



## Direito Penal I

3.º Ano – Dia – Turma A

Regência: Professora Doutora Maria Fernanda Palma.

Colaboração: Professora Doutora Inês Ferreira Leite, Mestres Catarina Abegão Alves, João Matos Viana e Sónia Moreira Reis e Licenciada Rita Rosário

Exame - 4 de janeiro de 2018

Duração: 120 minutos

Otsugwa, cidadão estrangeiro, veio viver para Portugal com a mulher, Seny, sua compatriota, mas titular de dupla nacionalidade portuguesa, e trouxe consigo um macaquinho de estimação, que vivia em sua casa e ao qual ensinara várias habilidades. Em Lisboa, passou a exhibir o animal nas ruas da Baixa, pedindo gratificações aos transeuntes. Para conseguir que o macaquinho fizesse as habilidades batia-lhe frequentemente, deixando o animal ferido. Seny, sentindo pena do animal, doou-o a uma associação de proteção de animais, que tratou de o colocar num refúgio, dizendo ao marido que o animal tinha fugido. O casal foi depois passar férias ao seu país natal, onde Seny confessou a Otsugwa o que fizera. Furioso, Otsugwa bateu repetidamente em Seny, o que era considerado permitido segundo os costumes locais, sempre que uma mulher desobedecesse ao marido. Otsugwa e Seny regressaram a Lisboa após as férias. Entretanto, em Portugal, os crimes contra os animais de companhia foram convertidos em contraordenações por força de um decreto-lei aprovado pelo Governo, que invocou a alínea a) do n.º 1 do artigo 198.º da Constituição.

Responda, sucinta mas fundamentadamente, às seguintes questões:

- 1- Considerando apenas os princípios da interpretação da lei penal, o comportamento de Otsugwa enquadra-se na incriminação de maus tratos a animais de companhia, prevista nos artigos 387.º e 389.º do Código Penal?
- 2- À luz dos critérios de aplicação da lei penal no espaço, pode Otsugwa ser punido em Portugal pelo crime de violência doméstica, previsto no artigo 152.º do Código Penal, praticado contra Seny no seu país natal?
- 3- A nova lei, que converteu os crimes contra animais de companhia em contraordenações, pode ser aplicada a Otsugwa e Seny? Na resposta, pondere também a conformidade desta lei à Constituição.
- 4- No caso de ser considerada inconstitucional, a nova lei pode, ainda assim, ser aplicada em algum caso?
- 5- Podem considerar-se inconstitucionais, em geral, as normas que preveem crimes contra animais de companhia, por violação de algum princípio constitucional de Direito Penal?
- 6- “Se estou certa sobre o que é uma questão de justiça...os animais são sujeitos de justiça na medida em que os animais são sujeitos de sofrimento e de privação...”. Nesta frase de Martha Nussbaum, espelha-se alguma conceção de justiça ou de contrato social que possa justificar a criação de crimes contra os animais de companhia?
- 7- Como relaciona o comportamento de Otsugwa com as teorias criminológicas que identificam como causas do crime os conflitos de culturas?

Cotação: 1 – 3 valores; 2 – 2 valores; 3 – 5 valores; 4 – 1 valor; 5 – 3 valores; 6 – 2 valores; 7 – 2 valores; 2 valores de ponderação global.

## Tópicos de correção

### Questão 1

O problema da interpretação e da proibição da analogia desfavorável em direito penal (artigo 1.º, n.º 3, do CP) está relacionada com a reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República (artigo 165.º, alínea c), da Constituição).

Com efeito, se a competência para “definir o crime” cabe à Assembleia da República (ou ao Governo com autorização), não poderá o Tribunal, no momento da interpretação e aplicação normativa, defraudar esta imposição constitucional, através de uma re-definição criativa e inovadora dos critérios do ilícito inicialmente estabelecidos pelo legislador.

Ora, se os Tribunais têm de respeitar a “definição do crime” realizada pelo legislador e o legislador “define o crime” através da utilização de palavras, então, daqui resulta lógica e teleologicamente que o respeito pela “definição do crime” implica o respeito pelas palavras utilizadas nessa mesma definição (*lex stricta*).

Nessa medida – e sem prejuízo de existirem conceções alternativas que relativizam o valor do texto legal em benefício de condições axiológico-valorativas fundamentadoras dos tipos penais e de condições sistemáticas de coerência e unidade do sistema (p.ex. Castanheira Neves) –, a doutrina e a jurisprudência têm considerado maioritariamente que a interpretação em direito penal tem como limite inultrapassável os sentidos *possíveis* e *previsíveis* que podem ser assumidos pelas palavras utilizadas pelo legislador, dentro do (con)texto jurídico em que as mesmas estão sistematicamente inseridas.

O artigo 387.º do CP declara punível os maus tratos sobre “*animais de companhia*” e o artigo 389.º do CP considera animal de companhia aquele que é “*detido ou destinado a ser detido por seres humanos, designadamente no seu lar, para seu entretenimento e companhia*”.

Pergunta-se assim se a inclusão, dentro do conceito de animal de companhia, de um “*macaquinho de estimação, que vivia em sua casa [na casa de Otsugwa]*” e que, depois de ter sido ensinado, mostrava habilidades na rua em troca de gratificações, ainda corresponde a um dos sentidos *possíveis* e *previsíveis* das palavras utilizadas pelo legislador na “definição do crime”.

Admite-se que a resposta seja afirmativa, na medida em que Otsugwa efetivamente detinha o macaquinho e o mesmo era qualificado como sendo de estimação, o que parece indiciar que não se trataria apenas de um animal que era utilizado para fins comerciais, embora essa função também lhe fosse cumulativamente atribuída (artigo 389.º, n.º 2 do CP), assumindo igualmente um vínculo afetivo-emocional com o seu dono, que permite afirmar que o *acompanhava e entretia*.

Ainda assim, poder-se-ia equacionar a seguinte argumentação: ao não enquadrar a utilização do animal para obter gratificações como circunstância integrante da delimitação negativa do tipo através da exceção do espetáculo comercial (artigo 389.º, n.º 2 do CP), poder-se-ia estar a realizar uma redução teleológica incriminadora. Parece não ser assim, porque a utilização não corresponde efetivamente a um espetáculo comercial. No entanto, admitir-se-ia resposta diferente, pois a analogia nesse caso (da eventual equiparação entre esta atuação para gratificações e um espetáculo comercial) não seria proibida.

Contudo, não basta que um determinado sentido interpretativo se integre num dos sentidos *possíveis* e *previsíveis* das palavras utilizadas pelo legislador para que o mesmo corresponda imediatamente ao sentido do punível.

Para que tal conclusão possa ser sustentada, é necessário verificar primeiro qual a essência do proibido, segundo as valorações do sistema que podem ser reveladas pela norma (con)textualmente inserida. Em direito penal, tal tarefa deve ser orientada, entre o mais, pela

consideração do bem jurídico que se visa proteger com a incriminação (pois a par de uma função *crítica da legislação*, o bem jurídico também desempenha uma função *interpretativa*).

No caso do crime de maus tratos a animais de companhia, a identificação do bem jurídico protegido é ainda matéria controversa. Contudo, parece ser seguro afirmar que a tutela dispensada aos animais – que inclui a tutela da sua vida, integridade física e bem-estar (enquanto ausência de sofrimento ilegítimo) – é sempre realizada através da intermediação de uma prévia relação afetiva-emocional estabelecida com a pessoa, implicando, portanto, uma relação de solidariedade existencial da pessoa em relação ao animal.

Ora, ainda que um macaco não seja tradicionalmente um “animal de companhia”, a verdade é que este macaco em concreto é qualificado como “de estimação”, vivendo em casa de Otsugwa, pelo que parece que se pode sustentar a existência da tal relação de solidariedade existencial que configura o sentido essencial da ilicitude e permite a respetiva punição.

## Questão 2

Segundo o artigo 7.º do CP, o lugar da prática do facto tanto se verifica no local onde o agente total ou parcialmente atuou, como no local onde se verificou o resultado.

Neste caso, tanto a atuação do agente como o resultado verificaram-se no estrangeiro.

Sendo assim, ficava imediatamente excluída a competência territorial da lei e da jurisdição portuguesa, ao abrigo do artigo 4.º CP.

Restava verificar se a lei e a jurisdição portuguesa teriam competência extra-territorial ao abrigo do artigo 5.º do CP, com as limitações estabelecidas no artigo 6.º CP.

As alíneas *a)*, *c)* e *d)* do artigo 5.º do CP não estão preenchidas, na medida em que nenhum dos crimes aí mencionados se verificou no caso concreto.

A alínea *b)* do mesmo artigo também não está preenchida, na medida em que o crime não foi praticado por um português.

A alínea *f)* do mesmo artigo não está preenchida, desde logo, porque a extradição não foi requerida pelo país estrangeiro.

A alínea *g)* do mesmo artigo não está preenchida, porque não está em causa a atuação de uma pessoa coletiva.

Quanto à análise da alínea *e)* do artigo 5.º CP: trata-se de um crime praticado por um estrangeiro contra um português e os agentes foram encontrados em Portugal. Contudo, aparentemente, segundo o enunciado, os factos não são puníveis pela legislação do lugar em que foram praticados – parágrafo *ii)*.

Face ao exposto, pareceria de concluir que Portugal também não teria competência extra-territorial para julgar o caso, pelo que nem sequer seria necessário analisar o artigo 6.º do CP. Uma resposta desta natureza e com esta fundamentação seria razoavelmente aceite em sede de correção do exame.

Contudo, adicionalmente, seria favoravelmente ponderada a identificação da seguinte questão: o enunciado não afirma que os factos não eram puníveis pela legislação do lugar em que foram praticados, mas antes que os factos eram permitidos “*segundo os costumes locais*”. Nessa medida, seria necessário um esforço de melhor análise desta questão.

Por um lado, ainda que se entenda que a lógica da nacionalidade se basta com a tipicidade (descrição do facto num tipo penal) e ilicitude do facto no lugar em que o mesmo foi praticado, neste caso concreto, parece que essa ilicitude sempre faltaria, pois o comportamento era permitido localmente. Ou seja, esta questão apenas seria valorizada se se fizesse alusão ao costume como possível fonte de causas de justificação no ordenamento jurídico estrangeiro.

Por outro lado, pergunta-se o seguinte: quando o artigo 5.º, alínea e), parágrafo ii), do CP, fala da legislação do lugar em que o facto foi praticado, isso inclui o costume local? Parece que a resposta pode ser a seguinte:

Se localmente o costume for assumido pelo ordenamento jurídico como tornando o facto juridicamente permitido, então, não é possível dizer que a legislação pune um facto que, nesse mesmo local, é considerado permitido. Esta parece ser aliás a interpretação sistematicamente mais congruente com o artigo 6.º, n.º 2, do CP, para o qual a aplicação do artigo 5.º, alínea e), do CP, sempre remeteria.

Se ao invés, localmente, com base no costume, o ordenamento jurídico não assumir a permissividade jurídica desse mesmo facto, então, a alínea e), do artigo 5.º, do CP, encontrar-se-ia preenchida, tendo Portugal competência extra-territorial, desde que se assumia (informação que a hipótese não disponibiliza de forma expressa) que a lei penal estrangeira pune o facto. Nesta eventual linha de solução, o artigo 5.º, alínea e), parágrafo ii), do CP estaria preenchida, pois a extradição nem sequer foi requerida.

### Questão 3

A primeira questão colocada suscita um problema de aplicação da lei penal no tempo, nomeadamente do princípio da legalidade no seu corolário, *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*. Para este efeito, importa questionar se as regras de aplicação da lei no tempo são válidas para as situações nas quais o legislador altera a natureza do ilícito.

A este respeito, devemos começar por determinar o momento da prática do facto. Quanto a Otsugswa, de acordo com o critério unilateral da conduta que consta do artigo 3.º, do CP, no momento da prática do facto, sendo este o momento em que Otsugswa atuou, o seu comportamento encontrava-se sujeito a responsabilidade criminal.

Depois da prática do facto os crimes contra os animais de companhia foram convertidos em contraordenações. Importa então agora determinar se o novo tipo contraordenacional pode ser aplicado à conduta de Otsugswa, fundamentando a sua condenação.

Segundo um certo entendimento, o legislador levou a cabo uma descriminalização da conduta do agente. Nestes termos, dando expressão ao princípio da aplicação retroativa da lei de conteúdo mais favorável (artigo 29.º, n.º 4, *in fine*, da CRP), o agente não é punido pela prática do crime (artigo 2.º, n.º 2, do CP).

Subsiste ainda a possibilidade de ponderar a punição pela prática do novo ilícito contraordenacional.

A este respeito, a maioria da doutrina converge na solução de punição pela contraordenação, concluindo que é incorreto defender a extinção em absoluto da responsabilidade jurídica quando não existir uma explícita e coerente vontade legislativa de extinção de toda a responsabilidade pelos factos passados. A criação de contraordenações reflete ainda um desenho de política-criminal. Com efeito, a sanção contraordenacional é um regime mais favorável, nos termos do artigo 2.º, n.º 4, do CP. Assim sendo, a aplicação do artigo 2.º, n.º 4 cabe ainda no sentido possível mínimo das palavras, de acordo com o sentido do sistema, pelo que a aplicação do ilícito contraordenacional não afeta a confiança dos destinatários. Estamos perante um comportamento humano com um referente essencialmente idêntico, que assegura a unidade do facto proibido e a continuidade normativa, pelo que não há qualquer violação do princípio da legalidade. Em suma, o agente seria punido pela nova contraordenação.

Admite-se ainda que fossem enunciadas outras orientações, nomeadamente a que considera não poder haver aplicação retroativa do novo tipo contraordenacional, pois os

artigos 2.º e 3.º, n.º 1, do Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação Social (RGIMOS) consagram o princípio da irretroatividade da lei, pelo que as contraordenações encontram-se igualmente sujeitas ao princípio da legalidade. Nestes termos, estamos perante uma lacuna sancionatória que não pode ser preenchida, em primeiro lugar, porque não podemos aplicar a norma penal expressamente revogada e, em segundo lugar, porque as leis contraordenacionais estão sujeitas ao princípio da proibição retroativa das leis, nos termos do artigo 2.º, n.º 1, do CP. Apenas seria possível aplicar o novo ilícito contraordenacional caso a lei nova viesse prever uma norma transitória que determinasse a aplicação retroativa do novo tipo contraordenacional. Uma vez que essa disposição transitória não se encontra prevista no caso concreto, segundo esta conceção, a *Otsugswa* não pode ser aplicado o novo ilícito contraordenacional, pelo que este ficaria impune. Todavia, esta posição tem sustentação apenas no pressuposto de que não será inconstitucional tal norma transitória, o que a posição descriminalizadora não pode consistentemente aceitar. Esta posição parte do pressuposto que a proibição da retroatividade não se aplica no Direito de Mera Ordenação Social por imposição constitucional, quando, ao mesmo tempo, alicerça toda a sua argumentação a favor da aplicação do artigo 2.º, n.º 2, do CP e da sujeição do Direito de Mera Ordenação Social no princípio da legalidade. É incoerente sustentar que o ilícito de mera ordenação social encontra-se subordinado ao princípio da legalidade e, simultaneamente, admitir a subtração ao mesmo princípio de um qualquer regime transitório, cf. MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Penal – Conceito material de crime, princípios e fundamentos – Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas*, 2.ª ed. revista e ampliada, Lisboa: AAFDL, 2017, p. 171, nota 249.

Seguindo qualquer dos entendimentos, a nova lei nunca poderia ser aplicada a *Seny*, pois esta não realizou qualquer conduta típica.

A segunda questão colocada implica a ponderação da conformidade constitucional do decreto-lei aprovado pelo Governo, invocando a alínea *a)* do n.º 1 do artigo 198.º, da CRP, que converteu os crimes contra animais de companhia em contraordenações, suscitando questões de inconstitucionalidade formal e orgânica.

O artigo 198.º, n.º 1, alínea *a)*, da CRP, determina a competência legislativa do Governo em matérias não reservadas à Assembleia da República. Ora, para este efeito, importa perceber, em primeiro lugar, se a descriminalização é uma matéria não reservada à Assembleia da República e, em segundo lugar, se a criação de ilícitos contraordenacionais é uma matéria não reservada à Assembleia da República.

Respondendo à primeira questão, o artigo 165.º, n.º 1, alínea *c)*, da CRP, consagra a competência relativa da Assembleia da República em matéria de definição dos crimes, penas e respetivos pressupostos. Ora, a este respeito, o Tribunal Constitucional tem entendido que o princípio da reserva de lei em sentido formal, enquanto corolário do princípio da legalidade, abrange igualmente a função de descriminalização, pois descriminalizar ainda é definir o que é crime. Com efeito, se a competência para “definir o crime” cabe à Assembleia da República (ou ao Governo com autorização), então a eliminação de um determinado comportamento da categoria de crimes está ainda incluída na reserva relativa da Assembleia da República, não podendo o Governo proceder à descriminalização sem a devida autorização legislativa.

Quanto à segunda questão, se analisarmos o artigo 165.º, n.º 1, alínea *d)*, da CRP, este dispõe que é da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre o regime geral dos actos ilícitos de mera ordenação social e do respetivo processo, salvo autorização do Governo. O Governo tem competência concorrente com a Assembleia da República para definir, alterar e eliminar contraordenações e modificar a sua punição. Assim, a alteração

legislativa levada a cabo pelo Governo por meio de Decreto-Lei não autorizado, não colocaria, nesta sede, problemas quanto ao princípio da legalidade, no seu corolário *nullum crimen nulla poena sine lege scripta*, uma vez que o Governo não alterou nenhum aspeto do *regime Geral* do ilícito contraordenacional, tendo apenas procedido à criação de novos ilícitos contraordenacionais.

Porém, porque tal criação implica a descriminalização dos mesmos atos, por via da alínea c) do n.º 1 do art. 165.º da CRP, o Decreto-Lei não autorizado encontra-se ferido de inconstitucionalidade orgânica, pelas razões já expostas.

#### Questão 4

Adotando-se, na pergunta 3, a posição que soluciona o problema de aplicação da lei no tempo com a punição de Otsugswa pela contraordenação (art. 2.º/4 CP), coloca-se então a questão de saber se a declaração de inconstitucionalidade da norma que converte os maus tratos de animais de companhia em contraordenação impede a aplicação deste regime, concretamente mais favorável, ao agente.

Sobre este problema, deve ter-se em consideração a seguinte divergência doutrinária:

(i) Aplicação da norma repristinada (art. 282.º/1 CRP), por se entender que a questão da validade das normas precede lógica e valorativamente a da aplicação da lei mais favorável e que os tribunais estão impedidos de aplicar normas inconstitucionais (art. 204º CRP). Sendo a lei penal inconstitucional nula, nunca produziu quaisquer efeitos, pelo que não pode ser aplicado a Otsugswa o regime contraordenacional.

Não se pode empregar, neste caso, o regime do erro (não censurável) sobre a proibição (art. 17.º/1 CP) – o qual é invocado por parte da doutrina (Rui Pereira) em situações em que se reconhece a necessidade de tutelar as legítimas expectativas dos agentes de aplicação da lei mais favorável – uma vez que a lei inconstitucional não estava (aparentemente) em vigor no momento da prática do facto.

Não existindo ainda, de acordo com a informação disponibilizada no enunciado, caso julgado, não há lugar à ressalva expressamente prevista no art. 282.º/3, 1.ª p., CRP;

(ii) Aplicação da contraordenação, ou seja, da lei inconstitucional mais favorável ao agente, considerando-se, com Taipa de Carvalho, que o art. 29.º/4 CRP pode incluir leis penais inconstitucionais, prevalecendo então estas, se forem de conteúdo mais favorável ao arguido;

(iii) Aplicação da contraordenação, ou seja, da lei inconstitucional mais favorável ao agente, em razão do princípio da igualdade, por referência ao teor do artigo 282.º, n.º 3, da Constituição, pois não parece justificado que factos que tenham sido praticados no mesmo dia, nas mesmas circunstâncias e ao abrigo da mesma lei possam ter tratamentos diferentes, por força de circunstâncias puramente aleatórias. Isso aconteceria se um dos factos tivesse sido julgado com trânsito em julgado ao abrigo da lei inconstitucional posterior mais favorável (em que a aplicação da lei inconstitucional ficaria assegurada, por força da ressalva do caso julgado) e o outro facto – simplesmente porque a secretaria judicial foi mais lenta a tramitar o processo – tivesse sido julgado já depois da declaração de inconstitucionalidade;

(iv) Aplicação da contraordenação, ou seja, da lei inconstitucional mais favorável ao agente, por força da prevalência do princípio do Estado de Direito (art. 2.º CRP) sobre as consequências da declaração de inconstitucionalidade em geral, assente em razões de igualdade, de necessidade da lei penal e da confiança, cf. MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Penal – Conceito material de crime, princípios e fundamentos – Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas*, 2.ª ed. revista e ampliada, Lisboa: AAFDL, 2017, pp. 177-178.

### Questão 5

Correspondendo as sanções penais à mais grave forma de restrição dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, elas só serão legítimas para preservar bens jurídicos 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. 18º/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) Eficazes na proteção dos bens jurídicos e na prevenção da reincidência.

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, poderão ter-se que considerar inconstitucionais as incriminações em causa. Num Estado de Direito democrático alicerçado na dignidade da pessoa humana (arts. 1º e 2º 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. 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 população.

Nos arts. 387º e 388º 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 animal. 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 Proteção dos Animais. O que não sucede: os arts. 387º a 389º 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, atual ou potencial, de entretenimento e companhia com o homem.

Com o Parecer do Conselho Superior da Magistratura, deverá concluir-se que os arts. 387º e 388º CP tutelam um bem jurídico “*composto ou complexo, baseado na proteção 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*”. 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 diretos do homem para com os animais.

É possível, assim, uma resposta positiva no que toca à legitimidade da punição dos maus-tratos contra os animais, partindo da tutela de um bem jurídico coletivo e complexo. É legítima a tutela penal de bens jurídicos coletivos que encontram fundamentado legitimador nos direitos [e deveres] sociais, económicos, culturais e ecológicos. 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*”. 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*”, ambiente que inclui os animais em geral.

Por outro lado, a necessidade de vincular a intervenção penal à tutela de um bem jurídico com dignidade constitucional (com um referente constitucional expreso) não é hoje unânime. O debate sobre o bem jurídico pode ser entendido não como uma necessidade estrita de vislumbrar, em cada incriminação, um interesse substancial concreto, associado às condições existenciais individuais e coletivas, mas antes como a expressão de uma relação entre os limites do Direito Penal e o Estado de Direito Democrático, e a uma lógica de preservação da subjetividade e do reconhecimento dos interesses essenciais dos outros. Esta perspetiva permite ir além das visões mais rígidas sobre o bom jurídico constitucional e penalmente relevante – necessidade ou interesse subjetivo, histórica e culturalmente enraizado – podendo então incluir-se outros valores (podendo aqui incluir-se a responsabilidade pela natureza ou pelas gerações futuras) ou apelando à função social do Direito Penal. Nesta ótica, a incriminação dos maus tratos contra os animais justifica-se por expressar um valor ético-social hoje consensualmente visto como caracterizador da humanidade, residindo a legitimidade da incriminação não tanto na identificação de um bem jurídico, mas principalmente pela coerência ética do sistema (a incriminação não coloca em causa as condições básicas da subjetividade e do reconhecimento recíproco) e pela reflexão crítica em tornos dos restantes critérios de materialidade: carência penal (necessidade da intervenção), adequação e proporcionalidade.

## **Questão 6**

A questão colocada reconduz-se aos fundamentos da legitimidade do poder punitivo do Estado e suscita o problema de saber se o Estado está legitimado a tipificar crimes contra os animais.

O pensamento de Martha Nussbaum não se atém a uma visão clássica do contrato social, à maneira de Thomas Hobbes ou de Jean-Jacques Rousseau, concebendo o primeiro o contrato social como um acordo através do qual os indivíduos estabelecem limites à sua liberdade como forma de garantir o conforto, a segurança e vivência pacífica, i.é, o contrato é estabelecido em benefício comum, e o segundo que compreende a vontade coletiva associada por meio do contrato como forma de prosseguir e realizar os interesses individuais.

Martha Nussbaum tão pouco coloca no lugar do contrato social a *posição original* de John Rawls, buscando a partir dela, com um *vén de ignorância*, que não lhe permite saber *quem somos ou quem seremos*, que estrutura básica da sociedade se escolhe, com que conhecimentos e com que motivações, o que significa que nela o contrato social não é encarado como um teste à *desejabilidade e exequibilidade* do plano, como parece suceder em Rawls.



Na realidade, a A. em referência identifica três problemas de justiça não resolvidos pelo contrato social, sendo os direitos dos animais um deles, questão sobre a qual John Rawls especificamente reconheceu que a justiça e a equidade falham. Martha Nussbaum parte da *capabilities approach*, que tem como pressuposto central o reconhecimento de (dez) capacidades (*capabilities*) humanas fundamentais que enuncia e que devem ser desenvolvidas como forma de garantir a efetivação dos direitos e dos recursos de que se possa ser titular, o que significa que aquelas capacidades se assumem como característica do sentido essencial da necessidade da vida social, justificando a legitimidade de intervenção do Estado. O respeito pelos animais (e plantas) é uma dessas capacidades (a oitava), revelando-se assim necessária para a existência humana.

Percebida assim a legitimidade do poder punitivo do Estado, como centrado também na promoção dos direitos dos indefesos, em que se incluem os animais, a ideia de justiça que emana da *capabilities approach* de Martha Nussbaum toma declaradamente por aliados o contrato social e as construções de justiça de John Rawls, estendendo os demandas da Justiça a novas áreas não exploradas nas fontes de que parte: os direitos dos animais é um desses domínios, sendo assim legitimada a criação de crimes contra animais de companhia.

### Questão 7

A teoria da *associação diferencial* de Sutherland permite explicar o fenómeno do crime através da lógica da aprendizagem através da exposição do indivíduo a estímulos de aprovação ou desaprovação da violação da lei, os quais resultam do círculo de contactos pessoais próximos do agente (família, vizinhos, amigos, colegas de escola, meio social). No caso, trata-se de um arguido que esteve exposto a um meio sociocultural que tolera a violência exercida pelo marido sobre a mulher, podendo tal exposição ter contribuído, negativamente, para a construção de uma personalidade ética menos sensível à autonomia e dignidade da pessoa mulher, enquanto mulher casada, tendo o arguido apreendido conceitos locais – hoje vistos como incompatíveis com a dignidade da pessoa humana pela esmagadora maioria das culturas – de acordo com os quais a mulher casada se deverá submeter à vontade do cônjuge marido, ficando sob a sua dependência e autoridade.

Neste âmbito, e de acordo com estas concepções culturais, pode ser visto como legítimo (o que parece suceder, de acordo com o enunciado, nos costumes locais do país de Otsugswa) que o marido inclua no exercício da sua autoridade conjugal um poder de correção assente, também, nos castigos corporais.

No entanto, as explicações criminológicas do crime não se reduzem à ponderação do meio sociocultural na formação da personalidade, até porque, neste caso, sabemos que Otsugswa tinha vivido fora do seu país durante algum tempo, tendo estado exposto a outras influências sociais e culturais. Deve ainda ser dada atenção às teorias que relacionam a prática do crime à impulsividade e falta de autocontrole, associadas à incapacidade de diferir a gratificação (baixa tolerância à frustração), explicação que é assumida na *Theory of Crime* de Gottfredson e de Hirschi. Trata-se de uma orientação mais próxima de psicologia, que associa o crime ao desenvolvimento moral no processo social (por referência a Piaget ou Kohlberg). Nesta ótica, os comportamentos antissociais (contrários à normatividade) apresentam-se assim relacionados com falhas no desenvolvimento da personalidade, podendo analisar-se o comportamento de Otsugswa como o resultado da sua baixa tolerância à frustração ou controlo da agressividade quando confrontado com um evento que o desagrada ou que lhe gera emoções negativas.

Ainda próximas desta perspectiva, poderiam ser ponderadas as explicações psicológicas do crime – assentes na psicologia cognitiva-comportamental e na análise da

personalidade (a partir dos trabalhos de autores como Rolin e Fonagy) – que nos permitem compreender que os indivíduos agressivos desenvolvem percepções limitadas das circunstâncias (eventos, confrontos, conflitos) e das soluções para os problemas que lhes são colocados nos conflitos interpessoais, não conseguindo alcançar resoluções alternativas não violentas. Esta abordagem tem a vantagem de apontar vias de resolução e de melhoria destes indivíduos, sendo de realçar as teorias da mentalização (atualmente muito desenvolvidas por Fonagy), que se baseiam na aquisição da capacidade para “mentalizar” – relacionar a experiência interior com a representação atual, compreender-se a si e aos outros, e lidar com as emoções gerindo a agressividade – a partir da qual, através do treino da empatia, se poderá conseguir que o agente retorne à normatividade.

Estas explicações criminológicas e da psicologia poderiam contribuir para a análise da situação do arguido a dois níveis: por um lado, para reduzir a censura dirigida ao indivíduo, na medida em que este é apresentado como alguém que esteve desde sempre exposto àqueles estímulos que contribuem para a aprendizagem do crime (embora esta tese não seja determinista, pelo que não elimina a liberdade do agente de fazer opções diferentes). Por outro lado, em termos de fins das penas, apresentam o agente como alguém carecido de uma melhor integração social (ou melhor: de uma adequada exposição aos estímulos de desaprovação da violação da lei), pelo que as finalidades de prevenção especial positiva deveriam assumir especial relevância.