

ARGOS E O DIREITO PENAL (UMA LEITURA “DOS CRIMES CONTRA ANIMAIS DE COMPANHIA” À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE E DA NECESSIDADE)¹

SUSANA AIRES DE SOUSA

Resumo: através deste artigo faz-se uma leitura crítica dos “crimes contra os animais de companhia” à luz da teoria da infracção criminal, em particular da categoria de bem jurídico-penal e dos princípios que a conformam. Neste sentido, pergunta-se pela congruência destas incriminações com os princípios da dignidade penal e da necessidade de pena, através de um percurso sobre a compreensão, fundamentação e delimitação destes princípios estruturantes da intervenção penal.

Palavras-chave: crimes contra os animais de companhia; bem jurídico-penal; princípio da dignidade penal; princípio da *ultima ratio*; garantismo e funcionalismo.

(Depois de 20 anos, Ulisses regressa a casa, disfarçado de mendigo.)

“E um cão, que ali jazia, arrebitou as orelhas. Era Argos, o cão do infeliz Ulisses; o cão que ele próprio criara, mas nunca dele tirou proveito, pois antes disso partiu para a sagrada Ílion. Em dias passados, os mancebos tinham levado o cão à caça, para perseguir cabras selvagens, veados e lebres. Mas agora jazia e ninguém lhe ligava, pois o dono estava ausente: jazia no esterco de mulas e bois, que se amontoava junto às portas, até que os servos de Ulisses o levassem como estrume para o campo. Aí jazia o cão Argos, coberto das carraças dos cães. Mas quando se apercebeu que Ulisses estava perto, começou a abanar a cauda e baixou ambas as orelhas; só que não tinha força para se aproximar do dono. Então Ulisses olhou para o lado e limpou uma lágrima. Escondendo-a discretamente de Eumeu,

¹ Este texto corresponde, na sua essência e com ligeiras alterações formais, à comunicação apresentada no contexto das IV Jornadas Açorianas de Direito realizadas, nos dias 10 e 11 de Novembro, em Ponta Delgada. O texto preserva assim a matriz de simplicidade e oralidade que orientou aquela exposição.

assim lhe disse: “Eumeu, que coisa estranha que esse cão esteja aqui no esterco. (...)” Foi então que Eumeu lhe deu esta resposta: “É na verdade o cão de um homem que morreu. Se ele tivesse o aspecto e as capacidades que tinha quando deixou Ulisses, ao partir para Tróia, admirar-te-ias logo com a sua rapidez e a sua força. Não havia animal no bosque, que ele perseguisse, que dele conseguisse fugir: e de faro era também excelente. Mas está agora nesta desgraça: o dono morreu longe, e as mulheres indiferentes não lhe dão quaisquer cuidados. (...)” Assim dizendo, entrou no palácio bem construído e foi logo juntar-se na sala aos orgulhosos pretendentes. Mas Argos foi tomado pelo negro destino da morte, depois que viu Ulisses, ao fim de vinte anos.”²

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A leitura deste excerto da Odisseia expõe de forma límpida a intensa ligação que, de há muito, se estabelece entre o ser humano e o ser animal, entre a Pessoa e o Cão. Argos, abandonado e maltratado com a partida do seu dono, aguarda pelo seu regresso para, ao fim de 20 anos, depois de o avistar pela uma última vez, se entregar, envelhecido, ao sono mais profundo.

Faz parte do património adquirido pela Humanidade, como testemunha este pedaço de texto, o reconhecimento de uma responsabilidade humana pelos animais e, de modo particular, por aqueles que estão sob o cuidado humano. Arrisca-se afirmar que esta consciencialização que eticamente se vem reconhecendo aos cuidados devidos aos animais ganhou crescida consistência nos tempos mais modernos.

Porém, a nossa reflexão não abrange o plano social, cultural ou ético, antes assume um propósito muito mais limitado. A nossa perspectiva assume-se exclusivamente jurídico-penal e, enquanto tal, fragmentária. Isto é: na medida em que nem todos os deveres éticos têm reflexo penal, sob pena de a ética ser imposta penalmente, importa saber se esta realidade valorativa deve ou não ser apropriada pelo sistema penal. Sendo este o ramo do direito que conhece as sanções de maior gravidade, deve reservar-se, num juízo necessário de adequação, às condutas mais graves, violadoras de valores essenciais à comunidade e, nesse sentido, portadoras não só de *dignidade penal*, mas também reivindicadoras de *necessidade punitiva*. É, pois, à luz destes princípios que nos propomos responder à pergunta: é Argos merecedor de tutela penal?

² Excerto do canto XVII da Odisseia, tradução de Frederico Lourenço, Livros Cotovia, 2003.

2. O PROBLEMA: A TUTELA PENAL DOS “ANIMAIS DE COMPANHIA”

Como é sabido, a Lei n.º 69/2014, de 29 de Agosto, introduziu, no final Código Penal, um novo título — o Título VI —, que recebe por título “Dos crimes contra animais de companhia”, composto por quatro artigos. Os dois primeiros dizem respeito a duas incriminações: no artigo 387.º, o crime de *Maus tratos a animais de companhia* e, no artigo 388.º, o crime de *Abandono de animais de companhia*. O mesmo diploma incluiu uma norma, no final deste título, que procura concretizar o conceito de animal de companhia (artigo 389.º).³ Já em 2015, por via da Lei n.º 110/2015, de 25 de Agosto⁴, o legislador adicionou a este capítulo o novo artigo 388.º-A, que prevê um conjunto de penas acessórias aplicáveis quando tenha sido cometido algum daqueles crimes⁵.

Assim, em 2014, o legislador português incluiu na legislação penal, como objecto específico das condutas típicas de maus tratos e de abandono, os *animais de companhia*.

Esta opção legislativa depressa ganharia expressão na *praxis* judicial. Segundo os dados estatísticos disponibilizados pelo *Relatório Anual de Segurança Interna de 2015*, observa-se um total de 1330 participações pela prática destes crimes⁶.

Também a Procuradoria da República, em nota publicada em Janeiro de 2016⁷, dá conta de que no ano de 2015 foram registados 1498 inquéritos, correspondentes a 1373 investigações, aos quais se acrescentam outras 22 investigações transitadas de 2014 pela prática de crimes contra animais de companhia. Dessas 1395 investigações, 772 foram finalizadas ainda em 2015. Por sua vez, a abertura de inquérito, no exercício da acção penal, resultaria em 53 acusações, tendo as restantes terminado com despacho de arquivamento. Saliente-se que em 32 inquéritos foi aplicada a suspensão provisória do processo; em outros 10 inquéritos o Ministério Público decidiu-se pela apresentação de requerimento de aplicação de pena não privativa da liberdade

³ O processo legislativo que conduziu a este diploma, bem como os projectos de lei que estiveram na sua origem (Projeto de Lei n.º 474/XII e Projeto de Lei n.º 475/XII), podem consultar-se em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailDiplomaAprovado.aspx?BID=18258>.

⁴ O processo legislativo que conduziu a este diploma, bem como o projecto de lei que esteve na sua origem, podem consultar-se em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=39702>.

⁵ Em Abril de 2016, deu entrada na Assembleia da República uma nova proposta de alteração do Código Penal tendo por fim reforçar o regime sancionatório aplicável aos animais, concretizada no Projecto-Lei n.º 173/XIII/1.^a (disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=40237>). Entre as alterações propostas conta-se o novo crime “Animalicídio” e o alargamento do conceito de animal de companhia. Esta proposta viria a ser rejeitada pela maioria parlamentar em 22 de Dezembro de 2016.

⁶ Disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=40237>.

⁷ Disponível em <http://www.ministeriopublico.pt/destaque/crimes-contra-animais-de-companhia>.

em processo sumaríssimo; por fim, foi deduzida acusação para julgamento em processo comum por 11 vezes. Da nota informativa consta ainda que em 2015 houve três condenações em processo sumaríssimo (em Gaia, Paços de Ferreira e Seixal).

Foram também disponibilizados alguns dados pelo Serviço de Protecção da Natureza e do Ambiente (SEPNA), da Guarda Nacional Republicana, com competência para a investigação destes crimes, que comparam os números do primeiro trimestre de 2015 com o primeiro trimestre de 2016, concluindo por um aumento de denúncias referentes a processos criminais e contraordenacionais, relacionados com animais⁸.

Este crescimento de denúncias e de processos relacionados com actos de violência contra os animais é, com frequência, apontado como indício revelador de uma mudança cultural e social no sentido de uma certa consciencialização social do desvalor inerente à crueldade contra animais. Este não é o espaço ou momento para indagar das causas desta densificação, no plano dos valores culturais e sociais, dos maus-tratos a animais. É certo, porém, que esta tendência é parcialmente devida à força e influência que o movimento animalista ganhou nas últimas décadas, impondo-se no mundo social, político e jurídico. E, no contexto deste último, chegaria, nos tempos mais recentes, à normatividade penal.

Não é nossa intenção proceder a uma análise, de cariz social ou sociológica, da influência de determinados movimentos (*v. g.*, animalista, ecológico, de género) no discurso jurídico. O nosso propósito é muito mais limitado e consistirá em reflectir sobre a intervenção penal no domínio da tutela dos animais à luz daqueles que têm vindo a ser apontados, no discurso jurídico-penal, como os *Grundlagen* de uma intervenção penal legítima e delimitada. As nossas reflexões têm consequentemente por base o *princípio da dignidade penal*, associado à tutela de bens jurídico-penais, e o *princípio da mínima intervenção penal*, também designado como princípio da *ultima ratio*.

Assim, num primeiro momento, concretizamos de forma breve o paradigma do direito penal do bem jurídico, para, num segundo momento, limitado à análise dos novos crimes contra os animais de companhia, tentarmos perceber se estas incriminações constituem ainda uma concretização daquele paradigma, um desvio ou, numa hipótese mais extrema, a expressão do seu fim.

3. O PARADIGMA (PENAL): A TUTELA SUBSIDIÁRIA DE BENS JURÍDICOS-PENAIIS

A função, reconhecida ao direito criminal, de proteger subsidiariamente bens jurídicos é usualmente apontada, quer na jurisprudência, quer na litera-

⁸ Cf. <http://www.gnr.pt/comunicado.aspx?linha=26>.

tura penal, como legitimadora do exercício do *ius puniendi*⁹. A determinação do bem jurídico tutelado através da criminalização de determinadas condutas constitui um *prius*, um critério limitador da intervenção punitiva que se projecta na restrição de direitos fundamentais. Daí que se reconheça ao conceito de bem jurídico-penal, enquanto padrão da incriminação, uma *função crítica*, mas se assinale igualmente uma função *dogmática*, enquanto substrato material necessário à espessura da ofensa, de forma a graduá-la como de lesão ou de perigo, e ainda uma *função interpretativa e sistemática*, cumprida na ordenação das normas incriminadoras contidas na Parte Especial de uma codificação penal¹⁰.

Todavia, avançando um passo mais, não é tarefa fácil definir bem jurídico-penal. São várias as tentativas realizadas pela doutrina para definir este conceito, seja acentuando uma perspectiva mais personalista, seja atribuindo-lhe uma natureza funcional. Os bens jurídicos penais são, para alguns autores¹¹, “aqueles pressupostos valiosos e necessários para a existência humana”¹²; para outros representam “aqueles objectos dos quais o homem precisa para a sua própria livre auto-realização”¹³; ou ainda uma “relação real da pessoa com um valor concreto reconhecido pela comunidade jurídica (...) na qual o sujeito de direito se desenvolve pessoalmente com a aprovação do ordenamento”¹⁴; há autores que identificam os bens jurídicos com “interesses

⁹ A título meramente exemplificativo, na doutrina portuguesa mais recente, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «O “Direito Penal do Bem Jurídico” como princípio jurídico-constitucional: da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações», in: *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa / Colóquio comemorativo do XXV aniversário do Tribunal Constitucional (24 e 25 de Outubro de 2008)*, Coimbra Editora, 2009, p.31-46; também, do mesmo autor, «O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional implícito (à luz da jurisprudência constitucional portuguesa)», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3998, Ano 145.º (2016), p. 250-266; JOSÉ DE FARIA COSTA, «Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não iliberal», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3978, Ano 142.º (2013), p. 158-173, MARIA JOÃO ANTUNES, «A problemática penal e o tribunal constitucional», *op. cit.*, 2012, p. 101 e ss.; NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-ordenações: da Cisão à Convergência Material*, Coimbra: Coimbra Editora, 2016 p. 565 e ss.. Para outras e adicionais referências bibliográficas sobre a categoria do bem jurídico, SUSANA AIRES DE SOUSA, *Os Crimes Fiscais. Análise Dogmática e Reflexão sobre a Legitimidade do Discurso Criminalizador*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 171 e ss. e ainda «Sociedade do risco: *requiem* pelo bem jurídico?», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 18 (2010), p. 231-246.

¹⁰ Sobre as funções desempenhadas pela categoria de bem jurídico, vide GIOVANNI FIANDACA, «Il “bene giuridico” come problema teorico e come criterio di politica criminale», *Rivista Italiana Di Diritto e Procedura Penal*, ano XXV (1982), p. 43 e ss. Também, com adicionais referências, SUSANA AIRES DE SOUSA, *Os Crimes Fiscais...*, *op. cit.*, p. 172.

¹¹ Estas e outras definições já em SUSANA AIRES DE SOUSA, *Os Crimes Fiscais...*, *op. cit.*, p. 172 e ss.

¹² HELLMUTH MAYER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, W. Kohlhammer Verlag: Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 1967, p. 52.

¹³ MICHAEL MARX, *Zur Definition des Begriffs “Rechtsgut”. Prolegomena einer materialen Verbrechenlehre*, Köln/Berlin /Bonn /München: Carl Heymanns Verlag KG, 1972, p. 84 e ss. e 89.

¹⁴ OTTO, «Rechthsgutsbegriff und Deliktstatbestand», *apud* FIANDACA, Giovanni, «Il “bene giuridico” come problema teorico e come criterio di politica criminal», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penal*, Anno XXV (1982), p. 48.

da vida da comunidade a que o direito penal concede protecção¹⁵; os bens jurídico-penais também são definidos como “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”¹⁶; já foram descritos como “unidades sociais de funções”, ou seja, entidades instrumentais necessárias para o funcionamento do próprio sistema social¹⁷; uma outra concretização do bem jurídico-penal fá-lo coincidir com as “expectativas imprescindíveis ao funcionamento da vida social, na forma dada e exigida pelas normas”¹⁸; o bem jurídico é ainda definido 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”¹⁹; “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”²⁰, “condições essenciais de liberdade”²¹ ou ainda como “objecto de valor experimentado como fundamental pela comunidade de sujeitos na perspectiva da sua realização individual e social”²².

Mais do que encontrar uma definição completa de bem jurídico, a exposição anterior teve por fim revelar, através do conjunto e da diversidade das noções apresentadas, a dificuldade em alcançar um conceito definitivo e esgotante do que é ou do que pode ser elevado à categoria de bem jurídico-penal. Um tal conceito “omnidescritivo” — na expressão de Augusto Silva Dias²³ — “capaz de enquadrar e explicar o universo das incriminações singulares vigentes” é inatingível e representa, na claríssima expressão de Stratenwerth, citada por aquele autor, “a quadratura do círculo”.

Este exercício permite, porém, alcançar duas impressões imediatas: num primeiro momento, conclui-se que o bem jurídico, no seu conteúdo e enquanto critério prático de delimitação da intervenção penal, há-de fundamentar-se em valores externos ao próprio sistema penal, reconhecidos socialmente como fundamentais. E, como nota comum à maioria das definições apresentadas,

¹⁵ HANS-HEINRICH JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, Barcelona: Bosch, 1981, p. 350.

¹⁶ Claus ROXIN, *Derecho penal*, Madrid: Civitas, reimp. 2000, p. 56.

¹⁷ HANS-JOACHIM RUDOLPHI, «Die verschiedenen Aspekte des Recthsgutbegriffs», *Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen: Verlag Otto Schwartz, 1970, p. 151.

¹⁸ GÜNTHER JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 45.

¹⁹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral, Tomo I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 114.

²⁰ JOSÉ DE FARIA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta Iuris Poenalis)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 14.

²¹ MARIA FERNANDA PALMA, «Conceito material de crime, direitos fundamentais e reforma penal», *Anatomia do Crime*, N.º 0, Julho-Dezembro 2014, p. 15.

²² AUGUSTO SILVA DIAS, *“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, 2008, p. 656.

²³ «*Delicta in se...*», *op. cit.*, p. 648.

ressalta a circunstância de em causa estarem interesses fundamentais, titulados pela Pessoa ou que servem a Pessoa ou a Comunidade.

A dificuldade em concretizar o conceito de bem jurídico advém ainda da circunstância de o bem jurídico ser, de algum modo, ressonância da evolução social. Também o direito penal, enquanto parte integrante da ordem jurídica e normativa, está numa relação de (quase) concomitância ou co-existência indivisa com a realidade social — condição que alguns autores designam de “*historicidade social*”²⁴.

Uma ponderação de maior cuidado sobre esta quase dependência do direito penal da realidade social revela que o modo como este ramo jurídico há-de responder aos problemas colocados pelas mutações da sociedade determina o confronto aberto entre *garantismo* e *funcionalismo*. Assistimos a este conflito em vários momentos históricos: primeiro com o reconhecimento de um *direito penal económico* (e a tutela de bens supraindividuais), depois com o chamado *direito penal da sociedade do risco* (e a tutela de perigos abstractos)²⁵ e, mais recentemente, com o *chamado direito penal dos animais* (e a tutela da criatura). Neste sentido, o bem jurídico-penal foi já apontado como uma categoria em crise²⁶, um conceito que tem vindo a ser posto à prova, sendo questionada a sua sobrevivência enquanto categoria jurídico-penal²⁷.

De uma outra perspectiva, os autores defensores do conceito de bem jurídico criticam veementemente o alargamento das normas incriminadoras, considerando que o direito penal actual, outrora concebido como a “barreira intransponível da política criminal”, se converteu paulatinamente num instrumento ou “*lunga manus*” da política criminal, num “direito penal funcionalizado pela política”²⁸, ao qual passa a ser atribuída uma função propulsiva e simbólica enquanto meio que concorre para a realização do modelo e promoção dos fins pré-figurados na Constituição ou até mesmo fora dela. O bem jurídico enquanto *critério limitador* da intervenção penal transmuta-se, nesta visão das coisas, para *critério fundamentador* daquela intervenção, na medida em que vê alargado os seus limites de forma desmesurada.

²⁴ Cf. HASSEMER / MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 167, que apontam precisamente, como manifestação desta *historicidade social* a que está sujeito o direito penal, a eleição dos bens jurídicos a proteger.

²⁵ Sobre estes dois momentos evolutivos, SUSANA AIRES DE SOUSA, *Os Crimes Fiscais...*, op. cit., p. 193 e ss., 201 e ss. e 223 e s..

²⁶ De salientar a compilação de estudos sobre esta categoria jurídica penal organizada por ROLAND HEFENDEHL/ ANDREW VON HIRSCH/ WOLFGANG WOHLERS, *Die Rechtsgutstheorie Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Nomos, 2003, com tradução recente para língua espanhola, *La Teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid: Marcial Pons, 2016.

²⁷ Cf. CLAUS ROXIN, «O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova», *RPCC 2013*, Ano 23, n.º 1, p. 7-43.

²⁸ HASSEMER / MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, op. cit., p. 173. Também MORALES PRATS, Fermín, «Funciones del derecho penal y sociedad civil», in *Il Diritto Penale alla Svolta di Fine Millenio*, Torino: G. Giappichelli Editore, 1998, p. 58 e s..

É nossa convicção que esta é uma categoria que, não obstante as dificuldades a que está condicionada, desempenha uma papel essencial e insubstituível e à qual cabe uma essencial *função crítica* na intervenção do legislador penal. Para isso, o conceito de bem jurídico tem de estar referido, na sua materialidade — e como já anteriormente se assinalou — ao exterior das normas penais, àquilo que a comunidade considera valioso; por outras palavras, o bem jurídico-penal há-de ser expressão das condições essenciais da realização humana em sociedade, reflectidas nos valores do Estado social de direito, que, por regra, integram o texto constitucional, sem que com eles se identifique ou neles esgote todo o seu conteúdo²⁹. Não se trata de uma *relação de identidade*, mas sim, nos termos daquela que vem sendo a jurisprudência constitucional afirmada, de uma *relação de congruência* “numa essencial correspondência de sentido e de fins.”³⁰ É na força do texto constitucional que se sustenta materialmente o direito penal, sem nele se esgotar: o parâmetro constitucional constitui uma adicional barreira no sentido de impedir que o direito penal se transforme numa capitulação de finalidades políticas. Aqui reside, em última instância, a *dignidade penal* da conduta. Este tem também sido o entendimento do Tribunal Constitucional português em diferentes momentos a que foi chamado a pronunciar-se (v. g., e de modo muito particular, a propósito da criminalização do enriquecimento ilícito e do enriquecimento justificado, os Acórdãos n.ºs 179/2012 e 377/2015)³¹.

²⁹ A natureza da relação que há-de estabelecer-se entre a categoria bem jurídico-penal e o mundo dos valores constitucionais é matéria de especial complexidade que se prende, em último termo, com uma teoria da sociedade e do sistema social. Em um sentido favorável a um tal princípio de congruência se tem pronunciado JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, op. cit.*, p. 120. Em sentido próximo veja-se ainda ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, «A propósito do novo Código do Trabalho: bem jurídico e pluralidade de infracções no âmbito das contra-ordenações relativas ao “trabalho suplementar” — Subsídio para uma dogmática do direito de mera-ordenação-social-laboral», *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1065. Uma compreensão diversa que afasta aquele princípio de congruência é seguida por JOSÉ DE FARIA COSTA, *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000 (reimp.), p. 188 e ss., que, reconhecendo uma indiscutível função sistemática e de orientação à Constituição, coloca em evidência as “curvas de diferença” entre a ordem jurídica constitucional e o direito penal. Sobre esta questão problemática veja-se ainda CONCEIÇÃO CUNHA, «Constituição e Crime». *Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*, Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, em particular p. 167 e ss.; também MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Constitucional Penal*, Coimbra: Livraria Almedina, 2006, p. 116 e ss. Em particular quanto à consagração do princípio de congruência ou de analogia substancial entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos protegidos pelo direito penal veja-se, MARIA JOÃO ANTUNES, «A Constituição e os princípios penais», *XIII Conferência Trilateral Itália, Espanha, Portugal (Relatório português)*, 2011 (disponível em http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/conferencias/ctri_13_2011_madrid.pdf), e, da mesma autora, «A problemática penal e o Tribunal Constitucional», *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 102; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «O “Direito Penal do Bem Jurídico” como princípio constitucional», *XXV Anos de Jurisprudência Penal Portuguesa*, Colóquio Comemorativo do XXV Aniversário do Tribunal Constitucional, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 33 e ss..

³⁰ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «O direito penal do bem jurídico”...», *op. cit.*, p. 252.

³¹ Para uma análise da jurisprudência constitucional portuguesa sobre o princípio do bem jurídico veja-se, entre outros, MARIA JOÃO ANTUNES, «A Constituição e os princípios penais», XIII

Todavia, a dignidade penal da conduta não basta à criminalização. No momento de concretização da intervenção punitiva, mediatizada pelo legislador ordinário, devem convocar-se critérios adicionais. É assim porque, sendo o bem jurídico condição necessária à reprovação penal de uma conduta, ele não é, porém, condição única da sua criminalização.

Por conseguinte, além de *legítima*, a intervenção penal há-de ser *necessária*. Isto é, e de forma simples, a tutela penal será legítima se a norma estiver condicionada à tutela de um interesse que possa qualificar-se de bem jurídico-penal e, em segundo lugar, se esse interesse não puder ser devidamente acautelado por outro ramo do direito. Só aí se poderá asseverar a necessidade da intervenção penal, cumprindo, do mesmo passo, o mandamento constitucional de proporcionalidade — entre os interesses a salvaguardar e a restrição de direitos liberdades e garantias — vertido no artigo 18.º, n.º 2, daquele texto fundamental. Esta dupla vertente do princípio do bem jurídico, entendido como “padrão legitimador da constitucionalidade de novas incriminações”³², tem sido concretizada pela jurisprudência constitucional quer por via da exigência de um bem jurídico digno de tutela penal, quer entendendo que a “decisão de política legislativa só passará o crivo da legitimação constitucional se o bem jurídico protegido pelo novo tipo incriminador se revelar *carente* de tutela penal”³³.

Assim, à noção de *dignidade penal* há-de acrescer, na realização da proibição penal, o critério adicional da *carência de tutela penal*, como expressão do princípio da mínima intervenção penal; intervenção que, por sua vez, há-de configurar-se como “absolutamente indispensável à livre realização da personalidade de cada um na comunidade”³⁴. É, pois, nesta acepção que o direito penal constitui a *ultima ratio* da política social e a sua intervenção é de natureza definitivamente subsidiária. Por conseguinte, um “*direito penal do bem jurídico*” há-de cumprir-se nestes dois momentos: na primária afirmação da *dignidade penal* do interesse que cabe proteger e na consequente verificação da *necessidade* da intervenção penal.

4. RETORNO AO PROBLEMA: ANÁLISE CRÍTICA

É tempo de regressar aos *crimes contra animais de companhia* e à história de Argos, com que se iniciou esta exposição. Fazemo-lo através de duas perguntas, em si mesmo reveladoras dos dois princípios anteriormente anunciados:

Conferência Trilateral Itália, Espanha, Portugal (Relatório português), 2011 (disponível em http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/conferencias/ctri_13_2011_madrid.pdf); JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «O “direito penal do bem jurídico”...», *op. cit.*, p. 250-266.

³² Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 377/2015, de 27 Julho 2015.

³³ Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 377/2015, de 27 Julho 2015.

³⁴ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, *op. cit.*, 2007, p. 128.

- a) Qual o bem jurídico protegido nos crimes contra animais de companhia?
- b) É um bem jurídico carente de tutela penal?

a) A resposta não é fácil, desde logo porque a questão do bem jurídico protegido no âmbito dos crimes contra os animais tem sido uma das mais controversas nos ordenamentos jurídicos que tipificam estes crimes. Como referem Pedro Soares Albergaria e Pedro Mendes Lima, num estudo fundamental³⁵ sobre esta matéria que percorre de forma quase exaustiva as várias propostas doutrinárias sobre o interesse protegido por estas incriminações, “a busca pelo bem jurídico protegido parece ser como as setes vidas de um gato: perdida uma, logo se encontra outra ou outras”³⁶. Encontramos propostas que referem a tutela penal dos animais ao ambiente ou à dignidade humana; ou que tomam a vida e integridade física dos animais como interesse a tutelar; ou ainda o sentimento de compaixão ou de solidariedade para com os animais (Gimbernard Orteig); ou mesmo a capacidade de sofrimento dos animais (Claus Roxin).

Com efeito sobressaem as dificuldades em compatibilizar o objecto de acção destes crimes — em última instância os animais, embora no caso da legislação portuguesa, limitado aos “animais de companhia” — com a teoria do bem jurídico-penal. E, ainda que se faça esse exercício de compatibilização, será difícil alcançar um resultado que reúna concordância doutrinária. Neste contexto, gostaria de evidenciar, ainda que de forma breve e de entre as várias propostas que vão sendo apresentadas, o pensamento de dois autores que procuram alcançar esta conciliação entre a tutela penal dos animais e a teoria do bem jurídico.

Na doutrina espanhola, Gimbernard Ordeig, sem prescindir da teoria do bem jurídico, alarga esta categoria à tutela de “sentimentos legítimos”, ou seja, àqueles sentimentos da comunidade que não estão em contradição com um direito titulado pelo autor da conduta “tida como supostamente escandalosa ou perturbadora”. Neste sentido, de acordo com este autor, não seria digno de tutela penal o sentimento de escândalo causado pela homossexualidade ou outras condutas sexuais livremente consentidas, na medida em que o “sentimento de escândalo” que possa produzir na sociedade não merece protecção alguma na medida em que colide com os direitos individuais constitucionalmente reconhecidos³⁷. Este mesmo argumento valeria para funda-

³⁵ PEDRO SOARES ALBERGARIA / PEDRO MENDES LIMA, «Sete vidas — a difícil determinação do bem jurídico protegido nos crimes de maus-tratos e abandono de animais», *Julgár*, Jan-Abril, 2016, p. 125-169.

³⁶ PEDRO SOARES ALBERGARIA / PEDRO MENDES LIMA, «Sete vidas...», *op. cit.*, p. 169.

³⁷ Cf. ENRIQUE GIMBERNART ORDEIG, «Presentación», in *La teoría del bien Jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (org. Hefendehl/Hirsch/Wohlers), Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 18. También «Rechtsgüter und Gefühle», *Festgabe für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, GA 2011, p. 288 e ss.

mentar a ausência de legitimidade do sentimento de eventual indignação causado por blasfémias ou ideias contrárias a determinada confissão religiosa. Abrangidos pelo conceito de bem jurídico-penal estariam, por exemplo, os sentimentos inerentes à criminalização da crueldade contra animais domésticos ou das ofensas à memória de pessoa falecida. Em particular, no primeiro exemplo, o sentimento de indignação causado pelos maus tratos a animais domésticos “é 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”³⁸.

Em sentido crítico a esta construção se pronuncia Claus Roxin³⁹, para quem “todas as regulamentações jurídicas sobre a protecção dos animais têm em vista a tutela dos animais e não uma finalidade de preservar a inquietação humana”. Muito embora reconheça ao interesse tutelado a natureza de bem jurídico-penal, Roxin apresenta uma nova proposta que passa por prescindir de uma teoria do bem jurídico puramente antropocêntrica, adoptando, em sua vez, uma teoria do bem jurídico da criatura, fundada na tutela jurídica do animal reconhecida na constituição alemã⁴⁰ e no plano internacional, por exemplo, por via da Convenção do Conselho da Europa de 1986 (sobre a *Protecção dos animais vertebrados utilizados para fins experimentais ou outros fins Científicos*). De acordo com a compreensão defendida por este autor, deveria “reconhecer-se os animais superiores — com os quais comunicamos e cuja vivência da dor é semelhante à nossa — como objeto merecedor de protecção, e, como tal, que os atos de crueldade realizados pela pessoa constituem uma ofensa a um bem jurídico”⁴¹. É importante sublinhar que esta construção de Roxin, em coerência com o fundamento constitucional reconhecido aos bens jurídicos, assenta, de forma directa, na protecção que a Constituição alemã expressamente confere aos animais.

No ordenamento jurídico português não se vislumbra um fundamento semelhante pela ausência de um preceito constitucional que directamente ou de forma mediata se refira ou compreenda, em si mesmos, os animais⁴². O que, atendendo ao *princípio da congruência* entre os bens jurídicos penais e a ordem constitucional que o nosso Tribunal Constitucional tem acolhido em diversos acórdãos, levanta dúvidas sobre a existência de um bem jurídico-penal capaz de sustentar as incriminações introduzidas no Código Penal.

Este é, pois, o primeiro, entre vários obstáculos, que se coloca a uma resposta afirmativa à primeira questão anteriormente formulada: ainda que se

³⁸ Cf. ENRIQUE GIMBERNART ORDEIG, «Presentación», *op. cit.*..., p. 18.

³⁹ CLAUD ROXIN, «O conceito de bem jurídico...», *op. cit.*, p. 31 e s..

⁴⁰ A Constituição alemã prevê, desde 2002, no § 20a e em homenagem à tutela das gerações futuras, a protecção das condições da vida e dos animais entre os fins do Estado. Sobre este ponto veja-se LUÍS GRECO, «Protecção de bens jurídicos e crueldade contra animais», *Revista Liberdades*, n.º 3, 2010, p. 54.

⁴¹ CLAUD ROXIN, «O conceito de bem jurídico...», *op. cit.*, p. 32.

⁴² Desenvolvidamente sobre este ponto PEDRO SOARES ALBERGARIA / PEDRO MENDES LIMA, «Sete vidas...», *op. cit.*, p. 134 e ss..

reconheça o animal como “portador” de um interesse socialmente relevante e reconhecido, importa saber se se trata de um valor com dignidade penal à luz da teoria do *bem jurídico-penal*. Este último elemento da teoria da infracção criminal tem vindo a ser entendido, maioritariamente, como categoria jurídico-penal ao serviço da Pessoa Humana e da comunidade⁴³; e, acrescentando-se, é concretizado na sua matriz axiológica por uma referência de sentido e fins à ordem jurídico-constitucional. Responder-se que sim, no momento presente e à luz de um juízo global da ordem jurídica portuguesa, significa prescindir deste quadro referencial.

Por consequência, uma compreensão que identifique o interesse protegido nos artigos 387.º e 388.º do Código Penal com o animal representa uma alteração do paradigma da categoria de *bem jurídico-penal*, naquele que vem sendo o seu sentido, conteúdo e função. Por esta razão essencial, a alteração legislativa realizada em 2014 no Código Penal, resultando na inclusão destas novas incriminações deve, pelo menos, ser interpelada e objecto de reflexão crítica.

b) Quanto à segunda questão, podem os animais, enquanto objecto carente de tutela ser adequadamente protegidos por via de outro ramo do direito sancionatório e de modo particular através do direito de mera ordenação social?

Esta é uma questão cuja resposta não terá sido procurada ou considerada pelo legislador que optou por avançar de forma imediata para a tutela penal. Com efeito, atendendo ao silêncio sancionatório da Lei n.º 92/95, de 12 de Setembro (*Protecção dos animais*), no que respeita à proibição de violência injustificada contra animais, impunha-se, desde há muito, uma necessária intervenção legislativa no sentido de sancionar a violação daquela proibição. Dificilmente se compreendia que o artigo 1.º proibisse os actos de crueldade contra animais sem que, ao longo do diploma, se fizesse acompanhar tal proibição da correspondente sanção. A opção legislativa materializada nas propostas que estiveram na origem da Lei n.º 9/2014, de 29 de Agosto, foi no sentido de uma resposta de natureza criminal, sem que naquelas propostas tivesse sido ponderado um outro tipo de reacção sancionatória, como, por exemplo, a que corresponde ao ilícito contraordenacional. Tal significa que os juízos de ponderação e de proporcionalidade entre o interesse a proteger e

⁴³ O conceito de bem jurídico não se confunde com a tutela de interesses individuais titulados pela pessoa, antes se tem vindo a alargar a interesses de natureza supraindividual ou colectiva, de titularidade difusa. Sobre a categoria de bem jurídico colectivo e para adicionais referências veja-se o nosso estudo *Os Crimes Fiscais...*, *op. cit.*, p. 204 e ss. e 208 e ss.; também *A Responsabilidade Criminal pelo Produto e o Topos Causal em Direito Penal. Contributo para uma Protecção Penal de Interesses do Consumidor*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 199 e ss. Neste contexto importa referir que a tutela penal dos animais tem sido igualmente referida, em várias propostas da literatura penal, ao conceito de bem jurídico colectivo. Sobre este ponto veja-se, por exemplo, PEDRO SOARES ALBERGARIA / PEDRO MENDES LIMA, «Sete vidas...», *op. cit.*, p. 152 e s.

os direitos a sacrificar pela pena (designadamente a liberdade) não foram devidamente esgotados em todo o seu sentido e conteúdo.

A criminalização de actos de maus tratos e abandono de animais contribuiu certamente para reforçar a consciência comunitária no sentido da protecção dos animais contra actos de crueldade. Este debate teve por efeito necessário não só uma certa responsabilização social relativamente a este tipo de condutas humanas, como conduziu à concreta previsão de normas procedimentais que tornariam mais eficazes a sua protecção⁴⁴.

Porém, ao seguir a opção de criminalização de tais condutas, o legislador incorreu no risco de usar o direito penal como factor revelador — senão mesmo criador — de um novo interesse carente de tutela penal e, neste sentido, como criador, ele próprio, do bem jurídico-penal. Com efeito, como se referiu, de um regime de protecção dos animais constante da Lei n.º 92/95, de 12 de Setembro, silente e ausente quanto às sanções aplicáveis às condutas de maus tratos a animais, passou-se para o regime sancionatório mais gravoso em 2014. Esta opção legislativa confere ao direito penal um papel de *prima ratio*, enquanto direito que simbolicamente se impõe como criador de bens jurídicos, prescindindo, no mesmo momento, não só de uma referência externa e transcendente à normatividade penal, como da sua necessária natureza subsidiária.

As condutas de maus tratos aos animais são censuráveis, na medida em que o respeito pelas outras espécies de animais se tornou não só um valor socialmente reconhecido, mas também património cultural e civilizacional adquirido pela sociedade actual. A questão que se coloca ao direito penal não é a de decidir se as condutas de desrespeito ou maus tratos para com os animais são moralmente ou mesmo juridicamente certas ou erradas. Essa é uma discussão ético-social externa — e, nesse sentido, transcendente — ao direito penal. Por conseguinte, não deve e não pode ser o direito penal, através do seu particular regime sancionatório, a impor o reconhecimento social de um valor. Esse seria um direito penal propulsor e criador de valores sociais, morais e, como tal, um direito penal de *prima ratio*.

5. CONCLUSÃO

Uma correcta compreensão do bem jurídico-penal protegido, enquanto realidade capaz de conferir materialidade à ofensa penalmente relevante, constitui um poderoso auxílio na análise e interpretação críticas de novas incriminações. Esta tem sido a orientação doutrinal e jurisprudencial dominante.

⁴⁴ A título de exemplo, pode indicar-se a criação por parte dos órgãos policiais de canais específicos para informações e denúncias pela prática deste tipo de crimes (como o endereço electrónico defesanimal@psp.pt). Neste sentido, o aumento de denúncias pode explicar-se por uma maior consciencialização e reprovação social das condutas de crueldade para com os animais, mas também por via desta agilização de procedimentos.

É certo que o *princípio da tutela subsidiária de bens jurídico-penais* sofreu portentosos embates, num primeiro momento, com a tutela penal de interesses económicos e, posteriormente, com os problemas suscitados pela sociedade do risco e com o aparecimento e afirmação de novos interesses de que constitui paradigmático exemplo o “*direito penal da criatura*”. Tais abalos são responsáveis, em primeira linha, pelo *requiem* a esta categoria dogmática que se vem desenhando em algumas vozes da doutrina penal.

Temos para nós que o direito criminal, enquanto reflexo da realidade social e económica, não pode permanecer ausente e indiferente à evolução daquela realidade; agarrando-se ao espartilho garantista de uma realidade passada. Todavia, uma resposta acertada não passa necessariamente pela aceitação resignada do fim da função de protecção subsidiária de bens jurídicos, reconhecida ao direito penal, e muito menos pela sua substituição por um normativismo funcionalizado à promoção e propulsão de valores orientadores da acção humana na vida comunitária.

Neste sentido, é também na categoria de bem jurídico-penal, concretizado na sua dupla vertente de dignidade penal e de necessidade punitiva que, agora enquanto padrão crítico, limitador e legitimador da norma penal, se firmam algumas dúvidas quanto à conformação legal dos crimes contra os animais de companhia, introduzidos em Agosto de 2014 no Código Penal.

É Argos merecedor de tutela penal?

Argos é merecedor de protecção jurídica; não *necessariamente* de natureza penal. A tutela dos animais fundamenta-se no reconhecimento de um interesse juridicamente relevante e, neste sentido, na tutela de um bem jurídico que, de novo se sublinha, não coincide, no seu significado, conteúdo e extensão, com a categoria de *bem jurídico-penal* enquanto elemento constitutivo da teoria da infracção criminal. A tutela através da pena criminal só pode fundamentar-se na *sua necessidade*; isto é, por impossibilidade de uma protecção suficiente e efectiva através de sanções de outras naturezas (*v. g.*, as previstas para o direito de mera ordenação social). Não se questiona a necessária protecção jurídica, acompanhada de um regime sancionatório dos actos de crueldade a animais. Questiona-se sim e, desde logo, a adequação de um regime sancionatório de natureza criminal — aquele que foi escolhido pelo legislador sem qualquer juízo de ponderação sobre outros, designadamente o direito de mera ordenação social. De novo se sublinha que esta conclusão não é exclusivamente sustentada no princípio do bem jurídico-penal, antes convoca, de igual modo, a mobilização de outros princípios jurídico-penais, como a *ultima ratio* do direito penal e a necessidade de pena, alicerçados, na sua materialidade, no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa.