

Os crimes de maus tratos e de abandono de animais de companhia: Direito Penal simbólico?¹

Teresa Quintela de Brito²

Resumo

O texto esboça uma primeira reflexão sobre a legitimidade dos novos crimes contra os animais de companhia (maus-tratos e abandono), que tutelam a vida, a integridade física e o bem-estar (como ausência de dor ou sofrimento) dos animais individualmente considerados (e não na sua função ecológica). Ocupa-se especialmente da difícil (e não resolvida) questão do bem jurídico tutelado. Conclui-se que se trata de um bem jurídico complexo, de carácter colectivo, que pode ser definido como o interesse de toda e cada uma das pessoas na preservação da integridade física, do bem-estar e da vida dos animais em função de uma certa relação actual (ou potencial) com o agente do crime. Com efeito, a relação dos animais com o homem é essencial para a identificação de um bem jurídico-penal, dada a “estrutura onto-antropológica do direito penal” (FARIA COSTA). Por isso, o art. 389^o/1 CP define animais de companhia, não em atenção à sua espécie ou natureza (v.g. animais sencientes), mas à relação de entretenimento e companhia (actual ou potencial) com o agente do crime. A tutela desse bem jurídico colectivo e complexo é assegurada por um “direito penal do comportamento”, que “penaliza e pune puras relações da vida como tais” (JORGE DE FIGUEIREDO DIAS). O art. 389^o/2 CP exclui, incompreensivelmente, do âmbito dos crimes de maus-tratos e abandono os animais de companhia por natureza, somente por se encontrarem afectos aos fins aí mencionados, naquilo que é uma manifestação inequívoca de um Direito Penal simbólico.

1. O que é o Direito Penal simbólico?³

Consiste na edição descontrolada de leis penais (agravantes da responsabilidade ou neocriminalizadoras) em resposta ao clamor público gerado por casos mediáticos.

Efectivamente nada está a ser feito para solucionar os problemas, mas cria-se “a sensação tranquilizadora” de que estão a tomar-se “*atitudes firmes*” nesse sentido.

1 Texto que serviu de base à conferência proferida na Faculdade de Direito de Lisboa, a 22 de Junho de 2015, no âmbito do *Curso Avançado sobre Direito (do) Animal*, organizado pelo *Instituto de Ciências Jurídico-Políticas*. Aqui se esboça uma primeira reflexão sobre a complexa (e não definitivamente resolvida) questão do bem jurídico protegido pelas incriminações de maus-tratos e abandono de animais de companhia. Para mais desenvolvimentos sobre o bem jurídico penalmente tutelado, os fundamentos da consideração ética directamente devida pelos homens aos animais enquanto seres vivos, a possibilidade ética, social e jurídica do reconhecimento de direitos aos animais e a base necessariamente relacional (homem-animal) da intervenção penal nesta matéria, veja-se TERESA QUINTELA DE BRITO, “Crimes contra animais: os Projetos-Lei de Alteração do Código Penal do PAN, PS e BE”, em vias de publicação pela *Revista Anatomia do Crime. Revista de Ciências Jurídico-Criminais*.

2 Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa; investigadora integrada do *Centro de Investigação de Direito Penal e Ciências Criminais* da FDUL e investigadora do *CEDIS (Centro de Investigação e Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade)* da FDUNL.

3 Sobre esta questão veja-se a síntese de MAURÍCIO NEVES DE JESUS/PAULA CLARICE SANTOS GRAZZIOTIN, “Direito Penal Simbólico: o anti-Direito Penal”, disponível em <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/artigos/pdf/anti.pdf> [consultado a 21.06.2105], de quem são as palavras que no texto se colocam entre aspas.

Porém, a elevação das penas ou a criminalização de condutas *per se* não inibem o crime, nem sanam “*um meio social carente de medidas sociais redutoras da criminalidade*”.

Mais importante do que a hipertrofia “*do sistema normativo é que ele seja eficaz*”. São preferíveis “*poucas leis que funcionem do que muitas leis que impressionem*”.

“*O resultado é uma ineficiência do Direito Penal*”, ainda por cima à custa de uma inadmissível e constitucionalmente ilegítima restrição da liberdade dos cidadãos (art. 18º/2 CRP).

O Estado, em vez de investir verdadeiramente em políticas de prevenção das condutas em causa (combatendo as suas causas) e na repressão dessas condutas (combatendo eficazmente os seus efeitos e prevenindo a reincidência), limita-se a “*oferecer paliativos*”.

Ao mesmo tempo, a hipercriminalização produz ainda mais criminalidade e insegurança.

“*O Direito Penal Simbólico atinge certamente os seus objetivos*”, pois “*não visa a solução de problemas, mas a tranquilização da população*” e, por essa via, a imediata obtenção de votos nas próximas eleições.

Neste sentido escreve PAULO QUEIROZ⁴: ao criminalizar certos comportamentos “*o legislador não pretende, propriamente, preveni-los ou mesmo reprimi-los, mas tão-só infundir e difundir, na comunidade, uma impressão – e uma falsa impressão – de segurança jurídica*”. Através de “*uma repressão puramente retórica*”, quer-se “*produzir na opinião pública [a] impressão tranquilizadora de um legislador atento [e] decidido*”.

A “*falácia do Direito Penal Simbólico substitui o necessário combate à criminalidade*”.

A função do Direito Penal é deturpada: “*incita à criminalidade*” em vez de reprimir a conduta ilícita e de prevenir a reincidência, “ *mascara em vez de sanar, discursiva falaciosamente em vez de preceituar*”, orientando verdadeiramente a conduta dos destinatários.

Constituem os novos crimes de maus-tratos e de abandono de animais de companhia (arts. 387º e 388º CP) uma manifestação do Direito Penal Simbólico cujos traços identificativos se vêm de apresentar?

2. Critérios jurídico-constitucionais da intervenção penal⁵

Correspondendo as sanções penais à mais grave forma de restrição dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, elas só serão legítimas para preservar bens jurídicos

4 “Sobre a função do juiz criminal na vigência de um direito penal simbólico”, *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n.º 74, Jan. 1999, p. 9.

5 Veja-se, por todos, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 6.º Capítulo, §§15-75; MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Dignidade penal e carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”, *RPCC*, Ano 2 (1992), pp. 173 ss.; 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, pp. 158-173; MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Constitucional Penal*, Coimbra: Almedina, 2006, pp. 100 ss., e “Conceito material de crime e reforma penal”, *Anatomia do Crime. Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, n.º o (Julho-Dezembro de 2014), pp. 11-23; e 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, pp. 765 ss..

comparáveis àqueles que sacrifica, *maxime* a liberdade humana, pois as penas privativas da liberdade continuam a ser as sanções típicas do Direito Penal.

Neste sentido aponta, inequivocamente, o art. 18^o/2 CRP: o Direito Penal só pode intervir para tutelar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos e as restrições que impõe devem ser:

- a) *Adequadas* à finalidade de preservação desses direitos ou interesses com referente constitucional.
- b) *Estritamente necessárias* por inexistência, insuficiência ou inidoneidade dos meios não penais de política social.
- c) *Proporcionais*, no sentido de não implicarem uma intromissão inadmissível nas esferas de liberdade e privacidade das pessoas, produzindo mais danos que vantagens.
- d) *Efizes* na protecção dos bens jurídicos e na prevenção da reincidência.

3. A questão do bem jurídico tutelado pelas novas incriminações de maus-tratos e abandono de animais de companhia

3.1. Uma questão fundamental

Esta é uma questão fundamental, pois, se, à partida, não for possível descortinar um bem jurídico preciso, dotado de referente constitucional e, ainda, de materialidade suficiente para poder ser de algum modo ofendido, terão de considerar-se inconstitucionais as incriminações em causa.

Num Estado de Direito democrático alicerçado na dignidade da pessoa humana (arts. 1^o e 2^o CRP), o Direito Penal tem de limitar-se a uma função de tutela subsidiária (i.e., de última *ratio*) de bens jurídicos essenciais à subsistência da sociedade e ao livre desenvolvimento da personalidade ética de cada um, uma função de tutela desses bens jurídicos, perante condutas que contra eles atentam de modo socialmente insuportável (carácter fragmentário do Direito Penal).

O Direito Penal não pode legitimamente intervir para tutelar a moral social ou meros sentimentos de desconforto, rejeição e indignação de uma parte, ou mesmo da maioria da população⁶.

3.2. Aproximação ao bem jurídico-penal através de um raciocínio por exclusão de partes

Afigura-se que devemos aproximar-nos da resposta à questão do bem jurídico-penal tutelado pelas incriminações em causa através de um raciocínio por exclusão de partes.

⁶ JOSÉ de FARIA COSTA (“Sobre o objecto de protecção do direito penal”, *cit.*, p. 169): “*ao imiscuir-se nos campos dos afectos, da auto-responsabilidade e da moral, o direito penal estaria (...) a prescindir de uma autonomia normativa construída com sangue, suor e lágrimas ao longo de séculos*”. Assistir-se-ia a um “*insustentável retrocesso na história de racionalidade e humanização do direito penal*”, a um “*injustificável retrocesso civilizacional*”.

Nos arts. 387^o e 388^o CP *não se protege a função ecológica do animal em dado ecossistema*. Não está em causa a tutela das espécies, nem o animal é visto como um bem ambiental. Considera-se e protege-se individualmente cada animal⁷.

LUÍS GRECO⁸ explica claramente: “a proteção dos animais é individualista; ela se ocupa do animal individualmente considerado”. Em contrapartida, “a proteção do meio ambiente é holística”, pois então “trata-se do equilíbrio de um sistema como um todo”. Logo, “a protecção de animais não é protecção do meio ambiente”.

Significa isto que a integridade física, a saúde e a vida de determinado animal constituem e esgotam o bem jurídico-penalmente tutelado?

Não, se assim fosse, a tutela penal estender-se-ia a todo e qualquer animal, ou, pelo menos, aos animais vertebrados, como faz o §17 da Lei alemã de Protecção dos Animais⁹.

O que não sucede: os arts. 387^o a 389^o limitam a tutela penal aos animais de companhia, definidos como aqueles que são “*detidos ou destinados a ser detidos por seres humanos, designadamente no seu lar, para seu entretenimento e companhia*”.

Ou seja, a tutela penal limita-se aos animais que se encontrem numa especial relação, actual ou potencial, de entretenimento e companhia com o homem.

A relação dos animais com o homem é essencial para a identificação de um bem jurídico-penal, dada a “estrutura onto-antropológica do direito penal” (FARIA COSTA) ou o “axioma onto-antropológico sobre o qual repousa toda a matéria penal”¹⁰.

Escreve JOSÉ de FARIA COSTA¹¹: “*a ordem penal ergue-se como refração de uma originária relação de cuidado-de-perigo entre homens e mulheres em comunidade*”. A relação de cuidado-de-perigo constitui “*uma especial forma de ‘relatio’ que, por definição, o ser humano só pode estabelecer, manter e romper diante de outro ser humano*”.

Daqui decorre que o Direito Penal não pode limitar-se a tutelar directamente a “vida animal” em si mesma e por si mesma. Ou, recorrendo às palavras de FERNANDO ARAÚJO¹², “*os deveres indirectos para com os animais são [no âmbito do Direito Penal sempre] deveres directos para com os seres humanos*”.

7 Inspiradora HELENA TELINO NEVES, “A controversa definição da natureza jurídica dos animais”, *Animais: Deveres e Direitos*, e-book publicado pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Lisboa, Maio de 2015, p. 83.

8 “Protecção de bens jurídicos e crueldade com animais”, *Revista Liberdades*, n.º 3, Janeiro-Abril de 2010, disponível em http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=26, pp. 52-53.

9 Disponível, na versão inglesa, em: <https://www.animallaw.info/statute/germany-cruelty-german-animal-welfare-act> [consultado a 21.06.2015].

10 Expressão de JORGE de FIGUEIREDO DIAS (*Direito Penal. Parte Geral, cit.*, 6.º Capítulo, §67), para quem um tal axioma não obsta a que, ao lado de bens jurídico-penais individuais ou dotados de referente individual (bens jurídicos supra-individuais), existam bens jurídico-penais sociais, comunitários, universais ou colectivos, “*ao mesmo nível de exigência tutelar autónoma*”.

11 “Sobre o objecto de protecção do direito penal”, *cit.*, p. 171.

12 *A hora dos direitos dos animais*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 337, citando PETER CARRUTHERS, *The Animals Issue. Moral Theory in Practice*, Cambridge University Press, 1992, pp. 153-154.

Assim sucede, porque o bem jurídico-penal expressa uma “*relação do ‘eu’ com o objecto de valoração*” – que “*não é o próprio valor*” (o dever-ser), “*mas o valor do bem ou da coisa*” para a pessoa. Com efeito, “*a protecção de valores em si mesmos (independentemente da lesão de uma pessoa) deve ser irrelevante para o Direito Penal*”¹³.

3.3. Um bem jurídico-penal complexo ou composto

Com o Parecer do Conselho Superior da Magistratura¹⁴, deverá concluir-se que os arts. 387º e 388º CP tutelam um bem jurídico “*composto ou complexo, baseado na protecção da integridade física, saúde e vida de um determinado animal, pela específica relação que o mesmo natural ou culturalmente tem ou está destinado a ter com o ser humano*”.

Mas esse bem jurídico-penal, para o ser, sempre “*se ‘deverá traduzir num bem essencial ao desenvolvimento da personalidade ética do homem’ e, portanto, minimamente ligado à dignidade da pessoa humana*”.

Ora, maltratar (art. 387º CP) ou abandonar animais “*pondo em perigo a sua alimentação e a prestação de cuidados que lhe são devidos*” (art. 388º) “*degrada também a nossa humanidade*”¹⁵.

O incumprimento dos deveres morais e jurídicos (e, agora, também jurídico-penalmente sancionados) para com os animais revela a “*índole moral e cívica – da humanidade – do agente humano*”. E tal incumprimento pode indiciar a “*desumanidade do agente*”, porque, justamente, estão em causa deveres do homem para com os outros homens, e não, porventura, deveres directos do homem para com os animais¹⁶.

3.4. Fundamento dos deveres morais e jurídicos do homem para com certos animais

Qual o fundamento dos deveres morais e jurídicos dos homens para com os animais?

HELENA TELINO NEVES¹⁷ responde: não tanto ou não só a capacidade de sofrer e de sentir

13 FARIA COSTA (“Sobre o objecto de protecção do direito penal”, *cit.*, pp. 169-170): “*desde uma perspectiva verdadeiramente liberal, o que é fundamental prende-se com a relação da pessoa com o próprio objecto de valoração. Assim, o ‘valor é mais uma conexão do objecto ao eu do que aquilo que é’ (Welzel). Logo, é a conexão intencional do eu com o objecto que determina o valor, enquanto condição da possibilidade dos bens*”.

14 Relativo às Propostas de Lei n.ºs 474/XII/2.^ª e 475/XII/2.^ª (que estão na base da Lei n.º 69/2014), proferido em 02.02.2014 e disponível em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=38087> [consultado a 19.06.2015], ponto v.

15 HELENA TELINO NEVES, “A controversa definição da natureza jurídica dos animais”, *cit.*, p. 89.

16 Em sentido contrário, FERNANDO ARAÚJO (*A hora dos direitos dos animais*, *cit.*, pp. 335 e 337) sustentando que as teses indirectas de um estatuto moral dos animais, funcionalizado à primazia dos valores antropocêntricos, são “*incapazes de fundamentar o dever absoluto de respeito para com os interesses dos animais – por exemplo, o dever de abstenção de crueldade mesmo em circunstâncias em que o acto cruel seria indetectado e não lesaria valores patrimoniais ou não-patrimoniais que não os do próprio perpetrador -, muito em especial porque, não havendo um dever absoluto e directo de respeito pelos animais, o que se fizesse contra estes jamais se poderia entender como indiciador de ‘desumanidade’ do agente*”.

17 “A controversa definição da natureza jurídica dos animais”, *cit.*, pp. 83-84 e 87-89.

prazer dos animais sencientes¹⁸, mas, sobretudo, a capacidade de exteriorizar sentimentos de prazer e de dor, de modo perceptível ao homem¹⁹.

A perceptibilidade do sofrimento de alguns animais, por parte do homem, permite a este colocar-se no lugar desses animais, mensurando analogicamente o sofrimento animal.

Esta especial relação de proximidade do homem com certos animais leva ao reconhecimento jurídico de interesses do próprio animal a uma existência digna e ao não sofrimento, e explica a condenação moral dos actos de crueldade e de abandono praticados contra esses animais.

Esses interesses do animal, porventura também enquanto ser vivo sensível à luz do critério da capacidade de exteriorização do sentimento, estão na base da imposição de deveres morais e jurídicos ao homem, mesmo aos proprietários ou detentores desses animais²⁰.

3.5. Um bem jurídico-penal composto ou complexo, porém, indevidamente restringido

Estando em causa a tutela dos animais enquanto seres sensíveis, à luz do critério da capacidade de exteriorização do sentimento perceptível pelo homem, não se compreende a limitação da tutela penal aos animais de companhia.

Desde logo quando estão em causa *espécies natural ou culturalmente destinadas a ser animais de companhia, mas concretamente afectas a outro fim*: caça, guia, guarda, fins económicos, militares ou policiais, experimentação²¹, como evidencia o art. 389º/2 CP, aparentemente de forma tautológica.

18 ALEXANDRA REIS MOREIRA (“Perspectivas quanto à aplicação da nova legislação”, *Animais: deveres e direitos*, e-book publicado pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Lisboa, Maio de 2015, pp. 154 e notas 1 e 2), citando MARK BEKOFF (“A Universal Declaration on Animal Sentience: No Pretending”, 2013, texto disponível em <http://www.psychologytoday.com/blog/animal-emotions/201306/universal-declaration-animal-sentience-no-pretending> [03.12.2014]), define senciência como “capacidade de sentir, perceber ou de ter consciência, ou de experimentar a subjectividade”. Explica que, no estado actual de conhecimento, a senciência abrange, pelo menos as espécies compreendidas na Declaração de Cambridge de 2012 (disponível em <http://fcmconference.org/img/CambridgeDeclarationOnConsciousness.pdf> [consultada a 03.12.2014]), designadamente os mamíferos, aves e moluscos cefalópodes. Sublinha que a senciência dos animais tem consagração expressa no art. 13º do Tratado de Funcionamento da União Europeia, introduzido pelo Tratado de Lisboa. Este preceito estabelece: “Na definição e aplicação das políticas da União nos domínios da agricultura, da pesca, dos transportes, do mercado interno, da investigação e desenvolvimento tecnológico e do espaço, a União e os Estados-Membros terão plenamente em conta as exigências em matéria de bem-estar dos animais, enquanto seres sensíveis, respeitando simultaneamente as disposições legislativas e administrativas e os costumes dos Estados-Membros, nomeadamente em matéria de ritos religiosos, tradições culturais e património regional”.

19 Não inteiramente coincidente, ALEXANDRA REIS MOREIRA (*idem*, pp. 154-155), citando FERNANDO ARAÚJO (*A hora dos direitos dos animais, cit.*, pp. 95-99), entende ser logo a capacidade de sofrimento dos animais que constitui o fundamento “da consideração ética que lhes é devida” e do interesse dos próprios animais “no não-sofrimento e respectiva tutela”.

20 Por isso, HELENA TELINO NEVES (“A controversa definição da natureza jurídica dos animais”, *cit.*, pp. 88-89) propõe uma mudança no conceito jurídico de coisa (demasiado apegado à noção de coisa inanimada) de modo a ter em conta a especial natureza dos animais. Assim, ao lado das coisas insensíveis (inanimadas), deveria reconhecer-se a categoria das coisas sensíveis, de acordo com o critério da capacidade de exteriorização do sentimento. Nesta categoria se incluiriam os animais, os quais seriam dessa forma “protegidos por si”, admitindo-se que “possa[m] ter alguns interesses em manter o seu bem-estar”, ao mesmo tempo que se recordaria ao homem, incluindo o proprietário ou detentor, “o dever de respeitá-los”.

21 Veja-se as definições em função da utilidade do animal vertidas no art. 2º, als. h) a m), do DL n.º 314/2003, de 17 de Dezembro.

Neste sentido escreve ALEXANDRA REIS CORREIA ²²: “*resulta clamorosamente incongruente que, por não se destinar a entreter e fazer companhia, um animal da mesma espécie, mas utilizado para outras finalidades (...), fique excluído da tutela penal*”.

Por exemplo, a Lei Orgânica 1/2015, de 30 de março, alterou o art. 337^º e aditou o art. 337^º bis ao CP espanhol, estendendo a tutela penal pelos crimes de maus-tratos e abandono:

- a) Aos animais domésticos ou amansados,
- b) Aos que habitualmente estão domesticados,
- c) Aos que temporária ou permanentemente vivam sob controlo humano,
- d) A quaisquer animais que não vivam em estado selvagem.

Segundo ALEXANDRA REIS MOREIRA, a incompreensível e inexplicada restrição da tutela penal aos animais de companhia contradiz os preâmbulos dos Projectos de Lei que estão na base da Lei n.º 69/2014, designadamente do Projecto de Lei n.º 474/XII que se referia, justamente, à “*natureza própria dos animais enquanto seres vivos sensíveis*” e à necessidade de “*criação de um quadro jurídico adaptado às suas especificidades*”.

Por isso a Autora defende que o crime de maus-tratos deveria abranger todos os animais sencientes ou, pelo menos, os vertebrados, à semelhança do §17 da Lei alemã de Protecção dos Animais.

A idêntica conclusão chega o Parecer do Conselho Superior da Magistratura (pontos w, x e z): “*mesmo pensando na protecção da vida, da saúde e da integridade física do animal, a partir da sua espécie ou subespécie, em si considerado e na relação que o mesmo possa ter com, e para, o ser humano, não vemos como actos de crueldade injustificada praticados sobre qualquer outro animal [v.g. um burro, uma vaca, um cavalo e um veado] (...), fiquem fora da esfera de protecção*” das novas incriminações.

Seria “*mais coerente e congruente com os desígnios da tutela penal que se pretende alcançar estender a protecção a todos os animais vertebrados*”. Tanto mais que as idiosincrasias e as diferenças de cultura e tradição ficariam salvaguardadas pela cláusula geral de ausência de um “*motivo legítimo*” para os maus-tratos.

Esta cláusula parece permitir excluir do tipo fenómenos como, por exemplo, as lides de touros bravos. O que nos confronta, uma vez mais, com a verdadeira necessidade e o real objectivo do disposto no art. 389^º/2 CP.

²² “Perspectivas quanto à aplicação da nova legislação”, *cit.*, pp. 159-160.

3.6. *As incriminações de maus-tratos e de abandono de animais tutelam um bem jurídico colectivo?*

Deve ser positiva a resposta considerando que²³:

a) É legítima a tutela penal de bens jurídicos colectivos que encontram “*refracção legitimadora expressa na ordem axiológica constitucional relativa aos direitos [e deveres] sociais, económicos, culturais e ecológicos*”²⁴.

O que se passa com a tutela dos animais em geral, já que o art. 66º/1 CRP estabelece: “*todos têm o direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender*”²⁵.

Além disso, o n.º 2, als. c) e g), do mesmo preceito, para assegurar o direito ao ambiente, impõe ao Estado, por meio de organismos próprios e com a participação e o envolvimento dos cidadãos, as incumbências da “*garantia de conservação da natureza*” e de “*promover a educação ambiental e o respeito pelos valores do ambiente*”, educação ambiental e ambiente que inclui os animais em geral²⁶.

b) É necessária a tutela penal de bens jurídicos colectivos, do ponto de vista da prevenção geral negativa, por ser “*razoável esperar que a punibilidade se revele susceptível de influenciar o cálculo vantagem/prejuízo, de modo a promover a obediência à norma*”.

c) Tal tutela é igualmente necessária na óptica da prevenção geral positiva, em ordem a “*reforçar a disposição de obediência à norma por parte do cidadão em geral fiel ao direito*”²⁷.

d) “*O carácter colectivo do bem jurídico não exclui a existência de interesses individuais que com ele convergem*”. Até porque a susceptibilidade de recondução dos bens jurídicos colectivos a interesses legítimos da pessoa é condição da sua aceitabilidade.

e) Interesses que, nos bens jurídicos colectivos, são de toda e qualquer pessoa, mas insusceptíveis de fruição individual.

23 Sobre o que se segue veja-se JORGE de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral, cit.*, 6.º Capítulo, §§ 67-75.

24 JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *idem*, §67.

25 Do art. 66º/1 da Constituição portuguesa já resulta inequivocamente a ideia expressa por RENATO SILVA PEREIRA (“A dignidade da vida dos animais não humanos: uma fuga ao antropocentrismo jurídico”, Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2009, disponível em <http://www.ecoagencia.com.br/documentos/dignidadeanimais.PDF>, p. 21): “*o direito fundamental a um meio ambiente saudável salvaguarda a vida humana em dois aspectos: o existir (com saúde) e a dignidade da própria existência, com uma qualidade de vida que faça esta valer a pena*”.

Em sentido próximo FRANCISCO (*Laudato Si. Sobre o cuidado da casa comum*, Segunda Carta Encíclica do Papa Francisco, Lisboa: Paulus Editora, 2015, n.º 147): para chegar a uma melhoria global da qualidade de vida humana, há que “*analisar o espaço onde a existência das pessoas transcorre. Os ambientes onde vivemos influem sobre a nossa própria maneira de ver a vida, sentir e agir* [ou seja: sobre a dignidade da existência e a qualidade de vida]. *Ao mesmo tempo, no nosso quarto, na nossa casa, no nosso local de trabalho e no nosso bairro, usamos o ambiente para exprimir a nossa identidade*”. Ou ainda, talvez mais claramente: a “*deterioração ética e cultural (...) acompanha a deterioração ecológica*” (*idem*, n.º 162)

26 Poderá ainda invocar-se o art. 9º, als. d) e e) CRP, que define como tarefas fundamentais do Estado “*promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo, (...) mediante a transformação das estruturas económicas e sociais*” e “*defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais*”, nos quais se incluem os próprios animais.

27 JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *idem, ibidem*.

É o que se passa, por exemplo, quando uma descarga de petróleo no mar provoca a morte de milhares de aves marinhas e, até, a extinção de uma espécie rara.

Aqui não se descortina uma “*ofensa, sequer mediata, de um qualquer bem jurídico individual*” [i.e., de uso exclusivo de um indivíduo], nem a “*possibilidade de referência a ele, ou uma cadeia dedutiva que a ele conduza*”. Todavia, “*as aves referidas, se bem que não utilizáveis por quem quer que seja, constituem um património de todos e como tal devem ser tuteladas*”²⁸

f) O interesse *individual* legítimo na integridade do bem jurídico colectivo está na possibilidade de “*ser gozado por todas e cada uma das pessoas, sem que ninguém deva poder ficar excluído desse gozo*”. Por outras palavras, “*bens colectivos são aqueles cuja utilidade aproveita a todos sem que ninguém possa dela ser excluído*”.

g) Além de ser difusa a relação do bem colectivo com os seus usuários, os bens colectivos revelam-se, por natureza, “*muito mais vagos e carentes de definição precisa, de mais duvidosa corporização ou mesmo de impossível tangibilidade*”.

h) Por isso, a sua tutela criminal terá de realizar-se através de um “*direito penal do comportamento*”, que “*penaliza e pune puras relações da vida como tais*”, sem que isso implique o abandono do paradigma da protecção de bens jurídicos, pois “*a punição imediata de certas espécies de comportamento é feita em nome da tutela de bens jurídicos colectivos e só nessa medida se encontra legitimada*”²⁹.

3.7. Tutela de um bem jurídico colectivo através de um Direito Penal do comportamento

Em suma: os arts. 387^º e 388^º tutelam um *bem jurídico colectivo* que pode ser definido como o *interesse de toda e cada uma das pessoas na preservação da integridade física, da saúde e da vida dos animais em função de uma certa relação actual (ou potencial) com o agente do crime*³⁰.

28 JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral, cit.*, 6.º Capítulo, §68.

29 JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *idem*, 6.º Capítulo, §§69 e 75.

30 NATÁLIA DE CAMPOS GREY (*Dever fundamental de protecção aos animais*, Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre 2010, parcialmente disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp150291.pdf>, p. 2 das considerações finais): “*o ser humano encontra a sua responsabilidade perante outros animais sempre que estes estiverem em uma posição de vulnerabilidade com relação às decisões [e acções] humanas. Dessa responsabilidade advém um dever de actuar de forma protectora a esses animais. Assim, o ser humano necessita agir positivamente no sentido de proteger os animais domésticos, que foram aqueles que o próprio homem trouxe ao convívio da sociedade, tornando-os dela dependentes*”.

ROBERT T. HALL (“La responsabilidad ética con los animales no humanos: una perspectiva casuística-utilitarista”, in BASILIO BALTASAR (Coord.), *El Derecho de los animales*, Marcial Pons, 2015, pp. 83-84) entende que a expressão “animais domesticados” envolve um “*contrato implícito (como é o conceito de ‘contrato social’ no sentido da filosofia política e social)*” daqueles com os seres humanos, segundo o qual estes proporcionam a alimentação e alojamento e os animais fornecem leite, ovos, etc., ou trabalham para o homem, etc. Em seu entender, também os animais de companhia têm contratos sociais com os seus donos, sendo esse, aliás, o significado do adestramento. “*Se os animais se comportam bem podem ser ‘membros’ da família com os respectivos benefícios*”; de contrário, a família expulsa-os-á “*por não cumprirem com os deveres domésticos*”. Nesta perspectiva – conclui ROBERT HALL – “*a postura ética de animais domésticos e domesticados merece mais consideração*”.

Note-se que a definição de animal de companhia dada pelo art. 387º/1, ao menos no que concerne aos animais efectivamente detidos por seres humanos, “*designadamente* [mas não somente aí] *no seu lar, para seu entretenimento e companhia*”, não limita a tutela penal aos animais sencientes.

O que, por exemplo, na hipótese de maus-tratos ou abandono de uma lagartixa ou de um grilo, detidos como animais de companhia, poderá implicar uma limitação do âmbito da punibilidade por força das exigências constitucionais inerentes ao conceito material de crime e vertidas no art. 18º/2 e 3 CRP (concreta desnecessidade de criminalização do comportamento, *maxime* em virtude da total desproporcionalidade da intervenção penal) e da própria *ratio* das incriminações em causa (redução teleológica da norma incriminadora). Poderá sustentar-se que, mesmo sem limitar expressamente a tutela penal aos animais de companhia sencientes, são sobretudo estes que os arts. 387º e 388º têm em vista.

O interesse em causa emerge do direito de todos a um ambiente de vida humanamente sadio e do dever (também de todos) de o defender, a que se refere o art. 66º/1 CRP.

Interesse de cujo gozo nenhuma pessoa pode ser excluída, nem mesmo pelos legítimos detentores e proprietários desses animais, e dever de cujo cumprimento nenhuma pessoa pode exonerar-se, nem sequer ao abrigo de um direito de propriedade ou detenção sobre o animal.

Interesse de todos e dever de todos cuja tutela criminal é assegurada através de um Direito Penal do comportamento, que penaliza e pune “*relações ou contextos de vida enquanto tais*”³¹.

A esta luz se compreende que o art. 387º/1 CP incrimine o mero infligir dor, sofrimento ou quaisquer maus-tratos físicos a um animal de companhia, e que o art. 388º CP sancione o abandono de animal, de que se tem o dever de guardar, vigiar ou assistir, pondo em perigo a sua alimentação e a prestação de cuidados que lhe são devidos.

Nenhum destes comportamentos implica um perigo, sequer abstracto, para bens jurídicos individuais³².

Por outro lado, o bem jurídico em causa, não sendo de uso exclusivo de um indivíduo (como sucede nos bens jurídicos individuais), também não pode ser fruído individualmente (como sucede nos bens jurídicos supra-individuais, como o ambiente), faltando-lhe nesse sentido um referente pessoal³³.

Precisamente por o bem jurídico em causa não poder ser individualmente fruído, os actuais arts. 9º e 10º da Lei de Protecção dos Animais (Lei n.º 92/95, de 12 de Setembro) atribuem às associações zoófilas legalmente constituídas legitimidade para:

31 JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral, cit.*, 6.º Capítulo, §56.

32 Próxima MARGARIDA SILVA PEREIRA (*apud* JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *idem*, nota 121, p. 151): o primado da pessoa não impede a incriminação por uma lesão de bens colectivos, desde que se não tenha verificado um perigo para a pessoa, mesmo que abstracto.

33 JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *idem*, 6.º Capítulo, §§58-59.

a) Requerer, a todas as autoridades e tribunais, as medidas preventivas e urgentes necessárias e adequadas para evitar violações em curso ou iminentes da presente lei.

b) Se constituir assistentes em todos os processos originados ou relacionados com a violação da presente lei, com dispensa de pagamento de custas e taxa de justiça.

4. Subsiste o risco de um Direito Penal simbólico?

A análise anterior permitiu-nos descortinar um bem jurídico-penal colectivo tutelado através de um Direito Penal do comportamento, de modo que a questão da ilegitimidade constitucional das novas incriminações parece ter ficado resolvida.

Contudo, nem assim se afasta o risco de um Direito Penal simbólico que não resolve de forma cabal os problemas da necessidade de tutela penal do bem jurídico, de repressão deste tipo de comportamentos, de prevenção da reincidência e de protecção do animal vítima de maus-tratos.

4.1. A incongruente restrição da tutela penal aos animais de companhia: o art. 389º/2 CP

Esta restrição da tutela penal, incongruente e inexplicada, é, sem dúvida, a primeira manifestação de um Direito Penal simbólico nesta matéria.

Estamos perante uma intervenção penal apressadamente estabelecida sob pressão da opinião pública, mas sem uma vontade política de tutela completa e efectiva do bem jurídico desenhado pelos Preâmbulos dos Projectos-Lei que estão na base da Lei n.º 69/2014.

Essa restrição da tutela penal, além de incongruente, é ainda desastrosamente realizada pelo art. 389º/2 CP.

Este um preceito aparentemente desnecessário como delimitação negativa do conceito de animal de companhia, pois os animais cultural ou naturalmente destinados a ser detidos pelo homem para seu entretenimento e companhia, mas afectos a outro fim (guia, caça, guarda, fins económicos, militares ou policiais, experimentação), já estariam excluídos da tutela penal (embora indevidamente) pelo n.º 1 do art. 389º.

O único efeito útil deste n.º 2 parece ser o de esclarecer que, mesmo os animais de companhia por natureza – categoria reconhecida pelo n.º 1 – estão arredados da tutela penal logo que afectados aos fins aí mencionados. Deste modo se evitou que entrasse pela janela o que se quis que saísse pela porta.

Por outro lado, o n.º 2 do art. 389º, ao referir-se aos *factos relacionados com a utilização dos animais para os fins aí descritos* – e não aos animais afectos a esses fins – parece querer ser um pouco mais do que uma cláusula negativa do conceito de animal de companhia.

Parece pretender configurar-se simultaneamente como uma cláusula de exclusão dos tipos de maus-tratos e de abandono (um contratipo), quando os comportamentos em causa

sejam adoptados no contexto de utilização dos animais de companhia por natureza para um dos fins aí mencionados.

Porém, nesta veste de cláusula negativa do tipo, o art. 389^o/2 seria sempre pelo menos inútil no que concerne aos crimes de maus-tratos, dada a cláusula já vertida no art. 387^o/1 da ausência de um “motivo legítimo” para a conduta em causa. Referindo-se a ambos os crimes, o art. 389^o/2, nesta roupagem de contratipo, converte-se numa permissão de maus-tratos e de abandono de quaisquer animais de companhia por natureza, simplesmente por estarem afectados a um dos fins aí descritos ou outros “legalmente previstos”.

4.2. A impossibilidade de aplicação de medidas de coacção imediatamente dirigidas à protecção do animal-vítima

As penas cominadas para os crimes de maus-tratos e de abandono de animal de companhia só permitem que sejam aplicadas ao arguido as medidas de coacção de prestação de caução (art. 197^o CPP), de obrigação de apresentação periódica (art. 198^o) no caso do crime de maus-tratos, além do inevitável termo de identidade e residência (art. 196^o CPP).

Para assegurar a imediata protecção do animal seria necessário ter alterado os arts. 199^o e 200^o CPP, em ordem a permitir a aplicação ao arguido das medidas de coacção de:

- a) Suspensão do exercício de profissão, ofício ou comércio relacionado com animais de companhia.
- b) Proibição ou imposição de condutas. Por exemplo, a proibição de contactar com o animal-vítima.

O §20a (1) da Lei alemã de Protecção dos Animais admite que o arguido, mediante uma ordem do tribunal, seja temporariamente proibido de negociar ou de exercer qualquer outra actividade profissional relativa a animais de qualquer espécie ou de uma espécie determinada, se existirem fortes razões para crer que lhe virá a ser imposta a sanção acessória descrita no §20 [proibição de deter, negociar ou de exercer qualquer outra actividade profissional relativa a todas ou algumas espécies de animais, por um período de 1 a 5 anos, ou indefinidamente se houver perigo de repetição da infracção prevista no §17 (morte ou de maus-tratos de animal vertebrado)].

4.3. Inicial falta de previsão de penas acessórias da prisão ou multa

A protecção dos animais e a prevenção da reincidência exigiam, desde a entrada em vigor da Lei n.º 69/2014, de 29 de Agosto, a previsão de penas acessórias como:

- a) A inabilitação temporária para o exercício de profissão, ofício ou comércio relacionado com animais, ou para a detenção de animais, à semelhança das previstas nos arts. 337 e 337 bis CP espanhol.

- b) A proibição de contactos com o animal maltratado ou abandonado; e/ou
- c) A obrigação de frequência de programas específicos de prevenção da violência animal, à semelhança das prevista para o crime de violência doméstica (art. 152^o/4 CP).

Todavia, a previsão de penas acessórias para os crimes de maus-tratos e de abandono de animais de companhia só veio a ser inserida no actual art. 388^o-A CP, pela Lei n.º 110/2015, de 26 de Agosto. Mais vale tarde do que nunca.

Palavras-chave: Direito Penal simbólico; conceito material de crime; animal de companhia; bem jurídico colectivo e complexo; Direito Penal do comportamento.

Bibliografia citada

ANDRADE, Manuel da Costa
- “Dignidade penal e carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”, RPCC, Ano 2 (1992), pp. 173 ss.

ARAÚJO, Fernando
- A hora dos direitos dos animais, Coimbra: Almedina, 2003.

COSTA, José de Faria
- “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, pp. 158-173

DIAS, Augusto Silva
- “Delicta in se” e “delicta mere prohibita”. Uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo
- Direito Penal. Parte Geral, 2.^a edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

GRECO, Luís
- “Protecção de bens jurídicos e crueldade com animais”, Revista Liberdades, n.º 3, Janeiro-Abril de 2010, disponível em http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=26, pp. 47-59.

GREY, Natália de Campos
- Dever fundamental de protecção aos animais, Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre 2010, parcialmente disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp150291.pdf>

FRANCISCO
- Laudato Si. Sobre o cuidado da casa comum, Segunda Carta Encíclica do Papa Francisco, Lisboa: Paulus Editora, 2015.

HALL, Robert T.
- “La responsabilidad ética con los animales no humanos: una perspectiva casuística-utilitarista”, in BASILIO BALTASAR (Coord.), El Derecho de los animales, Marcial Pons, 2015, pp. 67-88.

JESUS, Maurício Neves de/ GRAZZIOTIN, Paula Clarice Santos
- “Direito Penal Simbólico: o anti-Direito Penal”, disponível em <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/artigos/pdf/anti.pdf> [21.06.2105].

MOREIRA, Alexandra Reis
- “Perspectivas quanto à aplicação da nova legislação”, *Animais: deveres e direitos*, e-book publicado pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Lisboa, Maio de 2015, pp. 153-171.

NEVES, Helena Telino
- “A controversa definição da natureza jurídica dos animais”, *Animais: Deveres e Direitos*, e-book publicado pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Lisboa, Maio de 2015, pp. 81-89.

PALMA, Maria Fernanda
- *Direito Constitucional Penal*, Coimbra: Almedina, 2006, pp. 100 ss.
- “Conceito material de crime e reforma penal”, *Anatomia do Crime. Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, n.º 0 (Julho-Dezembro de 2014), pp. 11-23.

PARECER DO CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA
- Relativo às Propostas de Lei n.ºs 474/XII/2.ª e 475/XII/2.ª (que estão na base da Lei n.º 69/2014), proferido em 02.02.2014 e disponível em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=38087> [19.06.2015]

PEREIRA, Renato Silva
- “A dignidade da vida dos animais não humanos: uma fuga ao antropocentrismo jurídico”, *Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul*, 2009, disponível em <http://www.ecoagencia.com.br/documentos/dignidadeanimais.PDF>.

QUEIROZ, Paulo
- “Sobre a função do juiz criminal na vigência de um direito penal simbólico”, *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n.º 74, Jan. 1999.