



## Direito Penal I

3.º Ano – Dia – Turmas A e B

Regência: Professora Doutora Maria Fernanda Palma

Colaboração: Professor Ricardo Tavares da Silva, Mestres Catarina Abegão Alves, Mafalda Moura Melim e Rita do Rosário, e Licenciados Nuno Igreja Matos e Inês Vieira Santos

Exame de coincidências - 24 de janeiro de 2022

Duração: 120 minutos

1 – O caso coloca um problema de interpretação da lei penal, concretamente a questão de saber se, perante a ausência de um crime específico para o efeito, pode ainda ser punido como crime de maus-tratos a conduta de abandono de animal de companhia. A problemática convoca necessariamente o princípio da legalidade, em particular do corolário *nullum crimen nulla poena sine lege stricta* [cf. artigo 29.º, n.ºs 1 e 3 da Constituição da República Portuguesa (CRP)].

Acompanhando a tese de Maria Fernanda Palma, a interpretação permitida em Direito Penal, para salvaguardar a segurança jurídica e a conformidade com a proibição da analogia decorrente do artigo 1.º, n.º 3, do Código Penal (CP), deve estribar-se do sentido possível das palavras (compreendido no quadro do seu sentido comunicativo comum e no contexto significativo do texto da norma), alicerçando-se ainda na articulação desse sentido com a essência do proibido subjacente à norma criminal. Esta conceção diferencia-se das teses de cunho vincadamente valorativo, que negam qualquer limitação interpretativa decorrente do texto legal, como a que é sustentada, por exemplo, por Castanheira Neves, que vê nas palavras apenas uma exteriorização possível da norma, cuja ideia do proibido pode, por isso, ser encontrada noutras proveniências, como o sejam as intenções e valores elegidos pelo legislador com correspondência sistemática, dogmática e jurisprudencial.

Embora se desconheça a redação do crime de maus-tratos a animal de companhia no país onde Adelino praticou o comportamento de abandono, uma aproximação ao texto da norma correspondente poderia ser conseguida por via do manuseio, por exemplo, do disposto no artigo 387.º, n.º 3, do CP (que prevê o tipo base do crime de abandono de animal de companhia em Portugal). A conduta de Adelino suscita dúvidas interpretativas precisamente porque, embora a noção de maus-tratos não aparente incluir no seu âmbito o comportamento de abandono — por pressupor, ao invés, uma conduta do agente direta e imediatamente lesiva da integridade do animal —, a verdade é que o abandono pode implicar para o animal de companhia um risco significativo de vir a sofrer danos idênticos, o que pode indiciar alguma correspondência entre condutas, considerando fundamentalmente a essência da proibição subjacente ao crime.

Focando na conceção interpretativa primeiramente enunciada, afigura-se, porém, que não existe correspondência suficiente entre a conduta de Adelino e uma situação de maus-tratos. Com efeito, o abandono de animal de companhia é um comportamento dotado de uma significação social própria e com contornos particulares bem vinculados juridicamente, estando associado a um comportamento não violento de abandono de outrem (pense-se, por exemplo, na contraposição entre crimes de ofensas à integridade física e o crime de exposição ou abandono). Acresce que o enunciado não indica que o abandono do gato tenha ocorrido em circunstâncias imediatamente perigosas, nem sequer que o gato tenha sofrido

um dano, o que dificulta adicionalmente o enquadramento do comportamento de Adelino no sentido possível e comunicacional das palavras “maus-tratos”. Poderia ainda discutir-se se a omissão de um crime de abandono é passível de ser suprida por via de um argumento de identidade de razão suficientemente previsível para os destinatários da norma (conforme explorado, por exemplo, no caso do lobo ibérico). Não obstante, afigura-se que, em face das razões aduzidas sobre a diferença de significados materiais e sociais entre os comportamentos, e, bem assim, por não ser aqui viável uma lógica *a fortiori*, tal argumentação não seria conciliável com os esteios da segurança jurídica, do controlo democrático e do princípio da culpa que dão forma ao princípio da legalidade.

Sem prejuízo do entendimento exposto, distinta resposta poderia vir a ser admitida, designadamente por via da densificação de uma distinta teoria interpretativa.

2 – Uma vez que em causa está uma eventual restrição à aplicação da lei portuguesa, *prima facie* ter-se-á de resolver o problema da verificação de alguma conexão espacial do facto com a lei penal portuguesa.

Adelino abandonou no país estrangeiro um gato de estimação, pelo que, nos termos do artigo 7.º do CP, o facto não foi praticado em território português, mas sim no país estrangeiro. Assim, não será possível aplicar o princípio geral da territorialidade, previsto no artigo 4.º, do CP.

De indagar será a competência extraterritorial da lei penal portuguesa, à luz da legislação extravagante, bem como do artigo 5.º, do CP. Nada no caso especifica a prática de tráfico de pessoas a bordo de aeronave civil, pelo que se afasta a competência dos tribunais portugueses, nos termos do Decreto-Lei n.º 254/2003, de 18 de outubro. Também a aplicação da Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto, e da Lei n.º 31/2004, de 22 de julho, será de afastar já que o facto praticado por Adelino não envolve terrorismo nem violação do Direito Internacional, respetivamente.

Já nos termos do artigo 5.º, do CP, é de excluir a aplicação da alínea a) do n.º 1, pois o crime em apreço não integra o catálogo de infrações contra interesses nacionais; também a alínea b) deve ser afastada, uma vez que não se verifica a nacionalidade portuguesa da vítima. De afastar é ainda a aplicação das alíneas c) e d), na medida em que o crime em causa também não faz parte do elenco de infrações suscetíveis de levar à aplicação do princípio da universalidade.

Deste modo, aparentemente, tomar-se-ia como aplicável a alínea e) do artigo 5.º, do CP, porquanto o agente é português, este foi encontrado em Portugal e existe dupla incriminação. Quanto ao requisito que consta do inciso iii), o caso não nos fornece indicações acerca do país estrangeiro em causa, para além de não ter sido indicado se foi efetuado qualquer pedido de extradição ou se foi emitido um mandado de detenção europeu. Mas, se se tratasse de um país fora da União Europeia, seria de concluir que o crime em questão admite a extradição (artigo 7.º, da Lei n.º 144/99, de 31 de agosto, *a contrario*) e esta não poderia ser concedida, por estar em causa a extradição de um cidadão nacional e o facto não corresponder a um caso de terrorismo ou de criminalidade internacional organizada (artigo 33.º, n.º 3, da CRP e artigo 32.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 144/99). Caso se tratasse de um país da União Europeia, presumiríamos a existência de um motivo de não execução do mandado de detenção europeu, estando também neste caso verificado o inciso iii) da alínea e) do n.º 1 do artigo 5.º, do CP.

Pese embora fosse aplicável a lei portuguesa (artigo 5.º, n.º 1, alínea e), do CP), o facto é julgado segundo a lei do país em que tiver sido praticado – *in casu* do país estrangeiro – sempre que esta seja concretamente mais favorável ao agente e sempre que o agente encontrado em território nacional “não tiver sido julgado no país da prática do facto ou se houver subtraído ao cumprimento total ou parcial da condenação”. No caso vertente, a lei penal estrangeira é concretamente mais favorável do que a lei penal portuguesa, pois prevê apenas a aplicação de uma pena de multa para o abandono de animais de companhia, ao passo que a lei penal portuguesa prevê para este facto uma pena de prisão até seis meses, para além de uma pena de multa até 60 dias (artigo 388.º, do CP). Neste caso, há lugar à conversão da pena prevista no país estrangeiro para uma correspondente no sistema português, nos termos do artigo 6.º, n.º 2, do CP.

**3** – A presente questão remete, uma vez mais, para a problemática da interpretação da lei penal, já enquadrada na resposta à pergunta n.º 1, *supra*, para a qual se remete. Assim, importa aferir da viabilidade de reconduzir a conduta de Adelino à previsão do artigo 387.º do CP, tendo em conta a definição de animal de companhia constante do artigo 389.º do CP e, bem assim, a eventual existência de “motivo legítimo” para os maus-tratos, para efeitos do n.º 3 do dito artigo 387.º. Com esse intuito, cumpre atender ao sentido possível e previsível das palavras, devidamente articulado com a essência do proibido da norma incriminadora, assim delimitando a fronteira entre interpretação permitida e proibida.

À partida, diremos que a circunstância de o animal residir na habitação de Adelino permite considerá-lo um animal de companhia, à luz da definição constante do referido artigo 389.º, n.º 1 do CP. Efetivamente, o animal é detido no lar, desempenhando funções de companhia, o que corresponde, sem margem para dúvidas, ao sentido possível e previsível do texto legal. Todavia, segundo o disposto no n.º 2 do mencionado artigo 389.º do CP, o conceito de animal de companhia «não se aplica a factos relacionados com a utilização de animais para fins de espetáculo comercial». Impõe-se por isso averiguar se o cão de Adelino, por ser um “cão de circo”, permite ao agente beneficiar desta exclusão e, conseqüentemente, eximir-se de responsabilidade penal. Este problema relaciona-se também com a questão do “motivo legítimo” para os maus-tratos, suscitada pela aplicação do n.º 3 do artigo 387.º - razão pela qual se conjugará a análise dos dois temas.

Ora, a este propósito, reitere-se que Adelino não usava o animal apenas em contexto profissional, ou sequer estritamente vinculado a fins de espetáculo comercial. Sublinhe-se, ainda, que as agressões ao animal não ocorriam no contexto de espetáculos comerciais, mas sim em momento(s) anterior(es), que consistiam na preparação do número a apresentar. Paralelamente, diremos que, à luz do n.º 3 do artigo 387.º do CP, a agressão do animal para efeitos de treino não configura, de forma alguma, um motivo legítimo. Como se intui, haverá meios alternativos de preparação do cão, como o recurso a técnicas não violentas. Equivale tanto a afirmar que, com base na essência do proibido da norma incriminadora, a conduta de Adelino corresponde às situações que o legislador quis proteger, e que consistem em casos de maus-tratos a animais que se encontram sob a tutela dos agressores. Nem de outra forma poderia ser, sob pena de a utilização do animal numa atividade comercial se tornar, sem mais, uma forma impune de agressão ao bem jurídico.

Assim, conclui-se que Adelino praticou o crime de maus-tratos relativamente ao referido animal.

4 – O regime jurídico aplicável, à partida, é o vigente no momento da prática do facto (artigos 2.º, no 1, e 3.º do CP), que se consubstancia na criminalização dos maus-tratos e do abandono de animais de companhia.

Porém, em função da existência de uma alteração legislativa, coloca-se a questão de saber se Adelino, caso realize um facto enquadrável na previsão normativa em questão, pode ser punido pela prática de uma contra-ordenação, nos termos do artigo 2.º, n.º 4 do CP, ou se não poderá ser punido de todo, tanto pela prática de um crime como pela prática de uma contra-ordenação, nos termos do artigo 2.º, n.º 2 do CP (imposição de aplicação retroativa da lei descriminalizadora) e do artigo 3.º, n.º 1 do Regime Geral das Contra-ordenações (proibição de retroatividade da lei que institui uma contra-ordenação).

Tradicionalmente, faz-se depender a opção por um dos regimes pela posição adotada relativamente à natureza do ilícito de mera ordenação social e respetiva relação com o ilícito penal. Deste modo, para quem defenda uma mera diferença quantitativa entre o Direito Penal e o Direito de Mera Ordenação Social (ambos tutelam bens jurídicos, mera diferença ao nível da sanção), considerar-se-á que há, no caso concreto, uma continuidade normativa (mesmo facto, mesma valoração) e, consequentemente, será de aplicar o artigo 2.º, n.º 4 do CP, podendo Adelino ser punido pela prática de uma contra-ordenação. Já para quem defenda a existência de uma diferença qualitativa (o Direito Penal tutela bens jurídicos e o Direito de Mera Ordenação é valorativamente neutro), como é o caso de Eduardo Correia e Américo Taipa de Carvalho, considerar-se-á que há, no caso concreto, uma interrupção normativa e, consequentemente, que Adelino não poderá ser punido de todo, aplicando-se o artigo 2.º, n.º 2 do CP e o artigo 3.º, n.º 1 do regime Geral das Contra-ordenações.

Maria Fernanda Palma critica esta abordagem, defendendo que, para resolver o problema em apreço, é essencial recorrer aos princípios que norteiam a sucessão de leis no tempo. Ora, por um lado, a aplicação do regime contra-ordenacional, posterior, não viola o princípio da legalidade (em termos de previsibilidade da punição ou de não-frustração das expectativas criadas), já que o agente já contava com algum tipo de sanção (aliás, mais grave, a penal). E, por outro lado, não há violação do princípio da igualdade, já que Adelino irá ser punido do mesmo modo que os “novos” agentes o serão (aliás, haveria desigualdade, sim, se o comportamento de Adelino não fosse sancionado de todo, pois os “novos” agentes irão ser sancionados pela prática de uma contra-ordenação).

Assim, não havendo uma vontade legislativa explícita de extinguir toda a responsabilidade pelos factos passados, Ada será punida pela prática de uma contra-ordenação, nos termos do artigo 2.º, n.º 4 do CP (que consagra uma sucessão de normas penais entendidas estas em sentido amplo). É de notar que a solução inversa, a de não sancionar Ada de todo salvo se existir uma norma transitória que imponha a aplicação do regime posterior (proposta por Taipa de Carvalho), é, como observa Maria Fernanda Palma, incoerente face ao recurso ao princípio da legalidade que já havia sido efetuado.

Relativamente ao facto de o decreto-lei não ser autorizado, estamos perante uma inconstitucionalidade orgânico-formal, por violação da reserva relativa de lei da Assembleia da República, não por via do artigo 165.º, n.º 1, alínea *d*) da CRP, pois, aqui, a reserva restringe-se ao regime geral dos ilícitos de mera ordenação social, não abrangendo a definição das contra-ordenações singulares, mas por via da alínea *e*), considerando que também as descriminalizações estão sujeitas à reserva de lei da Assembleia da República.

No seguimento, levanta-se o problema de, caso venha a ser declarada a inconstitucionalidade desse decreto-lei, nos termos do artigo 281.º da CRP, e dados os efeitos determinados pelo artigo 282.º, n.º 1, “retornar” a aplicação da LA, que criminaliza aquela conduta, e de uma tal situação ser materialmente idêntica à de uma aplicação retroativa *in pejus*. Mais especificamente, teremos uma situação materialmente idêntica à das situações de lei intermédia mais favorável, que, de acordo com a doutrina dominante, deve ser relevada, nos termos das regras do artigo 2.º, nomeadamente, impedindo-se a aplicação retroativa da lei posterior mais desfavorável (artigo 2.º, n.º 1, *a contrario*).

Assim, conforme a doutrina de Maria Fernanda Palma, dado que as razões justificativas são as mesmas e atendendo à exigência de o Estado se vincular às suas próprias decisões (princípio do Estado de Direito democrático), no caso em apreço, a aplicação da lei antiga, repristinada, também deverá ser bloqueada, devendo Adelino beneficiar do regime contra-ordenacional, mais favorável. Contra a solução preconizada por alguma doutrina, como Rui Pereira, de acordo com a qual deverá ser aplicado o regime do erro sobre a ilicitude (artigos 16.º, n.º 1, parte final, ou 17.º do CP), argumentar-se-á que se trata de uma “ferramenta” adequada para resolver outro tipo de problemas, que não o problema em apreço, e que pode até nem haver erro por parte do agente, mas manter-se a necessidade da tutela das expectativas do agente.

5 – Sendo o país estrangeiro um Estado-Membro (EM) da União Europeia (UE), é de analisar o regime constante da Lei n.º 65/2003 (LMDE), observando o princípio do reconhecimento mútuo (artigo 1.º da LMDE). Uma vez que no enunciado não é explicitado o efeito para que é emitido o mandado de detenção europeu (MDE), ter-se-á de considerar duas hipóteses: se o MDE visar o procedimento criminal contra Adelino, não estará preenchido o âmbito de aplicação do MDE, uma vez que o crime de maus-tratos contra animais de companhia é punível no EM de emissão com uma pena cuja duração máxima é de 6 meses, portanto inferior aos 12 meses exigidos de acordo com o artigo 2.º, n.º 1, 1.ª parte, da LMDE; por outro lado, não é referida a duração da pena a cumprir por Adelino, na eventualidade de o MDE ter sido emitido para efeitos de cumprimento de sanção, pelo que não é possível aferir a verificação do requisito da duração mínima de 4 meses plasmado no artigo 2.º, n.º 1, 2.ª parte, da LMDE.

*Cotação extra:*

Admitindo que o MDE teria sido emitido com a finalidade de cumprimento de pena com duração superior a 4 meses, constata-se que, não estando a infração consagrada no artigo 2.º, n.º 2, da LMDE, não estaria dispensada a dupla incriminação, a qual, neste caso, se verificava, já que os maus-tratos a animais de companhia constituem infração nos termos da lei penal portuguesa (artigo 2.º, n.º 3, da LMDE).

Os dados do enunciado não permitem identificar qualquer motivo de recusa obrigatória de execução do MDE previstos nos artigos 11.º e 13.º, n.º 1, alínea *a*), da LMDE. Seria, contudo, aplicável o motivo de não execução facultativa consagrado no artigo 12.º, n.º 1, alínea *g*), da LMDE, dada a nacionalidade portuguesa de Adelino, devendo ponderar-se a recusa atendendo, designadamente, à circunstância de os maus-tratos ao cão com vista à realização de números de circo terem ocorrido no país estrangeiro, sendo ali sentidas de forma mais intensa as necessidades de prevenção geral. Não é, contudo, de ignorar a maior probabilidade de ressocializar Adelino em Portugal, EM onde reside habitualmente, não

sendo indicada qualquer conexão outra com o EM de emissão que não a participação temporária no circo, parecendo, assim, ser o seu país natal aquele em que melhor se poderá alcançar a prevenção especial positiva. Deveria, nestes termos, ser recusada a execução do MDE.

6 – A questão em análise convoca um problema de conceito material de crime. Ora, na análise da constitucionalidade de uma norma incriminatória, é necessário atender a que só haverá legitimidade para preservar bens jurídicos comparáveis aos que se sacrifica, no limite, à liberdade humana, considerando que o Direito Penal consagra penas privativas da mesma. Sendo a intervenção do Direito Penal, em Estado de Direito Democrático alicerçado na dignidade da pessoa humana (artigo 1.º da CRP) fragmentário, de última *ratio*, o artigo 18.º, n.º 2 da CRP impõe, no mesmo sentido, que esta interferência se limite à tutela de direitos e interesses constitucionalmente protegidos, *i.e.*, de bens jurídicos essenciais à subsistência da sociedade e ao livre desenvolvimento da personalidade ética de cada um.

Uma eventual inconstitucionalidade dos artigos 387.º a 389.º do CP pode encontrar o principal fundamento na suposta inexistência de um bem jurídico preciso, concreto, dotado de referente constitucional exposto e materialidade, que legitime a intervenção penal considerando o princípio da ofensividade.

Não existe um bem jurídico protegido pelos crimes em apreço que seja evidente. Com efeito, a inconstitucionalidade da incriminação partiria de uma ideia de ausência de relevância constitucional da vida, saúde e integridade física dos animais que apenas recentemente perderam o estatuto de “coisa” no ordenamento jurídico português.

Por outro lado, é possível defender-se a insuficiência de uma função ecológica dos animais de companhia e da sua “subsunção” num bem ambiental, que legitime a sua tutela penal. A própria recondução da legitimidade constitucional dos crimes contra os animais ao artigo 66.º da CRP (“Direito ao Ambiente”) convoca dúvidas no sentido da [não] inclusão dos animais nas condições descritas como “*todos têm o direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender*” e “*garantia de conservação da natureza*”, não sendo evidente que a referida tutela abranja os animais.

Poderá apontar-se ainda a problemática de, associada à tutela dos animais nos termos referidos, poder estar uma componente intensamente moral e cívica, cabendo sublinhar que o Direito Penal não é funcionalmente instrumento de reprovação moral, segundo representações sociais dominantes.

Ademais, sempre se poderá argumentar que a defesa de uma incriminação nos referidos termos é uma incriminação sem sujeito de direito, pois os animais não o seriam, não sendo possível traduzir a incriminação como expressão da tutela necessária de um interesse.

Neste sentido, veja-se a mais recente pronúncia do Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 867/2021, Processo n.º 867/19 (3.ª Secção - Relator: Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro) que declarou inconstitucional a incriminação do artigo 387.º do CP na medida da inexistência de um princípio constitucional exposto relativo à vida ou à incolumidade física dos “animais de companhia”, não consagrando um direito constitucional dos animais (de companhia) ou uma “incumbência do Estado” quanto a esta matéria” devendo a lei penal “limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”, nisso consistindo o aspeto de necessidade do princípio da proporcionalidade, além de não

poder diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais em causa (artigo 18.º, n.º 2, da CRP).

A legitimidade de uma incriminação dos maus tratos a animais tem vindo a ser defendida, alternativamente, com base na existência de um bem jurídico coletivo e complexo, i.e., através da afirmação do interesse de todos e cada uma das pessoas na preservação da integridade física, do bem estar e da vida dos animais, tendo em conta uma inequívoca e certa relação atual (passada e/ou potencial) entre os agentes do crime e os animais (em igual sentido, o Conselho Superior da Magistratura), o que só por si convoca ainda controvérsia: a questão de saber se bens jurídicos complexos e coletivos que não se bastam com a identificação dos interesses substanciais concretos associados às condições existenciais individuais e coletivas implica a ultrapassagem das teorias tradicionais (e mais rígidas) do bem jurídico e penalmente relevante, o que não é unânime. A defesa de uma teoria do bem jurídico concretamente definido implica que se rejeite a referida construção.

Sucedede que a defesa da inconstitucionalidade das normas em apreço, assente, em grande medida, na (in)existência de um bem jurídico, encontra particulares opositores. Desde logo, em consideração da aceção personalista defendida por Claus Roxin que, sem prescindir da teoria do bem jurídico, admite a sua extensão no que concerne à preservação da biodiversidade, *in casu*, bem como das gerações futuras, admitindo que a exigência de um bem jurídico concretamente definido não seja limite à intervenção penal quando excecionalmente a sua violação represente uma lesão de dimensão significativa, e em função da tutela que é exigida ao Estado em consideração da relação pessoa-mundo.

Por seu turno, a Professora Maria Fernanda Palma considera que não é condição de validação de uma incriminação a identificação de um bem jurídico concreto, o qual, a par de outras considerações, poderá configurar apenas um argumento cumulativo no sentido de justificar a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de uma norma incriminadora. A seguir este entendimento é possível defender a constitucionalidade das normas de maus tratos a animais domésticos, ultrapassando a compreensão do bem jurídico como uma necessidade estrita de vislumbrar, em cada incriminação, um interesse substancial concreto (associado às condições existenciais individuais e coletivas) percecionando-o como 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. Desconsiderando as visões mais rígidas sobre o bem jurídico constitucional e penalmente relevante, como necessidade ou interesse subjetivo, histórica e culturalmente enraizado, jogam outros valores, como a responsabilidade pela natureza ou pelas gerações futuras, apelando à função social do Direito Penal. Neste sentido, a incriminação dos maus-tratos contra os animais justifica-se por expressar um valor ético-social característico da humanidade, em detrimento da existência de um bem jurídico, mas com apelo à coerência ética do sistema e pela reflexão crítica em tornos dos restantes critérios de materialidade: carência penal (necessidade da intervenção), adequação e proporcionalidade

Com efeito, sucede que a questão poderia ainda ser colocada ao nível da violação do princípio da necessidade e carência penal pela identificação de medidas alternativas de proteção daquele bem jurídico, como de política social, mais ou igualmente adequados e eficientes, não violadoras, de forma desproporcional do direito à liberdade (artigo 18.º, n.º 2 e 27.º da CRP). Contrariamente, a incriminação dos maus-tratos a animais poder-se-á revelar desproporcional por comportar uma intromissão inadmissível e injustificada nas esferas de

liberdade e privacidade das pessoas com mais danos do que vantagens, em especial se atendermos à eficácia da proteção do suposto bem jurídico e prevenção de reincidência.

Não sendo, contudo, esta a posição da Professora Maria Fernanda Palma, nem assim do Conselho Superior de Magistratura.