondo desse modo em perigo a sua alimentação e a prestação de cuidados que lhe são devidos”, em Espanha, a consequência para o abandono de um animal, “em condições que possam ser

¹⁴² O que, na nossa opinião, tal como no ordenamento jurídico português, não implica que a morte sem sofrimento não se encontre punida por não ser possível dissociá-la dos maus-tratos, previstos na alínea a).

¹⁴³ RIVA, 2016, p. 136.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 136.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 138.

perigosas para a sua vida e integridade física”, é uma multa de 1 a 6 meses (art. 337.º-*bis*).

Em Itália, pune-se com uma prisão de até um ano ou multa entre 1.000 e 10.000 €, o abandono de animais domésticos ou domesticados e a detenção de animais em condições incompatíveis com a sua natureza e, como tal, causadoras de graves sofrimentos (art. 727.º).

Já na contravenção do art. 672.º do C.P. italiano pune-se com uma multa de 25 a 258€ a “omissão de custódia e má administração de animais”, não se exigindo uma relação de propriedade entre o animal e o agente, mas sim uma detenção material e de facto por parte do segundo.¹⁴⁶

Na Suíça, por outro lado, não se faz distinção na moldura penal dos maus-tratos e do abandono: ambos são punidos com uma pena de prisão até 3 anos ou multa. Não nos parece que esta seja uma boa opção legislativa para Portugal, porque faria o nosso ordenamento jurídico equiparar maus-tratos a “não-tratos”, não tendo em consideração que a ausência de tratos que se consubstancie em maus-tratos (na sua modalidade de crime de resultado) seria sempre reconduzida ao crime de maus-tratos por omissão. Já a ausência de tratos que não englobe maus-tratos deve sempre ter uma pena mais leve por questões de proporcionalidade e carência penal.

Outra característica deste regime é que, contrariamente ao português, aqui não é necessário pôr em risco a alimentação ou os cuidados do animal, bastando “abandonar ou deixar para trás um animal que se mantém numa casa ou numa quinta com a intenção de se livrar dele”, o que faz com que o crime seja de mera atividade, em vez de resultado.

Por último, na Alemanha, o abandono de animais consubstancia um ilícito administrativo (§ 18/4 que remete para o § 3) para o qual é cominada uma coima até 25.000€.

Mas a que animais se referem estas incriminações?

¹⁴⁶ Conhece-se o caso de um senhor que foi responsabilizado pelos ferimentos de um cão que pertencia a um empregado seu, porque permitiu que este colocasse o cão na sua quinta e não exerceu a vigilância necessária sobre o animal - Suprema Corte di Cassazione di 8 maggio 2012 – 21 gennaio 2013, proc. n.º 3124.

Destes cinco países, Portugal é único na referência a “animais de companhia”, possuindo o espectro menor de animais considerados nas incriminações de maus-tratos e abandono.

Na Alemanha, fala-se em maus-tratos a “vertebrados”, incluindo assim peixes, répteis, anfíbios, aves e mamíferos.

Os nossos vizinhos espanhóis, no que toca a estes crimes, optaram por discriminar as categorias de animais protegidos, abrangendo os animais domésticos ou amansados; os animais que habitualmente estão domesticados; os animais que temporária ou permanentemente vivem sob controlo humano e, de forma mais ampla, qualquer animal que não viva em estado selvagem.

Em Itália, a referência feita no crime de abandono (art. 727.º) é a “animais domésticos”, mas, tanto no crime de maus-tratos (art. 544-ter) como na causação de morte (art. 544-bis), fala-se somente em “animais”.

Já o §26.º da Lei Federal Suíça de Proteção dos Animais, que pune os maus-tratos e o abandono, refere-se aos animais no geral, assim como o Código Penal na maior parte dos vários artigos referentes a animais.¹⁴⁷ Existem, no entanto, disposições específicas para animais domésticos (crime de propagação de doença do § 232, de contaminação de água do § 234, e de fabricação ou difusão de alimento nocivo para os animais domésticos do § 235).

4.1. Sugestão de melhoramentos do C.P. português a partir desta comparação.

Comparando Portugal com estes ordenamentos jurídicos, concluímos que o nosso país tem alguns aspetos a melhorar.

Antes de mais, para facilitar a aferição da legitimidade das normas penais, consideramos que seria benéfico proteger diretamente os animais na nossa Constituição, nos mesmos termos que fez a Alemanha, isto é, não reconhecendo

¹⁴⁷ A legislação suíça é muito rica no que toca a referências a animais, colocando-os algumas vezes no mesmo plano que os seres humanos: por exemplo, no § 135 do C.P. pune-se a divulgação de atos violentos contra pessoas e animais, cominando a mesma pena quer se trate de uns ou de outros.

diretamente direitos aos animais, mas antes concedendo ao Estado a tarefa de os proteger, enquanto seres-vivos numa posição hierárquica inferior ao ser humano.

No que concerne à tipificação da morte do animal, consideramos que Portugal deverá seguir o caminho de Itália e autonomizá-la do crime de maus-tratos, evitando assim as confusões provocadas pela técnica legislativa atual.

Outra sugestão passa por retirar do art. 387.º a expressão “quaisquer outros maus-tratos físicos” que, como chamámos a atenção anteriormente, é alvo de interpretações contraditórias. Assim, Portugal poderia seguir o caminho de Espanha que substituiu a expressão “menoscabo físico” pelo simples verbo “maltratar”.

Quanto ao conceito de “animais de companhia”, consideramos também que se impõe uma mudança.

Não se compreende por que razão ficam fora da proteção da norma os cavalos, burros ou vacas que não são utilizados para companhia, uma vez que estamos a falar de maus tratos injustificados o que excluiria sempre o abate para consumo, a experimentação científica, etc.¹⁴⁸ Da mesma forma não se entende porque é que se exclui do conceito um cão pelo simples facto de ser utilizado para atividades como a caça.

Neste domínio, parece-nos que a melhor opção legislativa seria abandonar o conceito de “animais de companhia”, simplificando as incriminações, como fez a Alemanha, a Suíça ou a Itália, protegendo todos os animais sencientes ou, pelo menos, os vertebrados como fez a primeira, e confiando em conceitos abertos como a causação de maus-tratos “sem motivo legítimo”, “sem necessidade” ou “sem uma boa razão” para filtrarem condutas insignificantes que levariam a soluções desproporcionais.

A título de exemplo, ficaria excluída do tipo penal a morte por esmagamento de um mosquito pelo simples motivo (legítimo) de que estava a incomodar com o zumbido. Já não estaria de fora, no entanto, o espancamento de um cão que estava a incomodar com os seus latidos, por este motivo, nesta hipótese, deixar de ser legítimo.

¹⁴⁸ Neste sentido vai o PARECER DO CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA, 2014, ponto X.

Conclusão.

Chegados a esta fase cumpre começar por assinalar o essencial: os crimes de maus-tratos e abandono de animais de companhia são constitucionalmente legítimos, na medida em que protegem um bem jurídico-penal coletivo tutelado através de um Direito Penal do comportamento.

Não obstante, muitas foram as críticas que fomos fazendo ao longo deste trabalho, nomeadamente no que toca à técnica legislativa utilizada, que traz consigo dificuldades de compreensão dos tipos penais, por exemplo quanto à punibilidade da morte dolosa e indolor do animal e às modalidades de maus tratos que estão ou não abrangidas.

Outra questão que não se compreende é a incongruente restrição da tutela penal aos “animais de companhia” – conceito pouco nítido que, mais uma vez, vem complicar as incriminações.

Por este motivo, inclinamo-nos a concordar com Teresa Quintela de Brito quando sugere que estamos perante um risco de um “Direito Penal simbólico”, que se traduz numa “intervenção penal apressadamente estabelecida sob pressão da opinião pública, mas sem uma vontade política de tutela completa e efectiva do bem jurídico desenhado pelos Preâmbulos dos Projectos-Lei que estão na base da Lei n.º 69/2014”¹⁴⁹.

Impõem-se, desta forma, mudanças de fundo que começam no direito constitucional e que, seguramente, passam por alargar o âmbito das incriminações e por torná-las mais claras.

¹⁴⁹ BRITO, 2016 (b), p. 19.

Bibliografia:

- 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. 125-169.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, 2015, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª edição, Lisboa: Universidade Católica Editora.
- ALTMAN, Mathew C., 2014, *Kant and Applied Ethics - The Uses and Limits of Kant's Practical Philosophy*. Oxford: Willey Blackwell.
- ALVES, Pedro Delgado, 2015, “Desenvolvimentos recentes da legislação sobre animais em Portugal: uma breve crónica legislativa”, *Animais: deveres e direitos*, ICJP, e-book [online], disponível em <https://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/5105/view> (acesso: 11.03.2019), pp. 3-32.
- ARAÚJO, Fernando, 2003, *A hora dos direitos dos animais*. Coimbra: Almedina.
- BRITO, Teresa Quintela de, 2016 (a), “Crimes contra animais: os novos Projectos-Lei de alteração do Código Penal.” *Revista Anatomia do Crime*, n.º 4, pp. 1-36.
- BRITO, Teresa Quintela de, 2016 (b), “Os crimes de maus tratos e abandono de animais de companhia: direito penal simbólico?” *Revista CEDOUA*, n.º 2, pp. 9-22.
- CHIESA, LUIS E, 2008, *Why Is It a Crime to Stomp on a Goldfish? Harm, Victimhood and the Structure of Anti-Cruelty Offenses*, disponível em <http://animallawconference.org/wp-content/uploads/sites/7/2014/08/Chiesa-Victimhood-Cruelty-Statutes.pdf> (acesso: 19.01.2019).
- CODICE PENAL ITALIANO, 1930 (versão de 2019), disponível em <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-penale> (acesso: 11.03.2019).
- CODIGO PENAL Y LEGISLACION COMPLEMENTARIA, 1995 (edição atualizada em 11.04.2016), disponível em <https://www.docsity.com/es/boe-038-codigo-penal-y-legislacion-complementaria/771303/> (acesso: 11.03.2019).

- CONDENADO POR ESMAGAR HAMSTER ATÉ À MORTE EM LISBOA”, 2019, *Diário de Notícias* [online], de 27.03.2019, disponível em https://www.jn.pt/justica/interior/condenado-por-esmagar-hamster-ate-a-morte-10729301.html?fbclid=IwAR2pYwflXfDmQzwkOazNnPDh6B_U_L-ixU3AfxkxRqlByetmDJ_kWS5L_Ec (acesso: 27.03.2019).
- CONSTITUTION OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY, 1949, (última alteração: 13.07.2017), disponível em <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf> (acesso: 11.03.2019).
- COSTA, Almeida, 1989, “Sobre o crime de corrupção”, *Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Eduardo Correia*, Coimbra: FDUC, v. I, pp. 55-193.
- COSTA, José de Faria, 2013, “Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não liberal.”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 142.º, n.º 3978, pp. 158-173.
- COSTA, José de Faria, 2015, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta Iuris Poenalis)*. 4ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora.
- DIAS, Augusto Silva, 2008. *"Delicta in se" e "Delicta mere prohibita": uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica*. Coimbra: Coimbra Editora.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, 2007, *Direito Penal. Parte Geral*, 2ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, 2016, “O "direito penal do bem jurídico" como princípio jurídico-constitucional implícito (à luz da jurisprudência constitucional portuguesa)”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3998, Ano 145.º, pp. 250-266.
- “DO ANIMALS HAVE RIGHTS?”, 2018, *Revista The Economist*, 22 de Dezembro de 2018, pp. 85-86.
- EVANS, J. CLAUDE, 2005, *With Respect for Nature – Living as Part of the Natural World*, Albany: SUNNY.
- FARIAS, Raúl, 2015, “Dos crimes contra animais de companhia – Breves notas”, *Animais: Deveres e Direitos*, ICJP, e-book [online], disponível em

- <https://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/5105/view> (acesso: 11.03.2019), pp. 139-152.
- FEDERAL CONSTITUTION OF THE SWISS CONFEDERATION, 1999, (versão atualizada em 23.09.2018), disponível em <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19995395/index.html#a120> (acesso: 11.03.2019).
- GARCÍA, Esther Hava, 2011, “La protección del bienestar animal a través del derecho penal.” *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, pp. 259-304.
- GERMAN ANIMAL WELFARE ACT, 1998 (versão atualizada até outubro de 2010), disponível em <https://www.animallaw.info/statute/germany-cruelty-german-animal-welfare-act> (acesso: 11.03.2019).
- GFK, 2016, *Pet Ownership – Global GfK Study*, disponível em: https://www.gfk.com/fileadmin/user_upload/country_one_pager/NL/documents/Global-GfK-survey_Pet-Ownership_2016.pdf (acesso 19.01.2019).
- GOMES, Carla Amado, 2014, “Desporto e protecção dos animais: Por um pacto de não agressão.”, *O desporto que os tribunais praticam*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 749-759.
- GOMES, Carla Amado, 2015, “Direito dos animais: um ramo emergente?”, *Animais: Deveres e Direitos*, ICJP, e-book [online], disponível em <https://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/5105/view> (acesso: 22.01.2019), pp. 48-67.
- 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*, pp. 231-296.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar, 2016, Conferência sobre “Os Animais e a Constituição”, no âmbito das jornadas “O Animal no Direito”, Lisboa, disponível em <http://cedis.fd.unl.pt/blog/project/os-animais-e-a-constituicao/> (acesso: 19.01.2019).

- GRECO, Luís, 2004, «“Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstracto – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 12, 49, pp. 88-147.
- GRECO, Luís, 2010, “Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais.” *Revista Liberdades*, n.º 3, pp. 47-59.
- GREY, Natália de Campos, 2010, *Dever fundamental de protecção aos animais*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.
- HASSEMER, Winfried, 1989, “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico.” *Doctrina Penal*, n.º 12, pp. 275-285.
- HASSEMER, Winfried, 2007, “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, (Org.) Roland Hefendehl, *La Teoría del bien jurídico - ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de abalorios dogmático?*, Madrid: Marcial Pons, pp. 94-104.
- JIMÉNEZ, Cristina Moreno, 2003, “La Tutela de los Animales Domésticos en el Derecho Penal”, Ángel Valencia Sáiz (Coord.), *Investigaciones En Ciencias Jurídicas: Desafíos Actuales Del Derecho*.
- LOBATO, José Danilo Tavares, 2010, “O meio ambiente como bem jurídico e as dificuldades de sua tutela pelo direito penal.” *Revista Liberdades*, pp. 54-84.
- MICHEL, Margot / KAYASSEH, Eveline Schneider, 2011, “The Legal Situation of Animals in Switzerland: Two Steps Forward, One Step Back –Many Steps to go”, *Journal of Animal Law*, Vol. VII, pp. 1-42.
- MOREIRA, Alexandra Reis, 2015, “Perspetivas quanto à aplicação da nova legislação”, *Animais: Deveres e Direitos*, ICJP, e-book [online], disponível em <https://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/5105/view> (acesso: 9.03.2019), pp. 153-171.
- NATRASS, Kate M., 2004, “«... und die tiere» - Constitucional protection for germany’s animals”, *Animal Law*, 10, pp. 283-312.
- NEUMANN, Ulfrid, 2012, “Bem Jurídico, Constituição e os limites do Direito Penal.” *Direito Penal como crítica da pena*, pp. 519-532.

- NEVES, Helena Telino, 2015, “A controversa definição da natureza jurídica dos animais”, *Animais: Deveres e Direitos*, ICJP, e-book [online], disponível em <https://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/5105/view> (acesso: 19.01.2019), pp. 81-89.
- NOVAIS, Jorge Reis, 2010, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizados pela Constituição*, 2ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora.
- ORDEIG, Gimbernat, 2016, «Presentación», (org.) Hefendehl/Hirsch/Wohlers, *¿La teoría del bien Jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid: Marcial Pons, pp. 11-22.
- OSÓRIO, Rogério, 2016, “Dos crimes contra 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/wp-content/uploads/2016/10/20161006-ARTIGO-Dos-crimes-contra-os-animais-de-companhia.pdf> (acesso: 14.01.2019).
- PALMA, Maria Fernanda, 2016, Grelha de correção do exame de Direito Penal I. Dia. Turmas A e B, disponível em <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2016/09/Grelha-de-Correcao-Finalistas-Direito-Penal-I-TA-e-TB.pdf> (acesso: 26.03.2019).
- PARECER DO CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA, 2014, Relativo às Propostas de Lei n.ºs 474/XII/2.ª e 475/XII/ 2.ª (que estão na base da Lei n.º 69/2014), proferido em 02.02.2014, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=38087> (acesso: 19.01.2019).
- PEREIRA, André Dias, 2005, “«Tiro aos pombos» na jurisprudência portuguesa.” *Cadernos de Direito Privado*, n.º 12, pp. 21-53.
- PROJECTO DE LEI n.º 475/XII, 2013, disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a4c33526c6548527663793977616d77304e7a557457456c4a4c6d527659773d3d&fich=pjl475-XII.doc&Inline=true> (acesso: 19.01.2019).

- RIVA, Carlo Ruga, 2016, “La tutela penal de los animales en el ordenamiento italiano. Desde los perros que aman seres humanos hasta las langostas que no aman ser congeladas.” *Revista Anatomia do Crime*, n.º 4, pp. 133-146.
- ROXIN, Claus, 1997, *Derecho Penal. Parte general*, Tomo I, Trad. da 2ª Edição alemã: Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y Garcia e Javier Vicente Remsal, Madrid: Civitas.
- 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.º1, pp. 7-43.
- SEPÚLVEDA, Paulo, 2018, *Investigação dos Crimes contra animais de companhia na perspetiva do Ministério Público*. Lisboa: Petrony Editora.
- SIMÕES, Diana, 2017, *A criminalização dos maus-tratos a animais de companhia*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa.
- SOUSA, Susana Aires de, 2006, *Os crimes fiscais. Análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador*. Coimbra: Coimbra Editora.
- STERNBERG-LIEBEN, Detlev, 2007, “Bien jurídico, proporcionalidade y libertad del legislador penal”, (Org.) Roland Hefendehl, *La teoria del bien jurídico – Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático*, Madrid: Marcial Pons, pp. 105-128.
- SWISS ANIMAL WELFARE ACT, 2005 (versão atualizada em 1.01.2011), disponível em https://www.zuerchertierschutz.ch/fileadmin/user_upload/Tierschutzthemen/pdf/Tierschutzgesetz_e.pdf (acesso: 11.03.2019).
- VALDÁGUA, Maria da Conceição, 2017, “Algumas questões controversas em torno da interpretação do tipo legal de crime de maus tratos a animais de companhia.” *Revista Jurídica Luso Brasileira*, vol. 3, n.º 6, pp. 179-211.

Jurisprudência:

- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 527/95, de 10.11.1995, disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/683055/details/maximized> (acesso: 21.12.2018).
- Acórdão do Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal, de 31 de outubro de 2018, Proc. n.º 90/16.4GFSTB, juiz de direito: Francisco José Damásio Onofre Mourato.
- Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, *H. Jippes et al. c. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Vissrij*, 12.07.2001, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62001CJ0189> (acesso em 14.01.2019).
- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 19 de junho de 2017, proc. n.º 59/15.6T9VFL.G1, relator: Jorge Bispo.
- Suprema Corte di Cassazione di 8 maggio 2012 – 21 gennaio 2013, proc. n.º 3124, disponível em <https://www.altalex.com/documents/news/2013/04/30/aggressione-del-cane-del-dipendente-ne-risponde-anche-datore-troppo-tollerante> (acesso: 28.03.2019).
- Supreme Court of Israel, *Let the animals live vs. Hamat Gader*, 22.06.1997, disponível em <http://versa.cardozo.yu.edu/opinions/let-animals-live-v-hamat-gader>, (acesso em 14.01.2019).
- Supreme Court of New York, *People v. Garcia*, 18.12.2012, disponível em <https://www.animallaw.info/case/people-v-garcia-0> (acesso 19.01.2019).