

I

Considere os art. 387º e 388ºCP e responda às seguintes questões:

1. Estas incriminações respeitam as exigências constitucionais inerentes ao conceito material de crime? (3 vls.)
2. Concorda com a limitação da protecção penal aos animais de companhia, tal como definidos no art. 389º/1 e 2 CP? Os animais de companhia “errantes” (i.e. perdidos, fugidos ou abandonados) e os “vadios” (que nunca tiveram detentor) beneficiam da tutela penal assegurada pelos artigos 387º e 388º? (2,5 vls.)
3. Como classifica os crimes actualmente previstos nos arts. 387º e 388º quanto: (i) ao agente; (ii) à relação entre a conduta típica e o objecto da acção, e (iii) à relação entre a conduta típica e o bem jurídico protegido? (2,5 vls.)
4. Como deve ser punido **Bento**, tratador do cão “**Ás**”, propriedade de Carlos, que mantém o animal permanentemente fechado numa exígua varanda ao ar livre, de verão ou de inverno, não lhe presta quaisquer cuidados de saúde ou higiénicos, nem lhe providencia, com a regularidade necessária, água e comida?
E se, em consequência desta conduta de **Bento**, o “**Ás**” vier a morrer? Nas suas respostas tenha também em conta o disposto nos arts. 212º CP e 388º-A.
Poderia aplicar-se **Bento** alguma das sanções acessórias previstas neste último preceito? Quais, com que fundamento(s) e objectivo(s)? (4 vls.)
5. Como apreciaria a decisão judicial de punir, com base no art. 387º/2 CP, **Luíso**, proprietário do gato “**Esquivo**”, que causou a morte imediata do animal disparando sobre ele assim que descobriu que este lhe tinha comido o peixe que pusera a descongelar para o jantar, com o seguinte fundamento: “*A conduta em causa insere-se no art. 387º/2 CP, porque a proibição de maus-tratos é uma proibição de causar a morte, independentemente do sofrimento que lhe esteja associado, porque “matar” é evidentemente a violência suprema*”. (3 vls.)

II

Hipótese (3 vls.)

Adalberto, português, é proprietário da cobra “**Eustáquia**” que leva para todo o lado. Certo dia, quando se encontrava de férias em Itália, “**Eustáquia**” atacou-o e mordeu-o quando a alimentava no seu quarto de hotel.
Surpreendido e muito zangado com o seu animal de estimação, **Adalberto** resolveu deixar “**Eustáquia**” no quarto do hotel quando regressou a Portugal, na esperança de que logo a encontrassem e a recolhessem num jardim zoológico.
Todavia, “**Eustáquia**” escondeu-se e só veio a ser descoberta, já em muito mau estado, um mês depois, por uns operários chamados a realizar obras no quarto do hotel.
A Itália pede a Portugal a entrega de **Adalberto** para o julgar pelo crime de abandono de animais de companhia, previsto e punido pelo Código Penal italiano em termos idênticos aos do Código Penal português. Como deve ser decidido o pedido?

Clareza das ideias, correcção da linguagem, capacidade de síntese: 2 vls.

I

1. No que respeita à dignidade punitiva da conduta, os maus-tratos e o abandono de animais de companhia são comportamentos dotados de prévio e inequívoco relevo ético negativo, pois violam regras humanas e culturais básicas.

Quem maltrata, abandona e mata animais de companhia no mínimo degrada/nega a sua própria humanidade e viola a especial responsabilidade que, enquanto homem, tem para com estes animais.

Também é possível descortinar um claro e preciso bem jurídico como objecto da tutela penal: o bem-estar, a integridade física e a vida dos animais de companhia, ao menos como valores constitucionais objectivos, porventura mesmo “direitos” dos animais.

Embora a questão seja discutível, pode admitir-se que se trata de um bem jurídico sem referente constitucional explícito, mas que se encontra implícito, designadamente nos arts. 9º/d) e e) (promoção do bem-estar e da qualidade de vida; efectivação dos direitos e *deveres* económicos, *sociais e culturais* das pessoas; defesa da natureza e do ambiente) e 66º/1 (direito de todos a um *ambiente de vida humano e sadio e o dever de o defender*) e n.º 2/c) (criar e desenvolver reservas e parques naturais, de modo a garantir a conservação da natureza) e g) (promover a educação ambiental e o respeito pelos valores do ambiente), todos da CRP (art. 18º/2, 1.ª parte, CRP).

Diferentemente, há quem defenda que os “direitos” dos animais carecem de referente constitucional (expresso ou implícito), mas que isso não seria obstáculo à sua tutela penal, à luz de uma interpretação actualista da Constituição.

Quem entenda que a tutela penal dos animais assegura, em última análise, interesses humanos, dirá que se está perante um bem jurídico colectivo, de que todas as pessoas gozam enquanto cidadãos, de modo indivisível (ou seja, é insusceptível de fruição individual) e do qual ninguém pode ser privado, nem sequer pelos proprietários/detentores dos animais de companhia.

A tutela desse bem jurídico é assegurada pela imposição de deveres fundamentais a todos os cidadãos sem excepção, incluindo aos proprietários/detentores dos animais de companhia.

Tendo em conta que os maus-tratos, o abandono e a provocação da morte de animais de companhia, ao menos atentam gravemente contra a dignidade humana e a responsabilidade do homem para com os animais que maior ligação têm com ele, está assegurado, por esta via, não só o referente pessoal do bem jurídico em causa (art. 1º CRP) como a proporcionalidade *lato sensu* entre a tutela penal desse bem jurídico e a liberdade restringida pela aplicação de sanções criminais (art. 18º/2, 2.ª parte CRP e n.º 3).

As dúvidas de constitucionalidade que estas incriminações suscitam prendem-se com os princípios da necessidade (*maxime* adequação e eficácia) e subsidiariedade da intervenção penal (art. 18º/2, 2.ª parte, CRP).

Por um lado, as penas acessórias para os crimes em causa só foram introduzidas no CP pela Lei n.º 110/2015, de 26 de Agosto, e delas depende a efectiva protecção dos bens jurídicos em causa, através da prevenção da reincidência do agente. Mas subsiste a falta de previsão de medidas cautelares de protecção imediata dos animais, na pendência do processo-crime.

Por outro, a tutela penal neste âmbito prossegue sobretudo objectivos de formação de consciências, de promoção de valores e interesses, e não apenas de estrita protecção destes valores e interesses contra comportamentos que contra eles atentam. Mas nem por isso a tutela penal pode deixar de ser rigorosamente subsidiária do DMOS, limitando-se à punição das condutas insuportavelmente lesivas ou perigosas para o bem-estar, a integridade física e a vida dos animais de companhia.

2. Se o que está em causa é, por hipótese, o bem-estar, a integridade física e a vida dos animais sencientes (i.e., dotados de sistema nervoso central e por isso capazes de sentir dor e prazer de modo perceptível ao Homem), então, a tutela penal não deveria limitar-se aos animais de

companhia, mas, porventura, estender-se a todos os animais sencientes, ou, entre estes, ao menos aos animais vertebrados, como faz a lei alemã de protecção dos animais.

Incompreensível é, igualmente, o disposto no art. 389º/2 CP, que exclui da tutela penal todos os animais e *todos factos* (mesmo de maus-tratos, morte ou abandono) relativos a animais afectos aos fins aí referidos, ainda que esses animais sejam da mesma espécie dos animais ditos de companhia.

A tutela penal deveria estender-se aos animais afectos aos fins referidos no art. 389º/2, pois também eles servem o Homem e estão sob a sua responsabilidade e domínio directos.

Os animais de companhia “errantes” e “vadios” estão contemplados na definição do art. 389º/1, que se refere a todo o animal que:

- (i) Independentemente da sua espécie, seja efectivamente detido pelo homem como seu animal de companhia, designadamente no seu lar e para seu entretenimento.
- (ii) Pela sua espécie, esteja destinado a ser detido por seres humanos como animal de companhia, ainda que não se encontre efectivamente detido por ninguém.

Além disso, não faria sentido que se proibisse o abandono de animais de companhia (art. 388º) e depois se negasse tutela penal aos animais abandonados.

Evidentemente só os animais detidos como animais de companhia podem ser abandonados. Contudo, os outros animais de companhia “errantes” (i.e., perdidos ou fugidos) ou “vadios” (que nunca tiveram detentor) podem ser vítimas de maus-tratos (art. 387º) e, como tal, beneficiam de tutela penal.

3. O art. 387º/1 CP prevê um crime:

- (i) Quanto ao agente: comum, pois pode ser praticado por qualquer pessoa que realize a conta descrita na norma.
- (ii) Quanto à relação entre a conduta típica e o objecto da acção: de mera actividade, pois consuma-se com a conduta de infligir dor/sofrimento ao animal de companhia, sem exigir um evento material (de lesão ou de perigo) para o bem jurídico protegido, espaço-temporalmente destacado da acção. O art. 387º/2 (crime de maus-tratos agravado pelo resultado) já descreve um crime material.
- (iii) Quanto à relação entre a conduta típica e o bem jurídico protegido: de dano, já que implica a lesão efectiva do bem-estar ou da integridade física do animal de companhia.

O art. 388º prevê um crime:

- (i) Quanto ao agente: específico próprio, pois só pode ser realizado por quem seja titular dos deveres descritos na norma e não há um “crime paralelo” para o cidadão comum.
- (ii) Quanto à relação entre a conduta típica e o objecto da acção: de resultado de perigo, pois o abandono consuma-se somente com a efectiva colocação em perigo da alimentação e da prestação de cuidados devidos ao animal de companhia.
- (iii) Quanto à relação entre a conduta típica e o bem jurídico protegido: de perigo concreto, porque não se exige a efectiva provocação de dor, sofrimento (lesão do bem-estar) ou a lesão da integridade física do animal de companhia em consequência do abandono.

4. Poderá discutir-se se há um abandono do cão “Ás”, pois Bento não se afasta definitivamente dele para um lugar longínquo e também não o larga na rua à deriva.

Do art. 388º parece resultar (embora isso não seja inteiramente claro) que também comete o crime de abandono o titular dos deveres típicos que não cuida do animal ao ponto de colocar em perigo a sua alimentação ou a prestação dos cuidados que lhe são devidos, mesmo que conserve o acesso ao animal e lhe vá prestando alguma assistência, ainda que insuficiente.

Se se admitir a tipicidade deste último comportamento, então, no caso concreto, Bento realiza, simultaneamente, o crime de abandono e o de maus-tratos (art. 387º), pois dolosamente inflige

dor e sofrimento ao animal, ao mantê-lo permanentemente numa varanda exígua ao relento, de verão e de inverno; ao não lhe prestar quaisquer cuidados de saúde e higiene; e ao não lhe dar comida e água com a regularidade devida.

Evidentemente, Bento não poderá ser punido pelos dois crimes (art. 29º/5 CRP). Estamos perante uma situação de unidade de lei ou norma (JORGE DE FIGUEIREDO DIAS), em que o crime de abandono (crime de perigo concreto) é subsidiário do crime de maus-tratos (crime de dano dos mesmos bens jurídicos).

Na medida em que o cão “Ás”, propriedade de Carlos, morre em consequência dos maus-tratos, Bento realiza tanto o crime de maus-tratos agravado pelo resultado do art. 387º/2 (art. 18º) como o crime de dano (art. 212º).

Mesmo que Bento não tenha dolo quanto à morte do cão, não deixou de actuar com dolo quanto ao crime de dano da propriedade de Carlos. Ao maltratar o animal deste, dolosamente “*danificou ou tornou não utilizável coisa alheia*”, praticando assim o crime de dano, além do crime de maus-tratos de animal de companhia.

Uma vez que se trata de crimes diferentes, que tutelam diferentes bens jurídicos e que se não pode punir o agente por ambos os crimes sob pena de dupla punição do mesmo facto, deverá invocar-se a consunção (concurso aparente, impróprio ou impuro de crimes, segundo JORGE DE FIGUEIREDO DIAS) do crime de maus-tratos pelo crime de dano.

A aplicação desta norma incriminadora esgota todo o conteúdo de ilícito social do comportamento global de Bento, já que os maus-tratos do animal de companhia foram o meio ou a forma de provocação do dano na propriedade de Carlos. O crime de maus-tratos servirá para agravar a pena concreta do crime de dano.

A consunção do crime de maus-tratos pelo crime de dano torna problemática a aplicação das penas acessórias previstas para os crimes contra animais de companhia, tendo em conta o princípio da conexão legal entre facto típico e pena correspondente [arts. 29º/1 e 3, e 165º/1 c) CRP].

Porém, há quem sustente que essa aplicação é possível, porque o facto típico continuaria a ser o de maus-tratos de animal de companhia agravado pelo resultado morte (art. 387º/2), somente se aplicando a mais grave norma de sanção do crime de dano no que concerne às penas principais (prisão ou multa).

Por isso, nada impediria a aplicação da norma de sanção do crime de maus-tratos de animal de companhia, na parte respeitante às penas acessórias.

Quem assim entenda, aceitará a aplicação a Bento das penas acessórias previstas no art. 388º-A, considerando a especial gravidade do facto e da culpa do agente (corpo do n.º 1) e a particular necessidade de prevenir a sua reincidência, atenta a profissão de tratador de animais de companhia.

Seria então possível aplicar-lhe as penas acessórias previstas nas als. a) e/ou c) ou d), consoante a situação de Bento.

As penas acessórias, que nunca podem ser efeito automático de aplicação de uma pena principal (arts. 30º/4 CRP e 65º CP), pretendem combater o risco de reincidência, prosseguindo em primeira linha finalidades de prevenção especial negativa, mas assegurando reflexamente a tutela efectiva do bem jurídico (prevenção geral positiva para o futuro).

5. Esta decisão judicial parece corresponder a uma aplicação analógica proibida (arts. 29º/1 e 3 CRP, e 1º/3 CP) do art. 387º/2 à morte de um animal de companhia que não resultou da prévia infligência de dor, sofrimento ou maus-tratos físicos ao animal de companhia, como exige o tipo incriminador.

Luís não provocou maus-tratos ao gato: matou-o “simplesmente”. Ninguém se lembraria de dizer que quem mata uma pessoa também realiza o crime de maus-tratos dos arts. 152º ou 152º-A.

Além disso, a proibição de maus-tratos não é uma proibição de matar. É uma proibição de provocação de mal-estar (sob a forma de sofrimento e dor) e de lesar a integridade física do animal. A morte é resultado não compreendido no tipo do art. 387º/1. Por isso, é que o n.º 2 prevê um outro tipo de crime de maus-tratos agravado pelo resultado morte.

É evidente a lacuna de punibilidade e a necessidade de tutelar a vida do animal de companhia perante e contra o seu próprio dono. Mas a necessidade não se confunde nem substitui a legalidade/tipicidade do comportamento.

II

Adalberto comete o crime de abandono da sua cobra de estimação em Itália: foi aí que se verificou tanto a acção de abandonar como o resultado de perigo concreto exigido pelo art. 388º (art. 7º/1 CP).

Verdade que o abandono pode configurar-se como um crime de consumação permanente. O agente continua a abandonar o animal de companhia de que devia tratar, colocando em perigo a sua alimentação e a prestação de cuidados que lhe são devidos, enquanto persistir na omissão de cuidados. Porém, só pode falar-se de uma omissão de cuidados devidos, enquanto o garante tiver acesso ao animal de companhia, podendo assim cumprir o dever que sobre ele recai.

O que, no caso em análise, deixa de suceder quando **Adalberto** inicia o regresso a Portugal. Logo não há dúvida de que o crime foi totalmente praticado em Itália.

Itália pede a Portugal entrega de **Adalberto** para o julgar pelo crime de abandono de animais. Como se trata de dois Estados-Membros da UE, este pedido deve ser apreciado ao abrigo do art. 33º/5 CRP e da Lei n.º 65/2003 (MDE).

Apesar de se verificar o requisito da dupla incriminação (art. 2º/3 Lei n.º 65/2003), a Itália não poderia emitir o MDE porque, para o crime em causa (punido nos mesmos termos em Portugal e Itália), esse país comina uma pena de prisão inferior a 12 meses (art. 2º/1).

Mesmo que fosse admissível a emissão do MDE pela Itália, Portugal poderia sempre condicionar a entrega de **Adalberto** nos termos do art. 13º/1 b), já que **Adalberto** é cidadão português.

Coloca-se a questão de saber se, recusando a entrega, Portugal poderá julgar **Adalberto** ao abrigo do critério da nacionalidade activa [art. 5º/1 e) CP].

Admite-se duas respostas diferentes.

Uma (que parece ser a mais correcta ante o princípio da estrita necessidade da pena, das finalidades de prevenção geral positiva que se fazem sentir sobretudo no país da prática do facto, e da subsidiariedade da jurisdição penal portuguesa quanto a factos praticados no estrangeiro) no sentido de negar a competência extraterritorial dos tribunais portugueses neste caso, porque, não sendo possível a emissão de MDE pela diminuta gravidade do crime, tudo se passa como se este crime não admitisse sequer “extradição”, para usar a linguagem da condição *iii*) do art. 5º/1 e) CP.

De facto, a fixação de um limite mínimo de pena privativa da liberdade visa impedir a cooperação judiciária internacional em matéria penal nos casos de infracções de diminuta gravidade.

Outra solução, no sentido de afirmar essa competência, ao abrigo do art. 5º/1 e) CP, entendendo-se que a referência a crime que admita extradição tem em vista apenas as hipóteses de recusa de extradição em razão da natureza da infracção (art. 7º Lei n. 144/99, que é Direito subsidiário relativamente à cooperação entre Estados-Membros da UE, por força do seu art. 3º/1), ou seja, os crimes políticos ou os crimes exclusivamente militares.

Não sendo esse o caso do crime de abandono de animais de companhia, Portugal poderia então julgar **Adalberto** nos termos do art. 5º/1 e), cujas 3 condições cumulativas se verificam.