DOS CRIMES CONTRA OS ANIMAIS DE COMPANHIA
- DA PROBLEMÁTICA EM TORNO DA LEI 69/2014, DE 29 DE AGOSTO -
(O DIREITO DA CARRAÇA SOBRE O CÃO)

Rogério Osório
(Procurador-Adjunto DIAP Porto/
Prof. Regente Convidado da Faculdade de Direito
Da Universidade Lusíada do Porto)

1- INTRODUÇÃO.

A relação entre o Homem e (alguns) animais sempre se apresentou de forma distinta daquela que estabeleceu com a restante natureza e os elementos que a compõem.

Uma relação que vem dos primados da existência do próprio Homem e muitas vezes retratada nas pinturas e escritos das civilizações ao longo dos tempos.

Desde então e até aos presentes dias, esse elo tomou diversas formas, evoluiu, transformou-se, deixando de ser visto, maioritariamente, numa perspectiva de caçador e caçado, antes passando a assentar relação de cooperação e mesmo de familiaridade.

Homem e animal lutaram guerras juntos, agricultaram a terra juntos, revolucionaram a forma como nos comunicámos, conquistaram novos mundos.

Daí que o animal tenha tido sempre presença garantida na evolução da humanidade, assumindo o papel de figuras mitológicas, de entes sagrados, com importância religiosa, o que levou a que, em alguns países, tenham sido erguidos monumentos em sua honra.

Na actualidade, essa relação mantém-se; os animais são utilizados para, ao lado do homem, fornecerem segurança pública, procederem ao socorro de terceiros. Além disso, desempenham funções terapêuticas e dão nova liberdade àqueles que, sem eles, estariam confinados a espaços fechados.

Mas esta ligação foi ainda mais longe e hoje é mesmo possível, em alguns países, casar com alguns animais, elegê-los para cargos públicos, deixar-lhes heranças, etc.. À medida que esta relação com os animais se foi alterando, adensando-se, estreitando-se - e mesmo não existindo ainda estudos que demonstrem, de forma plena, a forma como (certos) animais olham para o ser humano -, este sentiu a obrigação (moral)[1] de proteger aqueles. Protecção que viria a assumir a forma de lei um pouco por todo o mundo.

As primeiras tentativas de atribuição de protecção legal surgiram na Grã-Bretanha onde, em 1800, foi sujeita a aprovação um normativo legal que visava impedir as lutas entre touros e cães, acabando aquele projecto por ser rejeitado; o mesmo aconteceu em 1821, quando, também ali, se pretendeu fazer aprovar uma lei que visava impedir os maus tratos a cavalos.

Apesar do resultado negativo destas duas iniciativas, o movimento pro-animal haveria de conseguir alcançar as suas pretensões de ver consignado, em forma de lei, um regime protector dos animais.

Tal aconteceria, pela primeira vez, ainda na Grã-Bretanha, em 1822, com a aprovação de um diploma legal que proibia que alguém infligisse maus tratos a animais que fossem propriedade de outra pessoa. Foi também, neste mesmo ano, que foi fundada a primeira sociedade protectora dos animais[2], cujo objectivo primário era o de fazer cumprir aquela lei, por meio de representantes dos animais, já que estes não tinham forma de fazer valer aquelas prerrogativas, por si sós, em juízo.[3]

Desde então, e até aos nossos dias, muitos passos foram dados, um pouco por todo o mundo, no sentido de se garantir uma protecção para os animais.[4]

Portugal também não ficou alheio a este movimento e, em 1993, aderiu e aprovou a Convenção Europeia Para a Protecção dos Animais de Companhia[5].

---

[1] A Expressão é usada no preâmbulo da Convenção Europeia Para a Protecção dos Animais de Companhia.
[2] Royal Society for the Prevention of Cruelty To Animals.
[3] Fonte – Clube Ornitológico dos Criadores de Aves Domésticas, disponível em http://avedomestica.org.br/cocad/index.php/dir-2/dir-3/dir-7/611-direito-comparado
[4] a título meramente exemplificativo, enunciamos alterações legislativas levadas a cabo em países tão diferentes, em termos culturais, como Inglaterra, República Libanesa, Itália, Bélgica, Luxemburgo, Espanha, Argentina, Alemanha, Áustria, Hungria, Suécia, França ou Suíça.
[5] DL n.º 13/93, de 13 de Abril.

Seguiram-se-lhe, depois, diversos diplomas legais, entre os quais se destaca a Lei n.º 92/95, de 12 de Setembro, que representou o primeiro diploma onde, de forma sistemática e voluntária, o legislador acautelou o bem-estar do animal (que não necessariamente de companhia, antes incluindo todos os demais).[6]

Desde então, a alteração mais relevante surgiu em 2014, com a aprovação e publicação da Lei n.º 69/2014, de 29 de Agosto, que procedeu à trigésima terceira alteração ao Código Penal, criminalizando os maus tratos a animais de companhia e, ainda, alterando a referida Lei n.º 92/95.

Ora, é sobre esta alteração – e suas consequências - que recai o nosso trabalho, visando aferir se esta opção legislativa tem fundamento jurídico-constitucional, atenta a forma tradicional como Direito Penal tem sido configurado.

O legislador criminalizou condutas que, no caso, podem atingir o bem-estar de (alguns) animais. Será, porém, esta opção a que melhor se conforma com a matriz tradicional do Direito, na forma como o mesmo é concebido e relativamente aos seus espaços de actuação?

É certo que existe, cada vez mais, uma enorme pressão, por parte da sociedade – e seus operadores – para que o Direito Penal dê, hoje, respostas a circunstâncias que há bem pouco tempo seriam facilmente afastadas do lastro da sua actuação.

A esta atitude não é a alheia a posição do próprio legislador que parece

[6] Outros diplomas legais nesta matéria:
Decreto-Lei n.º 294/98 de 18 de setembro: Estabelece as normas relativas à proteção dos animais durante o transporte e revoga o Decreto-Lei n.º 153/94 de 28 de maio, e a Portaria n.º 160/95 de 27 de Fevereiro.
Portaria n.º 972/98 de 16 de novembro: Estabelece normas relativas à utilização de canídeos pelas entidades de segurança privada.
Decreto-Lei n.º 118/99 de 14 de abril: Estabelece o direito de acessibilidade dos deficientes visuais acompanhados de «cães-guia» a locais, transportes e estabelecimentos de acesso público, bem como as condições a que estão sujeitos estes animais.
Decreto-Lei n.º 276/2001 de 17 de outubro: Estabelece as normas legais tendentes a pôr em aplicação em Portugal a Convenção Europeia para a Proteção dos Animais de Companhia e um regime especial para a detenção de animais potencialmente perigosos (diploma aplicável somente a animais de companhia – inclui espécies selvagens, desde que não protegidas por legislação específica).
Decreto-Lei n.º 312/2003 de 17 de dezembro: Estabelece o regime jurídico de detenção de animais perigosos e potencialmente perigosos como animais de companhia.
Decreto-Lei n.º 315/2003 de 17 de Dezembro: Altera o Decreto-Lei n.º 276/2001 de 17 de outubro, que estabelece as normas legais tendentes a pôr em aplicação em Portugal a Convenção Europeia para a Proteção dos Animais de Companhia.
Decreto-Lei n.º 35/2004 de 21 de fevereiro: No uso da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 29/2003 de 22 de Agosto, altera o regime jurídico do exercício da actividade de segurança privada.

querer trazer para o Direito Penal a punição de um cada vez maior número de condutas, sem muitas vezes atender aos princípios orientadores da sua actuação tradicional e originária e, frequentemente, sem a necessária discussão prévia em torno da verificação daqueles.

Legisla-se, porque se tem que legislar. Esta conduta é negadora, ela mesma, da essência de *ultima ratio* deste ramo de Direito. A afirmação de mais Direito Penal é também a afirmação de maior descrédito de todas as outras áreas do Direito (Civil, contra-ordenacional, etc.). A exigência de mais Direito Penal em todos os quadrantes da vida é, ela própria, a negação do Direito. Mais Direito Penal é, afinal, menos Direito.[7]

Em qual dos lados cairá a concreta opção do legislador de punir criminalmente as condutas susceptíveis de pôr em causa o bem-estar dos animais? Naquele que respeita os princípios orientadores de actuação do Direito Penal, ou antes, naquele outro lado, caracterizada por um impulso de esquizofrenia legislativa, descuidada e leviana? É a esta questão que tentaremos dar resposta.

2- O PROCESSO LEGISLATIVO E A FUNDAMENTAÇÃO DA SUA NECESSIDADE.

O impulso que deu origem à alteração legislativa, concretizada na Lei n.º 69/2014, surgiu da reunião de 41511 assinaturas[8] em torno da petição apresentada pela Associação Animal que foi entregue na Assembleia da República a 4 de Outubro de 2012.[9]

Ali se justificava a necessidade de uma alteração legislativa no facto de existir uma preocupação dos cidadãos em torno da protecção dos animais, pois

[7] OSÓRIO, Rogério *in* "O crime de furto – um contributo para a análise de uma nova realidade", disponível em http://www.verbojuridico.net/doutrina/ppenal/137-rogerioosorio-crime-furto.html

[8] ALVES, Pedro Delgado *in* Desenvolvimentos recentes da legislação sobre animais em Portugal: uma breve crónica legislativa, ANIMAIS: Deveres e Direito, E-Book, Instituto de Ciências Juridico- Politicas, disponível em http://www.icjp.pt/publicacoes/1/5105?language=en

[9] A petição e todo o processo legislativo podem ser consultados no seguinte domínio WEB: https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/default.aspx

estes acabariam por ser as primeiras "*vítimas das maiores atrocidades, e, por serem muitas vezes o "elo mais fraco" de uma família*" serem as "*primeiras a serem abandonadas e maltratadas em situações de crise*".

A destacar do corpo daquela petição ressalta, desde logo, o facto de em momento algum se fazer menção à expressão "direito dos animais", antes centrando o tema na necessidade de prover por uma maior protecção para estes, por ser dever dos humanos respeitá-los e assegurar que beneficiem de legislação que os proteja de forma adequada e eficaz.

Por outro lado, destaca-se também o facto de considerarem os animais (ou pelo menos, alguns deles) o elo mais fraco de uma família. Expressão que, se vista no estrito sentido legal, parece abusiva e incorrecta, - uma vez que os animais, juridicamente, não fazem parte do conceito "família"[10] -, mas não parece despropositada, atendendo a que julgamos que não ter sido esse o conteúdo que lhe quiseram dar. Há, porém, uma condicionante a retirar do uso daquela expressão e, bem assim, de toda a justificação usada pelos peticionantes: a de que o objectivo primário e principal da exigência da alteração legislativa assenta na relação que os seres humanos têm com alguns animais (ditos de companhia) e é para estes que se pretende obter maior protecção jurídica. Ficariam, deste modo, de fora, pelo menos como destinatários directos, os demais animais (o que, aliás, se veio a verificar no regime final definido, que está pensado para os animais de companhia). Esta dualidade – animais de companhia *versus* outros animais – trará problemas em sede da definição do bem jurídico, como mais adiante tentaremos demonstrar.

Finalmente, importa referir o seguinte: como resulta claramente reconhecido no texto da petição apresentada, a maior ou menor protecção conferida aos animais estará sempre dependente do entendimento que o ser humano tem daquilo que é o seu dever de respeitar os animais. O facto de os animais precisarem de protecção dos seres humanos significa, desde logo, que

[10] O artigo 1576.º sob a epigrafe, "Fontes das relações jurídicas familiares" determina que "São fontes das relações jurídicas familiares o casamento, o parentesco, a afinidade e a adopção.". Ora, no actual cenário jurídico português, não se mostra possível estabelecer nenhuma destas relações jurídicas com animais pelo que, neste sentido, se mostra abusivo incluir os animais no conceito de família e, como tal, considera-los um elo da mesma.

nunca poderão, juridicamente, estar ao mesmo nível destes, mude-se ou não a categoria a que os mesmos pertencem.[11]

Após o recebimento daquela petição e da sua remessa à Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias para a tramitação subsequente, foi elaborado o Projecto de Lei n.º 474/XXII.

O texto que acompanhou aquele projecto é merecedor de cuidada análise.

Começa-se ali por se afirmar que o "*reconhecimento de que a natureza própria dos animais enquanto seres vivos sensíveis implica a criação de um quadro jurídico adaptado às suas especificidades e, em particular, a necessidade de medidas vocacionadas para a sua proteção e salvaguarda face a atos de crueldade e maus-tratos infligidos pelos seus donos ou terceiros, tem vindo a recolher um consenso cada vez mais alargado nas sociedades contemporâneas*". Do teor deste primeiro parágrafo pode extrair-se uma primeira conclusão, face a duas expressões a que ali se faz alusão: a) natureza própria dos animais enquanto seres vivos sensíveis; b) crueldade e maus-tratos infligidos pelos seus donos; o legislador, apesar de se classificar os animais como seres vivos sensíveis, não deixa de os considerar como objectos/coisas susceptíveis de apropriação. Daí usar o termo "dono". Aliás, todo o regime jurídico punitivo preconizado assenta, sempre, na existência (ou na potencial existência) de um vínculo de natureza apropriativa por parte do ser humano, em relação ao animal, como mais adiante veremos. Se não existir esse prévio (ou potencial) acto de apropriação, não será possível imputar ao agente qualquer acto de natureza criminosa.

Na fundamentação do projecto legislativo, pretendeu-se, de seguida, afirmar que as normas que se apresentavam a votação tinham como propósito colmatar as falhas que o regime em vigor[12] tinha, ao nível sancionatório, introduzindo-se normas penais que passariam a acompanhar, pela função punitiva do Estado, as que já estavam em vigor no ordenamento jurídico relativamente à protecção dos animais contra maus tratos.

Mais ali se referiu que o objectivo não era, então, o de definir novas regras

[11] Os animais, juridicamente, são considerados coisas, pertencendo à sub-categoria dos semoventes.
[12] Lei n.º 92/95 - regime de natureza contraordenacional.

quanto ao que é, ou não, lícito no ordenamento jurídico, mas tão-somente dotar do devido acompanhamento sancionatório às normas já em vigor, quanto aos maus-tratos aos animais.

Parece, pois, que o legislador pretendeu, sem mais, dotar o regime vigente de um sistema sancionatório diferente (e de natureza penal). Contudo, contrapondo os dois regimes, conclui-se que não estamos perante dois regimes iguais, onde a única diferença vigente assenta no facto de um deles conter um regime sancionatório. E tanto assim é que os dois regimes continuaram (e continuam!) a vigorar paralelamente. Se o legislador pretendia – como afirmou – reforçar o regime sancionatório do regime contraordenacional em vigor, então qual seria a necessidade de manter esse primeiro regime em vigor, de forma integral, mesmo depois de aprovado o regime sancionatório penal?

Por outro lado, se era aquele o seu objectivo, descuidou o legislador de fazer a discussão em torno da possibilidade jurídico-constitucional de transformar um regime da natureza contraordenacional num regime penal. Não podemos esquecer que o direito contraordenacional não é direito penal (primário ou secundário). É antes um acervo de condutas sociais, desprovido da necessidade de encontrar um bem jurídico subjacente, ao contrário do que ocorre no direito penal, onde aquela identificação é uma exigência, sob pena de inconstitucionalidade, por violação do art.º 18.º da Constituição da República Portuguesa.

Ao tentar afastar-se a criação de um regime novo, com o argumento de que já existia um regime em vigor - e ao qual carecia apenas de ser atribuído um regime sancionatório penal -, o legislador acabou por ignorar a discussão que, no caso, se mostrava verdadeiramente essencial: a do bem jurídico.

Na realidade, o legislador – ao contrário do que afirmou no projecto de lei – criou verdadeiramente um novo regime jurídico, de natureza penal, que introduziu num título novo do Código Penal[13]. As novas criminalizações exigiam, por isso, a discussão acerca do bem jurídico, base de qualquer punição penal no

[13] Título VI, que inclui os novos e originais art. 387 a 389.

ordenamento jurídico português. Esta falha está intimamente ligada à tentação constante do legislador em criar Direito, tarefa que normalmente estaria reservada à Doutrina e Jurisprudência, sem, contudo, fazer uma discussão plena em torno daquela pretensão, como as circunstâncias exigiriam. Ao legislador – por muito que lhe custe – cabe "apenas" o papel de produzir o Direito e não de criá-lo.

Saber se esta falha, por parte do legislador, pôs, ou não, em causa a viabilidade jurídico-constituicional do regime aprovado, por falta de legitimação da intervenção punitiva, é algo que vamos, de seguida, aferir.

3 - AINDA O DIREITO PENAL DO BEM JURÍDICO?

Tradicionalmente, no nosso sistema jurídico-constitucional, a legitimação da intervenção punitiva do Estado tem estado dependente da identificação do bem jurídico que, com tal punição, se visa acautelar, sendo a função exclusiva do Direito Penal a protecção daqueles bens.

Consequentemente, todo o facto penalmente punível estará directamente ligado à protecção de um bem jurídico que, pela conduta do agente, foi lesionado – ou posto em perigo –, surgindo a pena como o meio reparador e protector daquele bem. O bem jurídico tem sido visto (e é visto), então, como limite fundamental ao *ius puniendi* do Estado.[14]

Dito doutra forma, e nas palavras de Jorge Figueiredo Dias, o "*paradigma do direito penal (...) pode, num esforço de simplificação, reduzir-se a um princípio político-criminal fundamental, diretamente atinente à questão da sua legitimação e suscetível de se traduzir doutrinariamente pela forma seguinte: todo o direito penal é um direito penal do bem jurídico*".[15] [16]

[14] BENITEZ, José Manuel Gomez *in* "Sobre la teoria del bien jurídico – aproximacion al ilícito penal".
[15] DIAS, Jorge de Figueiredo *in* "O "Direito Penal do bem jurídico" como princípio jurídico-constitucional à luz da jurisprudência constitucional portuguesa".
[16] Também neste sentido, entre outros, JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano *in* "O papel do direito penal no século XXI", SILVA, Ivan Luiz *in* "O bem Jurídico-penal como limite à intervenção criminal", UBIETO, Octavio de Toledo y *in* "Funcion y limites del principio de exclusiva proteccion de bienes jurídicos", PALMA, Fernanda *in* "Conceito material de crime, direitos fundamentais e reforma penal", COSTA, José de Faria *in* "Beccaria e a legitimação do direito penal – entre a ética das virtudes e a ética das consequências", NEUMANN, Ulfrid *in* "Bem jurídico, Constituição e os limites do direito penal".

O conceito de crime assume, assim, duas vertentes: a vertente formal e vertente material. Aquela é usada para identificar a "*conduta prevista e punível ao abrigo de lei prévia, expressa e precisa"* e está intimamente ligada ao princípio da legalidade, constituindo travão à discricionariedade do julgador[17].

Já esta outra tem subjacente a ideia de que, num Estado Democrático, onde vigora o princípio da liberdade individual – herança do Iluminismo -, só se mostra possível e aceitável punir o agente duma conduta quando, com essa punição, se vise proteger a liberdade (individual) de terceiros. Ou seja, a selecção dos normativos punitivos está limitada constitucionalmente e deverá sempre ser norteada pelos princípios da necessidade, subsidiariedade e adequação (artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa).

O conceito material de crime assume, portanto, um papel restritivo, norteador da acção do legislador no momento em que este exerça a opção de criminalizar determinadas condutas, em detrimento de outras, impedindo-o de agir de forma discricionária.

Deste modo, só será aceitável a incriminação de condutas que se mostrem indispensáveis à preservação dos bens jurídicos prévia e claramente identificados (princípio da necessidade), cuja ressonância ética seja negativa (princípio da culpa) e que reúna o consenso generalizado da comunidade.[18] [19]

Isso mesmo reconheceu o legislador penal português ao referir, expressamente, que o Código Penal (Português) deve "*constituir o repositório dos valores fundamentais da comunidade*"[20], aferidos como os valores que conformam em si bens jurídicos merecedores de protecção, só alcançável através da sua previsão penal.

Nessa sequência, consagrou no artigo 40.º daquele diploma que a finalidade a prosseguir com as penas e medidas de segurança é a de proteger bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade.

[17] PALMA, Fernanda *in obra citada*.
[18] PALMA, Fernanda *in obra citada.*
[19] Também neste sentido, ROXIN, Claus *in* "Es la protecion de los biens jurídicos uma finalidade del derecho penal, La teroria del bien jurídico. Fudamento de legitimacíon del derecho penal", ao afirmar que, num Estado Democrático de Direito, as normas penais apenas podem perseguir a finalidade de assegurar aos cidadãos uma coexistência livre e pacífica, garantindo o respeito aos direitos humanos de todos.
[20] Conforme resulta do ponto 2 do preâmbulo do Código Penal.

Assim, qualquer processo de neo-criminalização estará sempre dependente da afirmação e reconhecimento valorativo dos argumentos usados na demonstração da pertinência e necessidade dessa nova criminalização, uma vez que esta trará consigo restrições a direitos fundamentais – nomeadamente o da liberdade da pessoa humana –, cuja constitucionalidade carece de ser justificada.

Não sendo o direito à liberdade individual um direito absoluto – pois o artigo 27.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa admite a imposição de limites -, qualquer restrição que se vise implementar, só se revelará constitucionalmente válida e legitimada, se esta se limitar ao estritamente indispensável para salvaguardar outros direitos ou interesses que também tenham manifestação e protecção constitucional.

Afastada fica, por isso, qualquer intervenção do Direito Penal sob a base do princípio do *in dubio contra libertatem*.

Conforme refere Bechara[21], "*a teoria do bem jurídico e o modelo de crime como ofensa a um dado bem jurídico afirmaram-se, ao longo do tempo, como critérios de delimitação não só da matéria de incriminação, como dos próprios contornos da respectiva tutela. Essa herança do Iluminismo, firmada no século XIX, impede a adoção de modelos de Estado autoritários e permite afirmar a legitimidade do direito penal no Estado de Direito Democrático*".

Contudo, as exigências do mundo actual têm posto em causa o paradigma do "direito penal do bem jurídico", que cada vez mais é questionado, por considerarem os seus críticos que essa visão é incapaz de fazer face às novas realidades, onde se exige a tutela contra novos riscos para os quais o direito penal, na sua forma tradicional, parece não ser capaz de responder.[22]

Significará isso que se deve afastar a teoria do bem jurídico do âmbito de intervenção actual do direito penal? E existirá outro sistema alternativo que ofereça melhores condições na protecção da sociedade, sem servir de base à sustentação de um Estado autoritário, impositor de valores discricionários e de

[21] BECHARA, Ana Elisa Libertore *in* "O rendimento da teoria do bem jurídico no Direito Penal atual".
[22] A título meramente exemplificativo, apontam-se como críticos JAKOBS, Günther; STRATENWETH, Günther; AMELUNG, Knut, todos citados por COSTA, Helena Regina Lobo *in* "Considerações sobre o estão actual da teoria do bem jurídico à luz do *Harm Principle*".

moralidades, através de punições?

Conforme refere Faria Costa[23], "*Pouquíssimas instituições marcaram presença de forma tão incisiva e determinante ao longo da história da humanidade como o direito penal. (...) De um jeito ou de outro, com maior ou menor grau de humanização, o direito penal sempre esteve aqui, aí, ali, acolá: ubi societas, ubi crimen, ibi poena. (...) Se razões de praticabilidade mostravam, indubitavelmente, que não era possível encontrar nada melhor que o direito penal, restava efectivamente buscar um direito penal melhor. Neste sentido (...), a história do direito penal tem sido a história da sua progressiva humanização*". Nessa busca contínua por um direito penal melhor e mais humano, a teoria do bem jurídico encontrou, na época do Iluminismo, as suas raízes e terreno para proliferar.

Mas como teoria científica, a teoria do bem jurídico surge a par de outras que também se apresentaram como solução para punir condutas de natureza criminosa. Neumann[24] identifica, como paradigmas concorrentes, a teoria que define como uma lesão a um direito e limita sanções penais a acções que violam um direito subjectivo da vítima; a teoria dos delitos de comportamento, onde o direito penal se concentra na violação a representações de valor e de comportamento da sociedade; ou a teoria onde o direito penal surge como instrumento de estabilização normativa, que visa garantir a validade de normas sociais fundamentais. Não se encontram, contudo, em quaisquer destas teorias, argumentos bastantes para as apresentar como solução superior e mais eficaz.

Daí que a teoria do bem jurídico se tenha indo sobrepondo a todas aquelas outras; mas, como se disse, os novos desafios parecem trazer dificuldades que o direito penal, assente nessa teoria, não conseguiria resolver.

Roxin - defensor da teoria do bem jurídico -, reconheceu nela as suas fragilidades e, como tal, propôs que fosse admitida uma extensão do âmbito da regulação do direito penal além da protecção dos bens jurídicos, ficando essa extensão do direito penal assente na teoria do bem jurídico, reservada a determinadas áreas, estritamente delimitadas. Essa extensão abarcaria,

[23] COSTA, José de Faria *in obra já citada*.
[24] *In obra já citada.*

essencialmente, a protecção dos fundamentos da vida de gerações futuras e da criação (da natureza).[25] Esta proposta não colheu seguidores e, na nossa perspectiva, ainda bem, pois estaria aberta a caixa de pandora e a tentação de alargar os limites daquela extensão seria enorme, a ponto de, seguramente, a dado momento a teoria do bem jurídico não passar dum ponto referencial vazio de conteúdo.

Nos países de *commom law,* a teoria do bem jurídico foi descartada em prol de um outro parâmetro, usado como principal limite material à actuação do direito penal: o *harm principle*. Curiosamente, porém, este critério delimitador tem sido objecto de críticas semelhantes às apontadas à teoria do bem jurídico, no sentido de se ter mostrado incapaz de responder às necessidades actuais da sociedade, falando-se já no chamado colapso do *harm principle.* O facto de esta forma diferente de encarar a punição penal ter sido objecto, também ela, de crítica, seria suficiente para não a usar como alternativa àquela outra. Há, porém, entre estes dois sistemas, outros paralelismos – para além da referida crítica – que importa sumariamente indicar.

Desde logo, ambos pretenderam apresentar-se como balizadores e limitadores à intervenção do Estado através da acção penal. Os fundamentos dessa limitação são, porém, distintos: o *harm principle* assenta na ideia do dano – actual ou potencial – a um interesse; o bem jurídico assenta na ideia de lesão, ou perigo de lesão, de um elemento essencial para o desenvolvimento do homem, no seio da sociedade em que se encontra inserido.

Contudo, quer um quer outro – e aqui se indica nova semelhança -, entendem que a verificação daqueles elementos é condição necessária à incriminação penal, mas não bastante.

O paralelismo tem também ramificações nas críticas que se fazem aos dois sistemas. Assim, nenhum deles tem conseguido servir de limitador à intervenção do Estado na restrição dos direitos do individuo, através da incriminação penal.

Importará, por isso, perceber se as críticas à teoria do bem jurídico estão,

[25] NEUMANN, *in obra já citada,* fazendo referência à obra de ROXIN, "Strafrecht Allgemeiner".

efectivamente, relacionadas com a sua estrutura ou com a função do seu conceito, a ponto de se pugnar pelo seu afastamento – em detrimento de um qualquer outro, ainda a determinar – ou se, pelo contrário, essa falha é externa à teoria em si, estando antes ligada à forma como as sociedades modernas se apresentam, socialmente mais complexas, com Estado mais fraco (na sua vertente social)[26], a que acrescem sentimentos – nem sempre fundamentados – de insegurança, que clamam do Estado intervenção no sentido de penalizar comportamentos alegadamente lesivos ou arriscados.

Estamos em crer que, na realidade, as críticas apontadas à teoria do bem jurídico estão muito mais relacionadas com estes factores externos, que dão origem à mencionada esquizofrenia legislativa, por parte do poder legislativo, que, neste processo, descura os criadores do Direito, tentando a todo custo tornar-se ele próprio num, de molde a oferecer de forma apressada aos cidadãos que rege, uma aparente sensação de conforto e segurança, mas assim desconsiderado todos os princípios conquistados no século XIX e que tanto contribuíram para o avanço da História da Humanidade.

Desta forma, o legislador tenta perpetuar – numa postura perigosamente neo-autoritária – a sua presença na cúpula do poder, dando às massas o que as massas julgam precisar.

Assim sendo, a solução da crise da teoria do bem jurídico não passa pelo seu afastamento, com adopção de outro modelo, cuja eficácia superior estaria sempre por demonstrar; a solução passará, antes, pelo reforço da sua actuação, para que continue a exercer, de forma plena, a sua função restritiva da actuação incriminadora do Estado e apresentando-se como verdadeiro aliado do Estado de Direito Democrático.

A conjugação da afirmação da teoria do bem jurídico com os princípios da intervenção mínima e da subsidiariedade deve ser usada, não como discurso legitimador da incriminação, mas antes como discurso defensor da valência, como regra, da liberdade sobre os demais valores.

[26] SANCHEZ, Silva, referido por COSTA, Helena Regina Lobo da *in obra já citada.*

Feito este breve enquadramento da teoria do bem jurídico, concluindo-se pela continuidade da sua afirmação, importa, agora, analisar se a criminalização dos maus-tratos a animais é, ou não, respeitadora dos princípios afirmados.

4 - A IDENTIFICAÇÃO DO BEM JURÍDICO NO CRIME DE MAUS TRATOS A ANIMAIS - As várias teses. CONCLUSÔES.

Depois de concluirmos que o direito penal em vigor no nosso sistema jurídico é (e deve ser), ainda, o direito penal da teoria do bem jurídico, cumpre aferir se é possível encontrar, no crime de maus tratos a animais, o bem jurídico subjacente.

A definição de bem jurídico não se afigura tarefa fácil, havendo várias propostas corporizadoras daquele conceito.

Sendo o direito penal o sector do sistema jurídico que determina e regula a imposição de sanções a uma (ou mais) pessoas na sequência da prática de uma conduta reprovável, e estando essa punição dependente da prévia identificação do bem jurídico inerente a uma qualquer posterior positivação de conduta criminosa, importa definir o que deve ser entendido por bem jurídico.

Sem identificação do bem jurídico, não pode haver punição de conduta como crime.

É certo que, como refere Figueiredo Dias[27], "*à pergunta sobre o que seja materialmente o crime pode antes de tudo responder-se (...) que ele será tudo aquilo que o legislador considerar como tal.*" Esta coincidência do conceito material de crime com a sua vertente formal – já *supra* identificada – tornaria, nas palavras daquele autor, tal concepção inaceitável e inútil.

Como indicámos, é na definição material de crime que encontraremos a verdadeira legitimação punitiva do Estado. A definição material de crime está numa relação de dependência estreita com o conceito de bem jurídico.

Ainda segundo aquele autor, poderá definir-se o bem jurídico como "*a*

[27] DIAS, Jorge de Figueiredo *in* "Direito Penal - Parte Geral - Tomo I - Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime"

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". Admite-se, contudo, que aquela definição nunca venha a estar completa, de molde a poder ser convertida em conceito fechado e apto à subsunção, capaz de traçar, sem margem para quaisquer dúvidas, a fronteira entre o que pode, ou não, ser legitimamente criminalizado.

Finalmente, afirma que só uma compreensão teológico-funcional e racional do bem jurídico permitirá dar-lhe conteúdo seguro e legítimo, exigindo-se dele que obedeça a uma série mínima, mas irrenunciável, de condições: deve traduzir um conteúdo material; deve servir como padrão crítico de normas constituídas ou a constituir; e deve ser politico-criminalmente orientado e, nessa medida, intra-sistémico relativamente ao sistema social e, nas palavras do autor, mais mais concretamente, ao sistema jurídico-constitucional.

A par desta definição, Ivan Silva[28] cita as noções atribuídas por Jeschek e Welzer àquele conceito. Assim, para o primeiro, bens jurídicos são "*bens vitais e indispensáveis para a convivência humana em comunidade que devem ser protegidos pelo poder coercitivo do Estado mediante a pena criminal*". Já para o segundo, "*bem jurídico é um bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social, é protegido juridicamente. (...) é todo estado social desejável que o Direito quer resguardar*".

Apesar de, nas noções apresentadas, ser possível encontrar um núcleo duro, centrado na vitalidade e essencialidade do bem (jurídico) para a comunidade ou indivíduo, não é possível das mesmas – ou de quaisquer outras que se oferecessem – concluir, com o grau de certeza e definição que se desejaria, que bens devem ser incluídos e quais o não devem ser.

Para colmatar esta falha, mostra-se necessário apelar à axiologia jurídico-constitucional, no sentido de que um bem politico-criminalmente tutelável tem que estar previsto, plasmado, de alguma forma, na ordenação constitucional.

[28] SILVA, Ivan Luiz da *in obra já citada*.

Assim, a Constituição deverá servir de base referencial à determinação dos bens jurídicos que podem ter consagração penal, através da criminalização das condutas que atentem contra eles.[29] [30]

Por outro lado, ficarão afastadas daquela punição as meras violações morais (como é o caso da eventual punição da homossexualidade ou da prostituição), as proposições de natureza puramente ideológica ou a violação de valores de mera ordenação.

Também deve ser afastada, em regra, a criação normativa penal que vise proteger sentimentos ou a criação de leis penais simbólicas (que perseguem fins extrapenais), uma vez que estas não têm subjacente a protecção de bens jurídicos.

Seguramente, também não podem ser considerados bens jurídicos os *tabus* (por exemplo, de natureza sexual, sem qualquer evidência científica que os secunde ou suporte) ou as abstracções inapreensíveis.

Finalmente, fica excluída a punibilidade de meras infracções a deveres. Na realidade, à imposição de um dever não corresponde sempre e obrigatoriamente o reconhecimento de um direito. Essa dicotomia nem sempre se verifica.

Assim, em jeito de resumo, apelamos às palavras de Bechara[31], ao afirmar que "*uma norma penal apenas é justificável na medida da sua necessidade à proteção das condições de vida de uma sociedade estruturada sobre a base da liberdade da pessoa. Nesse passo, não tem o Estado direito de coagir os indivíduos a*

[29] Segundo SILVA, Jorge Pereira da, *in* "Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais", pag. 345 e seg. "*é sabido que com a noção de bem jurídico se designa um quid a que o direito, na sua constituenda coerência interna, concede valor positivo em virtude do seu contributo para a auto-realização do homem enquanto individualidade social e, portanto, tutela através de normas de conduta – permissivas ou proibitivas . ou também, eventualmente através de normas sancionatórias. (…) Ao contrário do que por vezes se sugere, com o conceito de bem jurídico não se trata apenas de captar e processar informação do mundo exterior através de quadros próprios do mundo do direito, nem menos ainda de simplesmente traduzir (ou cifrar) esse mundo em linguagem jurídica. Sem prejuízo de desempenharem uma função mediadora, os bens jurídicos não são apenas algo que é valioso para o direito.*
A este respeito, convém pois frisar bem a importância de preservar a destrinça entre os direitos fundamentais e os correspondentes bens jurídicos protegidos. Apesar do que possam ter em comum (…), não é legitimo proceder à substituição da categoria de bem jurídico, algo vaga e problemática, por meio do apelo directo aos direitos fundamentais. Na verdade, ainda que esta aproximação conceptual não seja universal, na essência das coisas, "ter um direito significa ter a faculdade de fazer algo e ao mesmo tempo a pretensão de que terceiros (incluindo o Estado) não interfiram nesse espaço de liberdade de acção; (...)" Mas "ser titular de um bem jurídico significa ter um interesse não exclusivo na preservação de algo tido comummente como valioso (...)".

[30] contra DOLCINI, Emilio/ MARINUCCI, Giorgio *in* "Constituição e escolha dos bens jurídicos" – Tradução de José de Faria Costa, ao afirmarem que "*a nossa conclusão vai, portanto, no sentido de que a constituição não impõe um limite geral ao legislador ordinário na escolha discricionária dos bens a tutelar penalmente: o legislador não está vinculado nesta escolha ao âmbito dos bens constituicionalmente relevantes.*"

[31] BECHARA, Ana Elisa Libertore S. *in* "O rendimento da teoria do bem jurídico penal atual".

eleger determinados modelos de comportamento, quando isto não for relevante para a manutenção da vida social. A tolerância, o reconhecimento do pluralismo e a proteção da personalidade como elemento material essencial do Estado Democrático do Direito proíbem, portanto, ao poder estatal o reconhecimento de determinados ideais morais para exigi-los como bens jurídicos.

E não poderia ser mesmo diferente, pois se se reconhecesse ao Estado a faculdade de sancionar todo o comportamento que, mesmo inofensivo, de acordo com um juízo estabelecido pela maioria soa como imoral, haveria de se admitir, também, o direito de se coagir, por meio do direito penal, as minorias que não compartilham as concepções morais gerais, para que adaptem suas ações aos padrões valorativos eleitos como dominantes (apesar dessas ações não serem socialmente danosas), o que soa absolutamente inaceitável na atualidade".

Traçado o caminho que deveremos percorrer, é tempo de voltar à questão inicialmente colocada, usando as ferramentas, entretanto encontradas: qual é, então, o bem jurídico subjacente à punição do crime de maus tratos a animais?

O legislador, no âmbito do processo legislativo que iria desembocar na aprovação do regime punitivo penal do crime de maus tratos a animais, não abordou, nem procedeu a qualquer discussão sobre esta temática.

Prevendo-se uma neo-criminalização, a inserir no Código Penal (no qual, recorde-se, está previsto, no art.º 40.º, que a finalidade a prosseguir com as penas e medidas de segurança é, além do mais, a protecção dos bens jurídicos), perguntamo-nos se essa discussão não deveria ter sido promovida.

Estamos em crer que sim.

Na realidade, tendo presente tudo o que já foi dito, mostra-se impensável criar um novo tipo legal – a introduzir no Código Penal que, como sabemos, constitui verdadeiro direito penal primário e, como tal, referencial principal duma sociedade daqueles que são os seus valores essenciais –, sem previamente se fazer um debate em torno da determinação do bem jurídico.

Questão diferente será aquela que busca definir a quem compete identificar o bem jurídico subjacente a uma norma jurídica de natureza punitiva: ao legislador? À jurisprudência? À doutrina?

Nomeadamente, quem deverá ser responsável pela discussão sobre a vontade do legislador de pretender criminalizar uma qualquer conduta, anteriormente desprovida de sanção? Quem deverá cotejar essa possibilidade (material)?[32]

Estamos em crer que essa competência caberá, em primeira linha, aos criadores do Direito, grupo do qual o legislador – como anteriormente referimos – não faz parte. São os criadores do Direito – e, dentro destes, em particular a Doutrina – quem deve fazer este debate, que pode apresentar-se como contemporâneo, ou prévio, ao processo legislativo.

No caso normativo em análise, apenas o Conselho Superior da Magistratura problematizou a questão do bem jurídico, concluindo, a final, pela não concordância com o regime proposto.[33]

Aquele Conselho deparou-se com dificuldades inerentes o reconhecimento do bem jurídico subjacente àquela criminalização. Ali se disse, a dado passo, "*e) sendo a legitimidade da intervenção penal do Estado aferida pela necessidade da tutela de um bem jurídico, um bem jurídico que só existirá "onde se encontre reflectido num bem jurídico-constitucionalmente reconhecido" e que por isso mesmo "preexiste" à estatuição penal, em termos de se poder afirmar também que "toda a norma incriminatória na base da qual não seja suscetível de se divisar um bem jurídico-penal claramente definido, é nula por materialmente inconstitucional e como tal deve ser declarada pelos tribunais para tanto competentes, caberá agora perguntar qual o bem jurídico que no caso dos Projectos de Lei em análise justifica axiologicamente a intervenção penal do estado (…)*". Segue depois, "*(…) poderá dizer-se que no panorama jurídico-positivo existente em vários países europeus, mas não só, tem-se revelado um consenso dirigido à criminalização de tais condutas, pese embora não seja muito clara a identificação do bem jurídico que com elas se pretende efectivamente salvaguardar*".

[32] A competência formal pertence, como é óbvio, ao poder legislativo.

[33] Transcreve-se, parcialmente, a comunicação transmitida ao Exmo. Sr. Presidente da Comissão dos Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, subscrita pela MMª Juiza de Direito, Chefe de Gabinete do Exmo. Sr. Vice-Presidente do C.S.M.: "*(…) Relativamente às Propostas de Lei nºs 474/XII/2ª e 475/XXI/2ª informa-se que as conclusões tecidas no Parecer sob as alíneas e) f) e g), não merecem a unanimidade dos Membros do Conselho Superior da Magistratura, em virtude de ter sido manifestado o entendimento de que não deveria existir criminalização das condutas, mas mero sancionamento contra-ordenacional*".

As reservas daquele Conselho têm verdadeira razão de ser, uma vez que as tentativas, na sociedade, para justificar a intervenção penal em apreço têm sido múltiplas; contudo, daquela discussão tem sido sempre arredada a ideia de protecção de um qualquer bem jurídico, antes se sustentando a punição numa ilicitude de mera conduta, em si mesmo considerada, isto é, opta-se por punir os maus-tratos sobre os animais por se considerar que tal conduta é contrária ao sentimento moral público.

Este descuramento da fundamentação daquela punição numa prévia identificação do bem jurídico constante do normativo punitivo é, à luz do nosso sistema jurídico-constitucional, inadmissível, não tendo qualquer viabilidade.

Há, para além daquelas teses de índole meramente moralista, outras que têm tentado fornecer uma resposta à questão em análise.

García[34], admitindo, desde logo, que a delimitação do bem jurídico protegido nos tipos penais relacionados com o maus-tratos dos animais constitui tarefa difícil, tenta resumir as principais teses oferecidas, oferecendo-lhes de imediato críticas, e que seguimos, em relação à maioria delas, de muito perto[35]:

a) <u>Os maus-tratos a animais e os bens jurídicos ambientais</u>.

Os defensores desta tese[36] afirmam que, considerando que o crime foi sistematicamente colocado no capítulo dedicado à protecção da fauna e da flora[37], indicia-se, assim, que o bem jurídico protegido é o do meio ambiente, incluindo ali, também, os animais domésticos.

Parece-nos, contudo, que esta tese não merece acolhimento, desde logo porque se vê muito pouca relação entre os animais domésticos e o meio ambiente[38]. Na protecção que o legislador penal atribui ao meio ambiente pretende-se salvaguardar o equilíbrio do ecossistema, sempre na perspectiva de que, conservando este, se potencia a sobrevivência da espécie humana. Não se

[34] GARCÍA, Esther Hava *in* "La protección del bienestar animal através del derecho penal".
[35] Assim já não será, como se pretende demonstrar, na parte em que aquela autora entende ser possível identificar o bem-estar do animal como o bem jurídico protegido.
[36] Em Portugal, FARIAS, Raul *in* "Dos crimes contra animais de companhia – Breves Notas", obra já citada.
[37] Como é o caso da Espanha, artigo 337 do C. Penal.
[38] Que, efectivamente, merece tutela constituicional – artigo 66º da Constituição da República Portuguesa.

percebe qual seja a ligação daquela intenção com a punição dos maus tratos aos animais domésticos. De que modo evitar os maus tratos a um cão de companhia contribui para a salvaguarda do ecossistema e, nessa medida, para a sobrevivência da espécie humana?

Por outro lado, se os maus tratos aos animais servissem aquele propósito, tal poderia chocar de frente com a necessidade que, por vezes, existe de, na defesa do próprio ecossistema, se proceder ao extermínio massivo de algumas espécies de animais (domésticos, ou não).

Serve o dito para afastar aquela teoria, por nos parecer pouco acertada.

b) Os animais como titulares de direitos subjectivos.

Neste sector doutrinal, pretende-se defender que os animais são, enquanto tais, titulares de determinados direitos subjectivos e, por isso, deve punir-se os comportamentos que atentem contra esses direitos.

No fundo, ao serem titulares de certos direitos, são também titulares de determinados bens jurídicos, que mereceriam tutela penal, nomeadamente a vida, a integridade e, para alguns, inclusive, a dignidade.

Os animais apresentar-se-iam, por conseguinte, como sujeitos passivos do delito.

No nosso ordenamento jurídico, tal doutrina choca de frente com o estatuto que os animais nele têm: o de coisas. Sendo coisas, parece, numa perspectiva de acuidade legislativa, impossível reconhecê-los como titulares imediatos de direitos subjectivos.

Por outro lado, ainda que fosse concebível reconhecer-lhes esses direitos e, consequentemente, vê-los como titulares de bens jurídicos, temos sérias dúvidas quanto à natureza desses bens, tendo presente os tipos legais em vigor no ordenamento jurídico-penal.

Ao contrário do que os defensores desta doutrina querem fazer crer, os bens jurídicos não poderiam ser os da vida ou integridade física. O normativo penal aprovado não proíbe a ofensa à integridade física dos animais ou à própria vida destes. Essa conduta é, como regra, possível. Não poderá é, na perspectiva do

legislador, ser injustificada. A não ser assim, levantar-se-iam, por exemplo, questões de legitimidade nos casos de opção pela eutanásia de animais. Em que circunstâncias tal poderia ser efectuado: apenas em caso de doenças? Teria que ser motivado? E a quem competiria decidir se a eutanásia de um animal deve, ou não, ser levada a cabo? Ao médico? Ao dono, devidamente informado? Poderá um terceiro, que não tem qualquer relação com o animal de companhia, tentar impedir, por exemplo, através dos tribunais, o cumprimento desse acto?

De igual modo, se se reconhecessem aos animais tais direitos, poderia pôr-se em causa a satisfação de inúmeras necessidades humanas.

Como justificação última de negação desta tese, está o facto de o legislador ter concedido idêntica moldura penal para o caso da morte do animal ou para a criação de determinado tipo de lesões físicas. Não se perceberia que, sendo reconhecido aos animais o direito à vida e à integridade física, depois o legislador os protegesse de idêntica forma, por força da imposição – em abstracto – de uma mesma moldura penal, vendo naqueles valores, afinal, igual dignidade, o que se mostraria desadequado, pois a vida terá sempre maior valor do que a integridade física.[39]

c) A penalização dos maus-tratos a animais como meio de proteger as pessoas e o seu património.

A justificação desta corrente assenta no facto de se entender que, penalizando os maus-tratos aos animais, previnem-se futuras agressões ao ser humano e/ou ao seu património. Alicerçando-se nas teses de Tomás de Aquino, em Kant, Ihering e Lübbe, os defensores desta corrente consideram que, quem é capaz de maltratar animais é, também, seguramente, capaz de atentar contra o seu semelhante e desrespeitar o património deste.

O bem jurídico subjacente é o da moral e dos bons costumes. Deste modo, a penalização do ataque aos animais (domésticos) não visa protegê-los, de forma directa. Esta tutela será consequente à protecção que a própria sociedade,

[39] É assim para o ser humano, não se percebendo porque não deveria ser assim, também, para os animais.

verdadeira titular do bem jurídico colectivo assim configurado, pretende estabelecer.

Como argumentos contraditórios de tal corrente, podem indicar-se os seguintes:

- se o bem jurídico protegido é o da moral e bons costumes, os tipos penais de maus tratos a animais só podem consumar-se quando a moral e os bons costumes sejam afectados; e

- a quem cumpriria definir o que, nesta matéria, constitui moral e bons costumes? E como se mediria essa violação?

- estando em causa os bons costumes e a moral, apenas os maus tratos a animais que fossem perpetrados em público seriam susceptíveis de punição, pois só assim, directamente, se estaria perante um atentado às pessoas. Porém, os normativos legais em vigor não diferenciam o local onde os maus-tratos são praticados.

Mas a maior crítica assenta na indicada impossibilidade - por força dos limites invocados ao *ius puniendi* – de, através do direito penal, se pretenderem impor concepções morais.

Na senda desta corrente, a punição dos maus tratos a animais visa a legitimação da imposição de uma moral ou ética social, o que se mostra intolerável. A concepção moral e ético social do direito penal é afastada pela grande maioria da doutrina ocidental, pois não compete ao direito penal, directa ou indirectamente, tutelar qualquer virtude ou moralidade, ainda que seja essa a moral dominante, estadualmente imposta ou pertença de um grupo social específico.[40]

Vigora no nosso sistema jurídico o princípio da liberdade de consciência individual, plasmado no art.º 41.º da Constituição da República Portuguesa, que se apresenta como incompatível com esta tese.

Curiosamente, quer a petição que deu origem ao processo legislativo, quer a própria Convenção Europeia Para a Protecção dos Animais de Companhia,

[40] Neste sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo *in obra já citada*.

fazem apelo a este dever moral que recai sobre o ser humano, de proteger os animais[41].

d) Os sentimentos humanos de amor ou compaixão para com os animais.

Aqueles que são percursores desta doutrina apontam como bem jurídico objecto da tutela penal, os sentimentos das pessoas. Mais concretamente, os sentimentos que as pessoas têm para com os animais. Sentimentos de amor, compaixão, piedade ou simplesmente simpatia. Sentimentos que são afectados sempre que um animal doméstico é maltratado.

Esta teoria, apesar de ultrapassar o problema que poderia ser apontado às demais teses, referente à circunstância de todas aquelas tutelarem interesses dos animais sem que haja uma directa conexão com os interesses humanos, não deixa de apresentar falhas.

Desde logo, perguntar-se-á se, para que se considere que o bem jurídico foi atingido é necessário que haja conhecimento do maltrato ao animal, ou se se basta com o potencial conhecimento? Naquela primeira hipótese, se o maltrato for infligido sem conhecimento de terceiros, então não haverá atentado ao bem jurídico e, nessa medida, não poderá haver punição. Na segunda possibilidade, o bem jurídico será afectado, mesmo que o maltrato chegue, ou não, alguma vez ao conhecimento dos demais. São questões a que aquela teoria não dá resposta.

Por outro lado, outro obstáculo pode ser avançado. Quando se aponta o sentimento das pessoas como bem jurídico afectado, a que pessoas se referem? E a quantas pessoas se referem? Referem-se só às pessoas que têm sentimentos em relação àquele animal ou espécime animal que, em concreto, foi maltratado ou a qualquer pessoa que, potencialmente, possa ver o seu sentimento afectado?

Para que o bem jurídico seja afectado, basta que uma pessoa se sinta afectada nesses sentimentos que tem para com o animal de companhia, ou é preciso que essa sensação abranja um número mais vasto?

[41] Também STALLWOOD, Kim *in* "Animal Rights and Public Policy: From Moral Crusade to Social Justice", refere que "*Animal activists seek their objective of moral and legal rights for animals by promoting the adoption of cruelty-free, vegan/vegetarian personal life styles. (...) The transformation to an animal activist is profound. Animal rights becames a moral crusade*". A indicação, pelo autor, de que o direito dos animais se tornou uma cruzada moral, demonstra que se visa, através do direito penal, impor moralidades o que, contraria, a génese deste ramo do direito.

Todas estas imprecisões afastam a possibilidade de acolher esta tese.

e) O bem-estar do animal como o bem jurídico protegido.

É com referência à forma como o próprio ser humano vê a vida – fustigada, tantas vezes, por sentimentos de dor, perda, tristeza – que aquele reconheceu nos animais sentimentos em tudo semelhantes a estes. Os animais – todos eles - são seres que têm sensações e também sofrem e, por isso, são vistos como seres sensíveis.

É em torno desta verdade – secundada por evidências científicas – que os defensores desta teoria indicam como bem jurídico da incriminação o bem-estar dos animais.

Assim, todos aqueles que façam um animal (doméstico) sofrer, de forma injustificada, devem ser punidos criminalmente.

Há, porém, alguns apontamentos que carecem de ser feitos.

O primeiro deles prende-se com o facto de o direito penal estar pensado para proteger bens jurídicos. Bens jurídicos que, como se foi afirmando ao longo deste trabalho, têm que ter uma relação directa com os interesses humanos.

Ora, apontando-se o bem-estar do animal como bem jurídico protegido, é difícil localizar esse elo de ligação. Pretende-se, aqui, proteger o animal por aquilo que ele é, e já não pelos sentimentos que temos por ele. Esse centrar da protecção no animal, por essa mesma condição, impede que se veja nesse bem jurídico uma ligação imediata (e, bem assim, mesmo mediata) com o Homem.

Por outro lado, se a razão da punição assenta na necessidade de actuar contra comportamentos que causem dor e sofrimento aos seres vivos, que são capazes de os sentir, por que é que a protecção penal não abrange todos os animais[42], ao invés de se restringir aos animais de companhia? Não sentem os demais animais dor e sofrimento?

Apenas para citar alguns exemplos, onde fica o direito da carraça sobre o cão, quando aquela é morta, por envenenamento, sendo que a mesma depende

[42] E mesmo as plantas.

exclusivamente do sangue do hospedeiro para viver? Porque não se considera o sofrimento e a dor dos animais que são objecto de caça? O que dizer da forma como morrem os peixes – por asfixia – quando são pescados?

Merecerão, afinal, estes outros animais, menos consideração do que aqueles outros, para os quais reconhecemos a necessidade de uma protecção de cariz penal?

Na exposição de motivos que sustentou o Projecto de Lei n.º 475/XXI, refere-se que a "*dignidade e respeito atribuídos à vida animal são princípios integradores do léxico da política legislativa da União Europeia*".

Nestes termos, a evolução legislativa, "*além de concetual, é civilizacional, já que tem atribuído à vida animal a dignidade de um "ser vivo"*".

A forma como este texto é apresentado faria pensar que o legislador quis afastar-se das posições mais antropocêntricas – sempre focadas no Homem como o centro de tudo – visando-se, antes, uma protecção do animal que encontrasse sustento noutros argumentos.

Contudo, tendo presente o projecto sujeito a votação e, posteriormente aprovado, verifica-se que, afinal, a escolha do legislador aponta, uma vez mais, para concepção da protecção jurídico-penal do animal em função da relação que o homem estabelece com este.

O bem-estar do animal falha, então, o objectivo de se identificar como o bem jurídico da norma incriminadora, pois, por um lado - e em termos meramente teóricos -, é incapaz de justificar a ligação directa que tem com o ser humano, a ponto de carecer protecção penal e, por outro, ao ser materializada numa lei que restringe a protecção aos animais de companhia, acaba por recolocar a discussão da necessidade da penalização dos maus tratos, na relação e sentimentos que o Homem estabelece e nutre por aqueles[43].

Uma conduta incriminadora, assente no bem-estar do animal, nos termos concebidos e materialmente conformada no tipo legal criado, é causa de verdadeira desigualdade entre os animais, criando espécies de primeira e segunda

[43] De forma diferente, o Direito Alemão, que no art. 17º da Lei de Protecção dos Animais (Tierschutzgesetz), abrange todos os animais vertebrados.

categoria, apenas assente na forma como o ser humano olha os mesmos. Dita concepção, constitui a negação da vontade que o legislador, inicialmente, manifestou, de atribuir dignidade e respeito à vida animal.

f) O bem jurídico composto.

Poderá, finalmente, tentar encontrar-se no bem jurídico composto a solução à matéria problematizada.

Deste modo, admitir-se-ia que a punição criada recai na protecção de um bem jurídico plúrimo, assente na protecção da integridade física, saúde e vida de um determinado animal, por força de uma específica relação que o mesmo tem com o ser humano, por razões culturais, históricas ou naturais.

No entanto, mesmo admitindo a existência de dito bem, nestes termos concebido, cumpriria conferir se o mesmo constitui um valor que se apresenta essencial ao desenvolvimento da personalidade ética e moral do ser humano. É que, só neste caso, seria admissível a incriminação da conduta que contra ele atentasse.

Está, porém, por demonstrar, quer a existência de tal bem, quer a sua essencialidade, pelo que qualquer incriminação estaria ferida de nulidade, por chocar, de frente, com a matriz que emana do art.º 18.º da Constituição da República Portuguesa.

A antecedente análise pretendeu revelar, por lado, que a discussão do bem jurídico em torno da incriminação dos maus tratos ainda não é suficientemente madura para alicerçar uma qualquer punição. É, aliás, um debate que, pelas razões que foram sendo apontadas, se mostra difícil de fazer.[44]

O facto de se oferecerem tantas teses acerca desta temática demonstra que não há uma posição consolidada[45]. Múltiplas teses são, afinal, a afirmação de que

[44] neste sentido, também, FARIAS, Raul *in obra já citada*.

[45] Não podemos deixar de, por isso, manifestar aqui a nossa perplexidade para com o facto de o Conselho Superior da Magistratura, - depois de ter oferecido tão equilibrado parecer no âmbito do Projecto Lei nº 474/XXI, onde precisamente reflecte sobre a dificuldade da definição do bem jurídico -, vir agora, em sede do Projecto Lei nº 173/XIII, que visa alterar o regime instituído, agravando-o, referir que está assente que o bem jurídico alcançável com dita punição é o bem estar do animal. Não se

não existe uma definição concreta, um caminho escolhido, mas antes um arrazoado de argumentos.

A criação dum tipo legal, num momento em que não está feita toda a discussão relativamente a esse crime e sobre a sua legitimação jurídico-constituicional, atento o bem jurídico que protege, está destinada a cair.

Por outro lado, visou-se apresentar uma falha no processo legislativo quanto a esta incriminação, que deu origem a aprovação e entrada em vigor de uma lei antes de se ter criado o respectivo direito em torno da mesma, respondendo a alegados pulsares da sociedade, sem qualquer cautela pelo respeito dos princípios que norteiam o direito penal.

Ante tudo o apresentado, estamos em condições de afirmar que não é possível identificar, na norma incriminadora dos maus tratos a animais, um bem jurídico.

Isso mesmo já havia percebido Roxin[46] - defensor da teoria do bem jurídico - ao afirmar que, no caso da protecção de embriões humanos, do meio ambiente, de animais e de gerações futuras, o princípio da protecção dos bens jurídicos não seria de nenhuma ajuda, razão pela qual propôs a criação da acima indicada extensão do direito penal, fora daquele conceito.

Deste modo, qualquer tentativa de punição do maltrato ao animal, para além do regime contraordenatório – que já existia no nosso ordenamento jurídico – assenta em valorações de clara inconstitucionalidade, por violação dos artigos 18.º, 27.º e 62.º da Constituição da República Portuguesa e, por isso mesmo, devem ser expurgadas do nosso regime penal.

Atenta a conclusão alcançada, deve o legislador, de forma célere repor a justiça das coisas, retirando do Código Penal aqueles normativos[47], por tal solução ser a única que é consentânea com o quadro jurídico-constitucional vigente.

É este o contributo que se nos oferece fornecer, sem prejuízo de posterior

justifica, ali, como se chegou a tal conclusão, apresentando o caminho percorrido que afaste a conclusão anteriormente manifestada pelo que, neste termos, se mostra incongruente e insustentável.

[46] referido por BECHARA, Ana Elisa Libertatore S. e por NEUMANN, Ulfrid *in obras já citadas.*

[47] Ao invés de os querer agravar, como parece resultar do Projecto-Lei 173/XIII.

reflexão[48] e análise do regime actualmente em vigor, a efectuar noutro momento e que, aqui, se mostraria desadequado, por contrário ao que nos propusemos aferir e face às conclusões a que chegámos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALONSO, Henrique, "El artículo 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: Los animales como seres «sensibles [sentientes]» a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", disponível na obra ""Animales y derecho = Animals and the law ", eds. D. Favre, T. Giménez-Candela. - Valencia : Tirant Lo Blanch, 2015, pág. 17 – 59.

ALVES, Pedro Delgado, "Desenvolvimentos recentes da legislação sobre animais em Portugal: uma breve crónica legislativa, ANIMAIS: Deveres e Direito", disponível *in* E-Book, Instituto de Ciências Juridico- Politicas, disponível em http://www.icjp.pt/publicacoes/1/5105?language=en

BECHARA, Ana Elisa Libertore S., O rendimento da Teoria do Bem Jurídico no Direito Penal Atual, disponível *in* https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/3-ARTIGO

COSTA, Helena Regina Lobo da, "Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do harm principle", disponível na obra "Direito penal como crítica da pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário" em 2 de setembro de 2012 / organizadores Luís Greco, Antonio Martins ; [autores] Alfredo Chirino Sánchez.. [et al.] . - Madrid : Marcial Pons,

[48] Pareceu-nos pouco coerente que, tendo-se concluído pela inconstitucionalidade dos normativos que punem os maus-tratos aos animais, na mesma instância, nos propuséssemos a analisar, em concreto, cada um dos artigos daquele regime, pois que isso, de alguma forma, poderia ser visto como um aval àquele, o que não é o caso. De todo o modo, entendemos que dum ponto de vista meramente doutrinário, aquela análise se revela de interesse, uma vez que se trata de um regime novo, sem jurisprudência ou doutrina concreta que ajude os Tribunais na sua aplicação, no caso do afastamento da aqui invocada inconstitucionalidade.

2012, pág. 133-149.

COSTA, José de Faria, "Beccaria e a legitimação do direito penal: entre a ética das virtudes e a ética das consequências.", disponível na obra "Beccaria e o direito penal : três estudos / José de Faria Costa. - [Coimbra] : Coimbra Editora, 2015, pág. 32 – 51.

DIAS, Jorge de Figueiredo, "Direito Penal - Parte Geral - Tomo I - Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime", Coimbra Editora, 2012 e "O "Direito Penal do Bem Jurídico" como princípio jurídico-constitucional à Luz da Jurisprudência Constitucional Portuguesa", disponível na obra ""Direito penal como crítica da pena : Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário", em 2 de setembro de 2012 / organizadores Luís Greco, Antonio Martins ; [autores] Alfredo Chirino Sánchez.. [et al.] . - Madrid : Marcial Pons, 2012, pág. 249 - 261.

DOLCINI, Emilio, e MARINUCCI, Giorgio, "Constituição e escolha dos bens jurídicos" [tradução de] José de Faria Costa, Revista portuguesa de ciência criminal, Lisboa, a.4n.2(Abr.-Jun.1994), pág.151 – 198.

FARIAS, Raul, "Dos Crimes contra animais de companhia – Breves Notas", disponível *in* E-Book, Instituto de Ciências Juridico- Politicas, disponível em http://www.icjp.pt/publicacoes/1/5105?language=en

GARCÍA, Esther Hava, La protección del bienestar animal a través del derecho penal, disponível *in* http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/141

GOMEZ BENITEZ, Jose Manuel, "Sobre la teoria del bien juridico : aproximacion al ilicito penal", disponível na "Revista de la Facultad de Derecho

de la Universidad Complutense", Madrid, Nueva Epoca n.69 (Otono 1983), pág. 85 -111.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano, "O papel do direito penal no século XXI", disponível na obra "Direito penal como crítica da pena : Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário", em 2 de setembro de 2012 / organizadores Luís Greco, Antonio Martins ; [autores] Alfredo Chirino Sánchez.. [et al.] . - Madrid : Marcial Pons, 2012, pág. 345-358.

LACHANCE, Martine, "Animal as Sentient Beings: Are we Concerned by Animal Suffering in Canada?", disponível na obra "Animales y derecho = Animals and the law ", eds. D. Favre, T. Giménez-Candela. - Valencia : Tirant Lo Blanch, 2015, pág.. 275 – 293.

MAZZUCATO, Claudia "Bene giuridico e "questione sentimento" nella tutela penale della relazione uomo-animale : ridisegnare i confini, ripensare le sanzioni", disponível na obra "La questione animale / a cura di Silvana Castignone, Luigi Lombardi Vallauri ; segreteria scientifica Matteo Gasparin. - [Milano] : Giuffrè Editore, [copy. 2012], pág. 687-723.

NEUMANN, Ulfrid, "Bem jurídico, Constituição e os limites do direito penal", disponível na obra "Direito penal como crítica da pena : Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário" em 2 de setembro de 2012 / organizadores Luís Greco, Antonio Martins ; [autores] Alfredo Chirino Sánchez.. [et al.] . - Madrid : Marcial Pons, 2012, pág. 519 – 532.

PALMA, Maria Fernanda, "Conceito material de crime, direitos fundamentais e reforma penal, disponível *in* http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/TQB_MA_22910.pdf

PASCUAL, Gabriel Doménech, "Colisiones entre bienestar animal y derechos fundamentales", disponível na obra "El derecho de los animales / Basilio

Baltasar ; [autores] Jorge Wagensberg.. [et al.]. - Madrid : Marcial Pons, 2015", pág. 89 – 125.

SCHÜNEMANN, Bernard, "O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal", disponível na "Revista brasileira de ciências criminais", São Paulo, a.13n.53(Mar.-Abr.2005), pág. 9 – 37.

SILVA, Ivan Luiz da, "O bem jurídico-penal como limite material à intervenç\ao criminal", disponível *in* http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496972/000991309.pdf?sequence=1

SILVA, Jorge Ferreira da, "Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais, Universidade Católica Editora, 2015.

STALLWOOD, Kim, "Animal Rights and Public Policy: From Moral Crusade to Social Justice", disponível na obra "Animales y derecho = Animals and the law ", eds. D. Favre, T. Giménez-Candela. - Valencia : Tirant Lo Blanch, 2015, pág. 339 – 351.

TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de, "Funcion y limites del principio de exclusiva proteccion de bienes jurídicos", disponível na obra "Anuario de derecho penal y ciencias penales, Madrid, (Enero-Abr.1990), pág. 5 – 27.