

Il Tribunale costituzionale portoghese sull'incriminazione del maltrattamento degli animali da compagnia

(Tribunal Constitucional, Plenário, acórdão 23 gennaio 2024, n. 70)

Il Tribunale costituzionale non dichiara incostituzionale la disciplina incriminatrice del maltrattamento degli animali da compagnia. Secondo il Tribunale, la protezione del benessere degli animali rientra nella Costituzione materiale e nell'insieme dei valori costituzionali, esistendo un bene giuridico costituzionalmente rilevante che consente l'adozione di una disciplina penale come quella di cui si tratta. Il Tribunale ha anche ritenuto che la legge non violi il principio di legalità penale, con particolare riguardo all'individuazione della condotta punibile e del suo oggetto.

Fonte: www.tribunalconstitucional.pt. Il testo riportato non ha carattere ufficiale.

Testo sentenza in lingua originale:

ACÓRDÃO Nº 70/2024

Processo n.º 50/2023

(Processo n.º 192/2023 incorporado)

Plenário

Relator: Conselheiro José António Teles Pereira

Acordam, em Plenário, no Tribunal Constitucional

I – A Causa

1. O representante do **Ministério Público** junto do Tribunal Constitucional requereu, nos termos do artigo 82.º da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (Lei n.º 28/82, de 15 de novembro, na redação que lhe foi conferida pela Lei Orgânica n.º 11/2015 de 28 de agosto, doravante referida pela sigla LTC), a organização de um processo, a tramitar nos termos do processo de fiscalização abstrata e sucessiva da constitucionalidade, com vista à apreciação,

pelo Plenário, da constitucionalidade da norma incriminatória contida no artigo 387.º do Código Penal (doravante CP), na redação introduzida pela Lei n.º 69/2014, de 29 de agosto.

Indica o Ministério Público que tais normas foram julgadas inconstitucionais pelo Acórdão n.º 867/2021 (3.ª Secção) e pelas Decisões Sumárias n.os 344/2022 e 772/2022 (ambas da 3.ª Secção), tendo todas as referidas decisões transitado em julgado.

1.1. Notificado nos termos e para os efeitos previstos nos artigos 54.º e 55.º, n.º 3, da LTC, o Presidente da Assembleia da República ofereceu o merecimento dos autos, remetendo uma nota técnica relativa aos trabalhos preparatórios que estiveram na origem do aditamento ao Código Penal, pela Lei n.º 69/2014, do crime de maus tratos a animais de companhia.

1.2. Posteriormente, o Ministério Público requereu, nos termos do artigo 82.º da LTC, a organização de um (outro) processo de fiscalização abstrata e sucessiva da constitucionalidade, com vista à apreciação, pelo Plenário, da constitucionalidade da norma incriminatória contida no artigo 387.º, n.º 3, do CP, na redação introduzida pela Lei n.º 39/2020, de 18 de agosto, dando origem aos autos de fiscalização abstrata n.º 192/2023, que, na sequência de despacho do Senhor Juiz Conselheiro Presidente do Tribunal Constitucional de 23/02/2023, foram incorporados no presente processo.

Indicou, neste caso, o Ministério Público que tais normas foram julgadas inconstitucionais pelo Acórdão n.º 781/2022 (3.ª Secção) e pelas Decisões Sumárias n.os 786/2022 e 14/2023, tendo todas as referidas decisões, todas elas proferidas na 3.ª Secção do Tribunal, transitado em julgado.

1.3. Notificado nos termos e para os efeitos previstos nos artigos 54.º e 55.º, n.º 3, da LTC, relativamente ao pedido referido no item anterior, o Presidente da Assembleia da República ofereceu o merecimento dos autos e remeteu nota técnica sobre os trabalhos preparatórios.

1.4. O Requerente tem, em qualquer dos casos, legitimidade para deduzir os pedidos respetivos.

1.4.1. Assim, discutido o memorando a que se refere o artigo 63.º, n.º 1, da LTC, fixada a orientação do Tribunal e atribuído o relato da decisão (nos termos do artigo 63.º, n.º 2, in fine), cumpre elaborar o acórdão em conformidade com a orientação fixada em Plenário, tendo em conta que a conclusão de não inconstitucionalidade expressa nos itens 2.4.4. e 2.6., infra, quanto a um dos dois fundamentos da decisão (existência de bem jurídico), tem o apoio da maioria dos integrantes do colégio (9 votos) e a conclusão de não inconstitucionalidade expressa nos itens 2.5.3. e 2.6., infra, quanto ao outro fundamento da decisão (determinabilidade) prevalece esse juízo (6 votos) através do voto de qualidade do Senhor Conselheiro Presidente do Tribunal, nos termos do artigo 42.º, n.º 3, da LTC. Existe, pois, em qualquer dos casos, maioria dos 12 Juizes integrantes da presente formação quanto à decisão e quanto à fundamentação.

II – Fundamentação

2. Trata-se, nos presentes autos, de apreciar dois pedidos de generalização de juízos de inconstitucionalidade que o Tribunal afirmou em mais de três casos concretos relativamente: i) à norma incriminatória contida no artigo 387.º do CP, na redação introduzida pela Lei n.º 69/2014, de 29 de agosto; e ii) à norma incriminatória contida no artigo 387.º, n.º 3, do CP, na redação

introduzida pela Lei n.º 39/2020, de 18 de agosto, dando origem aos autos de fiscalização abstrata n.º 192/2023 incorporados neste processo.

2.1. Os artigos 387.º e 389.º do CP (este último aqui convocado na medida e que dá corpo ao conceito de animal de companhia, que é pressuposto no artigo 387.º) foram introduzidos pela Lei n.º 69/2014, de 29 de agosto, tendo a seguinte redação inicial:

Artigo 387.º

Maus tratos a animais de companhia

1 – *Quem, sem motivo legítimo, infligir dor, sofrimento ou quaisquer outros maus tratos físicos a um animal de companhia é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias.*

2 – *Se dos factos previstos no número anterior resultar a morte do animal, a privação de importante órgão ou membro ou a afetação grave e permanente da sua capacidade de locomoção, o agente é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias.*

Artigo 389.º

Conceito de animal de companhia

1 – *Para efeitos do disposto neste título, entende-se por animal de companhia qualquer animal detido ou destinado a ser detido por seres humanos, designadamente no seu lar, para seu entretenimento e companhia.*

2 – *O disposto no número anterior não se aplica a factos relacionados com a utilização de animais para fins de exploração agrícola, pecuária ou agroindustrial, assim como não se aplica a factos relacionados com a utilização de animais para fins de espetáculo comercial ou outros fins legalmente previstos.*

Posteriormente, a Lei n.º 39/2020, de 18 de agosto, que entrou em vigor no dia 01/10/2020, modificou ambos os artigos. No artigo 387.º, tipificou-se, também, a morte de animal (para além do crime preterintencional que já se encontrava previsto), transitando a previsão de maus tratos para o n.º 3 e passando a prever-se limites mínimos das molduras penais, originando a seguinte redação:

Artigo 387.º

Maus tratos a animais de companhia

1 – *Quem, sem motivo legítimo, matar animal de companhia é punido com pena de prisão de 6 meses a 2 anos ou com pena de multa de 60 a 240 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.*

2 – *Se a morte for produzida em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade, o limite máximo da pena referida no número anterior é agravado em um terço.*

3 – *Quem, sem motivo legítimo, infligir dor, sofrimento ou quaisquer outros maus tratos físicos a um animal de companhia é punido com pena de prisão de 6 meses a 1 ano ou com pena de multa de 60 a 120 dias.*

4 – Se dos factos previstos no número anterior resultar a morte do animal, a privação de importante órgão ou membro ou a afetação grave e permanente da sua capacidade de locomoção, ou se o crime for praticado em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade, o agente é punido com pena de prisão de 6 meses a 2 anos ou com pena de multa de 60 a 240 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

5 – É suscetível de revelar a especial censurabilidade ou perversidade a que se referem os n.ºs 2 e 4, entre outras, a circunstância de:

- a) O crime ser de especial crueldade, designadamente por empregar tortura ou ato de crueldade que aumente o sofrimento do animal;
- b) Utilizar armas, instrumentos, objetos ou quaisquer meios e métodos insidiosos ou particularmente perigosos;
- c) Ser determinado pela avidez, pelo prazer de matar ou de causar sofrimento, para excitação ou por qualquer motivo torpe ou fútil.

Nessa mesma ocasião, no artigo 389.º, aditou-se o n.º 3, prevendo o seguinte: “[são] igualmente considerados animais de companhia, para efeitos do disposto no presente título, aqueles sujeitos a registo no Sistema de Informação de Animais de Companhia (SIAC) mesmo que se encontrem em estado de abandono ou errância”.

Não obstante a estreita conexão entre as normas a que se referem os dois pedidos, que adiante será mais desenvolvidamente explicitada, importa analisá-las separadamente.

[A]

Artigo 387.º do Código Penal

(na redação introduzida pela Lei n.º 69/2014, de 29 de agosto)

2.2. Como justamente vem assinalado no pedido do requerente, o Tribunal Constitucional já se pronunciou no sentido de julgar inconstitucional a norma que tipifica o crime de maus tratos a animal de companhia, na redação aqui em causa. Isso sucedeu, com efeito, em novembro de 2021 através do Acórdão n.º 867/2021. Decidiu a 3.ª Secção deste Tribunal, em tal aresto, julgar inconstitucional “[...] a norma incriminatória contida no artigo 387.º do CP, na redação introduzida pela Lei n.º 69/2014, de 29 de agosto, por violação, conjugadamente, dos artigos 27.º e 18.º, n.º 2, da Constituição”. Fê-lo com os fundamentos seguintes:

“[...]”

[A propósito do aditamento do n.º 3 do artigo 389.º do CP pela Lei n.º 39/2020, de 18 de agosto:]

O preceito, que não se encontrava em vigor ao tempo da prática dos factos em causa nos presentes autos e que, portanto, não releva diretamente para os efeitos do presente exercício de fiscalização concreta da constitucionalidade [ao contrário dos presentes autos, em que o mesmo já se encontrava em vigor à data da prática dos factos], não deixa, todavia, de apresentar alguma

relevância indireta, na medida em que contribua para identificar o propósito legislativo subjacente à criminalização de determinadas condutas dirigidas contra animais.

O SIAC [acrónimo de Sistema de Informação de Animais de Companhia] foi estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 82/2019 de 27 de junho, que no seu preâmbulo assume a regulação da detenção dos animais de companhia como uma «medida destinada a contrariar o abandono e as suas consequências para a saúde e segurança das pessoas e bem-estar dos animais» e que estabelece, entre outras, a obrigação de «identificação e registo dos animais de companhia», a qual, nos termos do artigo 4.º, n.º 1, desse diploma, é obrigatória para cães, gatos e furões, «nos termos da parte A do anexo I do Regulamento (UE) n.º 576/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de junho de 2013, e a parte A do anexo I do Regulamento (UE) n.º 2016/429, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de março de 2016».

Nos termos do n.º 2 do mesmo preceito, pode ser determinada, por despacho do Diretor-Geral de Alimentação e Veterinária, a obrigatoriedade de identificação de «qualquer das espécies referidas na parte B do anexo I dos Regulamentos mencionados no número anterior ou de outras espécies de animais detidos para fins de companhia». No entanto, a determinação, por parte do Diretor-Geral de Alimentação e Veterinária, da obrigatoriedade de identificação de qualquer das espécies referidas nestes Regulamentos deverá ter «fundamento na necessidade de implementar medidas de natureza sanitária para combate a surtos de doenças epizooticas ou zoonoses».

B – Do mérito do recurso

7. A problemática da constitucionalidade da criminalização de condutas foi apreciada recentemente pelo Plenário do Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 72/2021, que, apesar de se ter pronunciado no sentido da não inconstitucionalidade da norma ali em causa, não infirmou a premissa fundamental de que, em face do disposto no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição, a criminalização de condutas pressupõe a proteção de bens jurídicos com dignidade constitucional.

Nesse Acórdão, o Tribunal concluiu pela existência de um «risco» de lesão de um bem jurídico-constitucional «suficientemente forte» para conter a norma incriminatória «dentro dos limites da proporcionalidade», considerando assim que a alteração legislativa que deu a essa norma a sua feição atual não conduziu a uma «perda de conexão com um bem jurídico suficientemente definido». Não se afastou, pois, da noção de que a constitucionalidade de uma norma incriminatória depende da existência de uma tal «conexão», noção essa que foi igualmente acolhida na decisão que nos presentes autos constitui a decisão recorrida, onde claramente se afirma que «o art.º 18.º n.º 2 da CRP consagra os princípios da necessidade e da proporcionalidade do direito penal, positivando a regra de que o direito penal – direito fragmentário e de ultima ratio – deve ter uma função de proteção de bens jurídicos».

É, portanto, dessa premissa que deve novamente partir-se para a apreciação da norma em causa nos presentes autos, o que pode fazer-se acompanhando, nessa parte, a exposição feita no Acórdão n.º 134/2020:

«6. Num Estado de direito democrático, o legislador ordinário dispõe inerentemente de uma grande liberdade para a definição das normas jurídicas que disciplinam a vida social. Em razão da legitimidade que para esse efeito lhe é atribuída pela comunidade, é inequivocamente a si que compete

definir, entre tantas outras matérias, as condutas cuja prática atrai uma sanção penal e o exato recorte dessas condutas. No entanto, esta intervenção criminalizante está sujeita a certas limitações constitucionais, encontrando no princípio do direito penal do bem jurídico (à semelhança do que, embora com variações, se verifica em vários outros ordenamentos jurídicos) um primeiro e fundamental constrangimento. Manifestação específica do imperativo de proporcionalidade a que transversalmente se subordina a restrição de direitos fundamentais, este princípio perfila-se como uma barreira ao excesso – seja ele arbitrário ou apenas inadvertido – na restrição do direito à liberdade pela via penal, proibindo toda a criminalização que não possa ser justificada em nome de outros direitos ou interesses constitucionalmente consagrados.

Ainda que, considerada a representatividade de que a atuação do legislador ordinário se reveste – em especial quando ela se exprima, como aqui necessariamente acontece, através de lei formal (lex stricta) –, a criminalização de uma conduta possa sempre supor-se exprimir o que em determinado momento constitua um sentimento de censura ético-jurídica dominante na sua comunidade, é indispensável que essa conduta se mostre ofensiva – e suficientemente ofensiva – para um bem jurídico com dignidade constitucional. De facto, se à criminalização de uma conduta é inerente a restrição de um direito consagrado na Constituição (o direito à liberdade, consagrado no seu artigo 27.º) e se, conseqüentemente, a lei só pode restringir esse direito na medida necessária para salvaguardar outros direitos ou interesses consagrados na Constituição (nos termos do seu artigo 18.º, n.º 2), a conclusão que se impõe é a de que a lei só pode criminalizar uma conduta na medida necessária para salvaguardar outros direitos ou interesses consagrados na Constituição.

Por outro lado, constituindo a restrição do direito à liberdade a consequência jurídica mais drástica de entre as que o ordenamento jurídico português admite, justifica-se que os limites da atuação legislativa que se traduza em sancionar uma dada conduta com essa consequência sejam entendidos como manifestações especialmente intensas do princípio da proporcionalidade. Não porque envolvam qualquer variação estrutural desse princípio: trata-se, ainda aqui, essencialmente de procurar as linhas a partir das quais o parâmetro constitucional se opõe e impõe à vontade da maioria democraticamente organizada. Antes porque permitem que logo à partida se assumam que os juízos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito em que o mesmo se desdobra só serão positivos quando a favor dessa restrição militem nítidas exigências de proteção de outros direitos fundamentais, podendo neste sentido considerar-se que a margem de liberdade do legislador ordinário na criminalização de condutas é menos ampla do que o é na generalidade da sua atuação.

Daí que se justifique uma designação própria – “princípio do direito penal do bem jurídico” (vd. sobretudo Jorge de Figueiredo Dias, “O «direito penal do bem jurídico» como princípio jurídico-constitucional – Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações”, XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa, Coimbra Editora, 2009, p. 31 ss.) –, designação essa cujo alcance, portanto, não será apenas o de operar uma especificação temática do princípio da proporcionalidade para as matérias penais (e, mais particularmente, para a criminalização de condutas), mas o de denotar desde logo que essa especificação se funda no reconhecimento de uma suficiente autonomia taxonómica ao princípio do direito penal do bem jurídico, que o individualiza dentro do reino da proporcionalidade a que pertence. É essa autonomia que explica a utilização de conceitos também próprios no contexto do juízo de proporcionalidade que

este princípio requer: fala-se aí de “dignidade de tutela penal” para significar a exigência de que exista um bem jurídico-constitucional que a norma incriminatória seja adequada a tutelar; de “carência de tutela penal”, ou de “subsidiariedade da intervenção penal”, para exprimir a exigência de que essa norma seja necessária para realizar essa tutela. Continua em qualquer caso geralmente a falar-se aí de “proporcionalidade em sentido estrito” para significar o exercício de ponderação dos direitos ou conjuntos de direitos que, vencidos os dois testes anteriores, se vejam em conflito. Mas também aqui, ou talvez até sobretudo aqui, avultam as especificidades desta matéria, porque, conforme referido, um daqueles conjuntos integra necessariamente o direito à liberdade.

Por fim, importa notar que, se a prática de certas condutas, de que é exemplo paradigmático a conduta de homicídio, não corresponde ao exercício de qualquer direito fundamental – caso em que a restrição do direito à liberdade, além de inerente à criminalização, tende a constituir o seu único efeito –, muitos (ou mesmo uma grande parte dos) tipos legais de crime previstos no nosso ordenamento jurídico-penal coenvolvem, pelo menos prima facie, uma restrição de outros direitos fundamentais. É disso exemplo o crime de difamação previsto no artigo 180.º do CP, de que decorrem limites ao exercício das liberdades de expressão e de imprensa. Nestes casos, um juízo positivo de proporcionalidade tenderá a ser mais difícil do que em geral, na medida em que aí estejam de facto em causa, ao lado do direito à liberdade e no mesmo prato da balança que ele, outros direitos fundamentais ainda. No outro prato de balança terá de estar, não apenas um direito ou interesse constitucionalmente protegido, mas, nas palavras do Acórdão n.º 99/2002, «um direito ou bem constitucional de primeira importância».

O princípio do direito penal do bem jurídico constitui – pode dizer-se com segurança – um elemento sólido da jurisprudência deste Tribunal Constitucional (cf., por exemplo, e embora nem todos prolatados no sentido da inconstitucionalidade, os Acórdãos n.os 25/84, 85/88, 426/91, 527/95, 288/98, 604/99, 312/2000, 516/2000, 99/2002, 337/2002, 617/2006, 75/2010, 377/2015) [...].»

8. No presente contexto, importa firmar um ponto que, no contexto de outros arestos em que se apreciou a conformidade de normas incriminatórias com o princípio do direito penal do bem jurídico, não carecia de explicitação. O sentido estavelmente atribuído a este princípio pelo Tribunal Constitucional é dificilmente conciliável com uma visão segundo a qual (cf. Jorge Reis Novais, *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.ª ed., Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010, pp. 569 ss., passim) as restrições de direitos, liberdades e garantias, dentro de determinados pressupostos, podem ter lugar com vista a proteger direitos ou interesses sem assento constitucional. Não está em causa o mérito intrínseco dessa visão – embora se lhe possa colocar a objeção de que prescindir da reserva constitucional poderia conduzir a uma relativização «potencialmente dissolvente da força normativa da Constituição e do regime “reforçado” dos direitos, liberdades e garantias» (J.J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada – Vol. I*, 4.ª ed. rev., Coimbra Editora, 2007, p. 392) –, nem a sua viabilidade de lege ferenda. Simplesmente, essa visão parece esbarrar inevitavelmente na letra do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição e no seu declarado desígnio de subjugar à Constituição a atuação legislativa que se traduza numa restrição de direitos fundamentais aí consagrados.

Por outro lado, se aquela objeção e estes elementos interpretativos se aplicam de maneira transversal a restrições a qualquer direito fundamental, eles assumirão força acrescida quando em causa esteja uma

restrição do direito à liberdade consagrado no artigo 27.º da Constituição, por ser a consequência jurídica mais drástica admitida pelo ordenamento jurídico português. É este o ponto que particulariza o princípio do bem jurídico dentro do princípio da proporcionalidade. O facto de ser essa a consequência jurídica de uma norma incriminatória permite assumir como premissa que a constitucionalidade dessa norma depende da existência de nítidas necessidades de proteção de outros direitos ou interesses constitucionalmente consagrados, o que autoriza a ideia de que a margem de liberdade do legislador ordinário na criminalização de condutas é menos ampla do que o é na generalidade da sua atuação.

A existência de consenso em torno do princípio do direito penal do bem jurídico e do seu papel central na avaliação da legitimidade da intervenção criminalizante do legislador não impede que haja discordância quanto à questão de saber se uma dada conduta se mostra ou não ofensiva (e suficientemente ofensiva) para algum bem jurídico com dignidade constitucional. Era o que se verificava quanto à conduta de lenocínio simples, criminalizada no artigo 169.º, n.º 1, do CP, apreciada de modo discordante nos Acórdãos n.º 134/2020 e n.º 72/2021, e é o que se verifica também quanto à conduta de maus tratos a animais de companhia, cuja fiscalização é, nos presentes autos, pela primeira vez solicitada ao Tribunal Constitucional.

9. Avançando para a questão de saber se existe um bem jurídico capaz de suportar o tipo legal de crime de maus tratos a animais de companhia previsto no artigo 387.º do CP, o primeiro ponto que se impõe firmar é o de que uma resposta afirmativa não pressupõe o reconhecimento desses animais como titulares de direitos em sentido subjetivo. O artigo 18.º, n.º 2, da Constituição permite que a lei restrinja direitos, liberdades e garantias de natureza constitucional com vista à salvaguarda, não apenas de outros direitos dessa natureza, mas também de «interesses constitucionalmente protegidos».

Na verdade, são inúmeros, mesmo no âmbito do direito penal clássico ou de justiça, os tipos legais de crime cuja sustentação constitucional não se louva em direitos subjetivos, mas antes em interesses objetivos. Bastará pensar em vários crimes contra a vida em sociedade previstos no Título IV do CP, como o crime de ultraje por motivo de crença religiosa, previsto no artigo 251.º do CP, que não constitui uma «garantia da liberdade religiosa qua tale, mas da proteção da paz pública que pode ser perturbada por ofensas de carácter religioso» e, portanto, de um «bem jurídico supraindividual» (J. M. Damião da Cunha, 'Artigo 251.º', in Jorge de Figueiredo Dias (dir.), Comentário Conimbricense do Código Penal – Tomo II, Coimbra Editora, 1999 [CCCCP-II], p. 638), assim como os crimes de falsificação de moeda, título de crédito e valor selado, previstos nos artigos 262.º ss. do Código Penal, em relação aos quais é entendimento dominante, embora com algumas variações, cuidarem de interesses como a «confiança ou fé pública na moeda» e a «segurança e a funcionalidade (...) do tráfego monetário» (A. M. Almeida Costa, 'Nótula antes do Artigo 262.º', CCCC-II, p. 748), dificilmente suscetíveis de serem reconduzidos a qualquer direito em sentido subjetivo. Considerações semelhantes aplicar-se-ão também a vários dos crimes contra o Estado previstos no Título V (artigos 308.º) do CP.

Para que certas condutas ofensivas para animais sejam legitimamente proibidas pela via penal não se mostra sequer imprescindível que se lhes reconheça «estatuto moral», isto é, um valor intrínseco que seja «independente de quaisquer relações que mantenham com outros seres», particularmente com

seres humanos, e que faça impender sobre estes um conjunto de deveres e obrigações em relação àqueles (cf. Pedro Galvão, “Introdução”, in Id. (org. e trad.), *Os Animais têm Direitos? Perspetivas e Argumentos*, Lisboa: Dinalivro, 2011, p. 9). A proibição poderá louvar-se em interesses apenas indiretamente relacionados com os animais e de que eles beneficiem de modo somente colateral. Isso é, aliás, muito evidente na nossa legislação penal, que por exemplo criminaliza as condutas que se traduzam em destruir, danificar, desfigurar ou tornar não utilizável animal alheio, punindo-as com pena de prisão até três anos ou com pena de multa (cf. o artigo 212.º do CP). Como é evidente, tais proibições encontram o seu fundamento no direito de propriedade titulado por seres humanos, que não na proteção dos animais enquanto tais. Em casos destes, o animal constitui objeto do crime, mas não seu sujeito passivo (sobre a distinção, em geral, Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I*, 3.ª ed., 2019, Gestlegal, p. 359), o que nos conduz a uma ideia importante: aquilo que de um prisma puramente objetivo ou fáctico pode aparentar constituir uma mesma conduta, como matar um animal, poderá assumir um significado jurídico muito distinto em função da existência de outros elementos, normativos ou de outra índole, que concorram para a delineação do recorte típico da proibição, como precisamente o de esse animal constituir propriedade alheia.

Exemplos idênticos – no sentido de que criminalizam condutas que têm como objeto os animais mas que não visam diretamente protegê-los – são oferecidos pelo crime de danos contra a natureza, previsto no artigo 278.º do CP; pelo crime de perigo relativo a animais, previsto no artigo 281.º do mesmo diploma; pelo crime contra a preservação da fauna e das espécies cinegéticas, previsto de modo conjugado nos artigos 30.º e 6.º da Lei de Bases Gerais da Caça (Lei n.º 173/99, de 21 de setembro); também pelo crime de lutas entre animais, previsto no artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 315/2009, de 29 de outubro, embora neste último não seja tão evidente o caráter secundário ou subordinado da proteção dos animais relativamente à de direitos e interesses titulados por seres humanos – cf. Pedro Soares de Albergaria/Pedro Mendes Lima, ‘Sete Vidas: A Difícil Determinação do Bem Jurídico Protegido nos Crimes de Maus-Tratos e Abandono de Animais’, *Julgar* n.º 28 (2016), p. 128 s.

10. Por outro lado, pode reconhecer-se estatuto moral aos animais e, todavia, considerar-se ilegítima, perante uma dada Constituição, a proibição penal de certas condutas que os tenham como objeto, se o propósito da proibição, conforme expresso na letra da norma e lido à luz de outros elementos interpretativos relevantes, não puder ser associado a um direito ou interesse ali consagrado. Neste caso, a reflexão a empreender passará a ser de natureza constituinte, i.e., dirigida a apurar se a comunidade democraticamente organizada (uma sua maioria qualificada) reconhece de facto aos animais aquele estatuto moral e pretende que lhe seja dada expressão na sua Constituição. Para os presentes efeitos, essa reflexão deve ser afastada sem hesitações, uma vez que a competência deste Tribunal se cinge à apreciação da conformidade de normas de direito infraconstitucional com um parâmetro dado, que é a Constituição da República Portuguesa de 1976, com as alterações a que foi sujeita em sede de revisão constitucional.

Isso significa, desde logo, que a evolução verificada no direito ordinário (cf., v.g., Jorge Bacelar Gouveia, ‘A prática de tiro aos pombos, a nova lei de proteção dos animais e a Constituição Portuguesa’, *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente* n.º 13 (2000), p. 231 ss.; André Dias Pereira, ‘«Tiro aos Pombos» – A Jurisprudência Criadora de Direito’, in Jorge de Figueiredo Dias / J. J. Gomes Canotilho / José de Faria Costa (org.), *Ars Iudicandi: Estudos em Homenagem ao Prof.*

Doutor António Castanheira Neves – Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 543 ss.; Maria Luísa Duarte / Carla Amado Gomes (eds.), *Direito (do) Animal*, Almedina, 2016; Filipe Albuquerque de Matos/Mafalda Miranda Barbosa, *O Novo Estatuto Jurídico dos Animais*, Gestlegal, 2017) no sentido de reconhecer aos animais um estatuto superior (ou, pelo menos mas por certo, distinto) do de meras coisas – numa palavra, no sentido da sua desreificação –, ainda que traduza uma evolução da sensibilidade dominante em relação aos animais, é insuficiente para legitimar a criminalização de condutas que os tenham como sujeitos passivos.

Ainda que ampla, contínua e expectavelmente irreversível, essa evolução não substitui o processo constituinte. É esse processo, com a sua capacidade fundante somente explicável pela singular legitimidade democrática de que se reveste, que garante a todos os cidadãos que os seus direitos, liberdades e garantias não possam ser restringidos senão em nome de um direito ou interesse a que aquela dignidade tenha, ainda que só implicitamente, sido concedida ou outorgada através de um processo idêntico. Ou seja, a dignidade constitucional não pode ser alcançada por via indutiva, a partir do conteúdo de normas infraconstitucionais, ainda que sejam, elas próprias, já democraticamente representativas. Essa dignidade tem antes, por força, pelo menos no nosso sistema jurídico, de ser deduzida do poder constituinte. Não apenas, mas também (e, para o que aqui mais importa, sobretudo) porque a proteção que aquela outorga faz emergir vem acompanhada (aliás, é mesmo em grande medida realizada através) da possibilidade de restrição de outros direitos e interesses a que aquela dignidade fora já outorgada. O que, uma vez mais, raramente será tão evidente como quando esteja em causa a criminalização de uma conduta, com o consequente efeito de privação da liberdade.

11. Note-se que o direito internacional e o direito da União Europeia (UE), conforme recebidos pela Constituição nos termos do seu artigo 8.º, não oferecem elementos suplementares relativamente aos decorrentes da própria Constituição. De facto, mesmo deixando de parte as questões de hierarquia normativa convocadas por aquele preceito constitucional, não é possível identificar ali um ponto de suporte alternativo por referência ao qual pudesse realizar-se aquele exercício.

A principal possibilidade seria o artigo 13.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), que atualmente reconhece os animais enquanto «seres sensíveis» e impõe o respeito pelo seu «bem-estar». Contudo, essa norma, conquanto constitua mais um relevante sinal de aprofundamento da tutela do bem-estar dos animais, tem um âmbito de aplicação claramente circunscrito às políticas da UE «nos domínios da agricultura, da pesca, dos transportes, do mercado interno, da investigação e desenvolvimento tecnológico e do espaço». Como afirmam Denis Simonin/Andrea Gavinelli: «like similar articles under this section of the Treaty, it does not constitute a legal base for the EU to act on animal welfare. It is an obligation to consider this aspect within the framework of a list of specific EU policies. Therefore, all pieces of EU legislation on animal welfare are based on one of these EU policies such as agriculture for farmed animals or the internal market for laboratory animals where the EU has a legal base to act. This explains why the scope of EU action on animal welfare is limited and some areas are not within EU competence (like stray animals for example)» (“The European Union legislation on animal welfare: state of play, enforcement and future activities”, in Sophie Hild / Louis Schweitzer (eds.), *Animal Welfare: from Science to Law*, Paris: Fondation Droit Animal, Éthique et Sciences, 2019, p. 60, em www.fondation-droit-animal.org) Isto mesmo fora já sustentado pelo

Tribunal de Justiça da UE em *Jippes e Outros. c. Minister van Landbouw, Natuurbeheer em Visserij* (C-189/01) (cf. sobretudo os parágrafos 71 ss.), onde o Tribunal «concluiu, de modo restritivo, que estas exigências não constituem um objetivo geral nem um princípio geral de Direito Comunitário» (Maria Luísa Duarte, “Direito da União Europeia e estatuto jurídico dos animais: uma grande ilusão?”, in Maria Luísa Duarte / Carla Amado Gomes (coord.), *Animais: Direitos e Deveres*, Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2015, p. 40).

Por fim, como observam Pedro Soares de Albergaria/Pedro Mendes Lima, op. cit., p. 145, se o artigo 13.º TFUE de facto oferecesse base jurídica para os Estados Membros criminalizarem condutas relacionadas com o bem-estar animal, seria incompreensível que entre os domínios a que esse preceito se aplica (agricultura, pesca, transportes, mercado interno, investigação e desenvolvimento tecnológico e espaço) se incluam precisamente aqueles que o nosso legislador excluiu do conceito penalmente relevante de animal de companhia. Recorde-se que o n.º 2 do artigo 389.º excluiu do regime contido nesse Título do CP os «factos relacionados com a utilização de animais para fins de exploração agrícola, pecuária ou agroindustrial», bem como os «factos relacionados com a utilização de animais para fins de espetáculo comercial ou outros fins legalmente previstos».

Serve isto, em suma, para firmar a ideia de que é na Constituição que cumpre indagar a existência de direitos ou interesses capazes de fundamentar a privação da liberdade de seres humanos pela prática de maus tratos conduta contra animais em causa nestes autos.

12. Na ausência de uma previsão mais diretamente atinente aos animais, como as que se encontram nas Constituições de Estados como a Alemanha (cf. infra, o ponto 13) ou o Brasil (cf. João Narciso, “Sobre a Legitimidade Jurídico-Constitucional dos Crimes Contra Animais: Uma Leitura do Problema de Acordo com o Direito Português e com o Direito Espanhol”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 31, n.º 2 (2021), no prelo), em Portugal, o ponto de suporte constitucional mais forte para o tipo legal de crime será o artigo 66.º da Constituição, que prevê um direito fundamental ao ambiente, cuja proteção ativa é, por outro lado, imposta ao Estado como sua tarefa fundamental pelo artigo 9.º, alínea e), do texto fundamental.

Na perspetiva de alguns autores, estes preceitos oferecem base constitucional suficiente para a criminalização de condutas que se traduzam em infligir maus tratos a animais (cf., v.g., Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª ed., Universidade Católica Editora, 2021, p. 1321 ss. e 1327; ou Jorge Bacelar Gouveia, op. cit., p. 239).

É o seguinte o conteúdo dos referidos preceitos:

«Artigo 9.º

(Tarefas fundamentais do Estado)

São tarefas fundamentais do Estado:

(...)

e) Proteger e valorizar o património cultural do povo português, defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais e assegurar um correto ordenamento do território;

(...).»

«Artigo 66.^o

(Ambiente e qualidade de vida)

1. Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender.
2. Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos:
 - a) Prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão;
 - b) Ordenar e promover o ordenamento do território, tendo em vista uma correta localização das atividades, um equilibrado desenvolvimento socioeconómico e a valorização da paisagem;
 - c) Criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico;
 - d) Promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica, com respeito pelo princípio da solidariedade entre gerações;
 - e) Promover, em colaboração com as autarquias locais, a qualidade ambiental das povoações e da vida urbana, designadamente no plano arquitetónico e da proteção das zonas históricas;
 - f) Promover a integração de objetivos ambientais nas várias políticas de âmbito sectorial;
 - g) Promover a educação ambiental e o respeito pelos valores do ambiente;
 - h) Assegurar que a política fiscal compatibilize desenvolvimento com proteção do ambiente e qualidade de vida.»

Certamente que a defesa e a conservação da natureza e do ambiente, a preservação dos recursos naturais e a salvaguarda da estabilidade ecológica, impostas naqueles preceitos, de algum modo contemplam a proteção dos animais. No entanto, a proteção aí proporcionada aos animais não pode deixar de ser compreendida como incidental. Não no exato sentido em que o é no caso de um crime como o de dano, acima referido, em que o animal constitui objeto de uma conduta criminalizada com o propósito de proteger um interesse que lhe é absolutamente estranho (a propriedade titulada por um ser humano). A proteção do animal é, portanto, nessa circunstância duplamente incidental. Em contraste, no âmbito do artigo 66.^o, os animais são protegidos por serem parte integrante da realidade que se visa proteger: o ambiente. Um mesmo animal beneficiará ou não da proteção decorrente de um crime como o de dano consoante seja ou não propriedade de alguém. Já se houver lugar a proteção por razões de ordem ambiental, o animal será protegido independentemente de qualquer outro laço de natureza jurídica que o ligue diretamente a um ser humano. No entanto, em última análise, esta espécie de proteção também visa (porventura mesmo exclusivamente) o interesse humano na preservação do ambiente.

Portanto, os dois casos têm inexoravelmente como denominador comum a circunstância de – embora de forma mais mediata num caso e mais imediata noutro – a proteção oferecida pelo ordenamento jurídico ter como beneficiários os seres humanos, a quem o ordenamento deve a sua existência e que tem neles a sua primordial razão de ser. Quer isso dizer que o artigo 66.^o da Constituição não protege os animais enquanto tais, de um modo que permita entendê-los como “indivíduos”, mas protege-os somente na medida da sua relevância para o ambiente como um todo, entendido de forma holística.

Assim como não protege uma árvore enquanto tal, por ser árvore, mas pode proteger florestas e até, porventura, árvores singulares, caso pertençam a uma espécie protegida (o que corresponde ao tipo de tutela já proporcionado pelo artigo 278.º do CP, relativo aos danos contra a natureza). E assim como não protege os seres humanos enquanto indivíduos (a sua vida, a sua integridade física e moral, a sua autonomia, etc.), apesar de também eles serem parte integrante do ambiente e de a preservação do ambiente ser condição indispensável para a sua existência enquanto indivíduos.

Mesmo a tutela proporcionada pelo vigente artigo 278.º do CP, relativo aos danos contra a natureza, foi introduzida apenas pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março. Não tinha equivalente na versão original de 1982 e constituiu, à data, como expressamente indicado pelo legislador no Preâmbulo do referido Decreto-Lei, uma proposta de «neocriminalização, resultante [inter alia] da revelação de novos bens jurídico-penais». Uma proposta que, portanto, não contemplou apenas condutas que lesam de um modo minimamente direto e imediato direitos como a vida e a integridade física (de indivíduos humanos) – caso em que aqueles constituiriam os bens jurídicos protegidos e em que a inovação legislativa teria residido simplesmente na antecipação da respetiva tutela através de técnicas de perigo, também elas de certo modo neocriminalizatórias mas que, nessa circunstância, estariam menos preocupadas com a proteção de bens jurídicos novos do que com a adequação da tutela de bens jurídicos clássicos às dificuldades trazidas pela sociedade do risco. Uma proposta que, ao invés, veio incidir sobre um conjunto de condutas objetivamente danosas para a natureza em si mesma considerada, como a destruição de exemplares de fauna e de flora, independentemente do seu impacto sobre interesses humanos diretos e imediatos. Independentemente, desde logo, de as espécies de fauna ou de flora em questão serem «em concreto nocivas ou úteis sob o ponto de vista da sobrevivência humana» (Paula Ribeiro de Faria, “Artigo 278.º”, CCCP-II, p. 933). Uma proposta que, porém, precisamente em respeito ao imperativo de proporcionalidade na restrição de direitos fundamentais (humanos) a que o legislador está adstrito, não foi ao ponto de impor uma «promoção da qualidade do ambiente», mas se limitou a zelar pela «manutenção do status quo presente» (ibid.).

Em suma, a tutela oferecida pelo artigo 278.º do CP (danos contra a natureza) pode abstrair de direitos e interesses diretos e imediatos dos seres humanos porque visa proteger o ambiente enquanto tal, decorrendo daí uma certa proteção dos animais; esta proteção é independente da relevância dos animais para os seres humanos, mas não é independente da sua relevância para o ambiente. Nesse âmbito, os animais são protegidos por serem parte integrante do ambiente, mas, conseqüentemente, são-no apenas na medida da sua relevância para o ambiente. Aliás, a proteção do ambiente, enquanto conjunto de elementos naturais em equilíbrio, não só não visa a proteção dos animais enquanto indivíduos, nem das relações estabelecidas entre eles e os seres humanos, como pode até ser invocada para justificar o sacrifício de animais quando isso se revele necessário àquele equilíbrio: é uma das críticas que alguns dos principais pensadores dos direitos dos animais apontam, ao ponto de lhes associarem termos como “ecofascismo”, às linhas de pensamento que preconizam um holismo ético segundo o qual «o todo em que a comunidade biótica consiste tem prioridade sobre as partes que o compõem» (Pedro Galvão, op. cit., p. 21).

Já o crime de maus tratos a animais previsto no artigo 387.º do CP não protege os animais em função da sua relevância para o ambiente, mas enquanto indivíduos e em função de uma dada relação com os seres humanos, por referência à qual o conceito relevante de animal («de companhia») é recortado.

Essa relação pode ser meramente abstrata, no sentido de que não é necessário o animal ser efetivamente detido por um ser humano, bastando que se destine a sê-lo, mas a suscetibilidade de ser detido por um ser humano, «para seu entretenimento e companhia» (artigo 389.º, n.º 1, do CP, sic), é indispensável para fazer emergir a proteção.

As precedentes considerações obrigam a afastar as posições doutrinárias acima referidas. Em definitivo, uma proteção dos animais como a prevista no artigo 387.º do Código Penal é de caráter individualístico, enquanto uma proteção do ambiente como a prevista no artigo 66.º da Constituição é de caráter holístico. Neste sentido se pronuncia assertivamente, embora não por referência a estes concretos elementos normativos, Luís Greco, “Proteção de Bens Jurídicos e Crueldade com Animais”, Revista Liberdades, n.º 3 (2010), p. 52 s., afirmando mesmo que de outra forma se «falseia o conteúdo da crueldade com animais». O impulso legislativo no sentido de punir essa crueldade não parte do desígnio de proteger o ambiente (embora este desígnio seja absolutamente premente), mas antes do de proteger os animais enquanto seres intrinsecamente merecedores de consideração (cf. infra, o ponto 13). O crime de maus tratos a animais de companhia, em causa nestes autos, protege efetivamente a vida e a integridade física destes animais, como se sugere na decisão recorrida, mas estes interesses não se reconduzem ao artigo 66.º da Constituição.

13. Posições como as referidas enfrentam ainda sérias dificuldades em explicar porque é que a tutela conferida pelo artigo 387.º do CP abrange apenas os animais de companhia (a sua vida, a sua integridade física), mas não já outros animais que, à luz de algumas das mais essenciais premissas de que parte o movimento de proteção dos animais – e mesmo, o que para este efeito é mais importante, à luz da tutela constitucional do ambiente como um todo, prevista no artigo 66.º da Constituição –, mereceriam claramente tutela idêntica, por apresentarem tão ou mais elevados níveis de consciência que os tradicionais animais de companhia e tão ou mais complexos «substratos neurológicos» (cf. a Declaração de Cambridge sobre a Consciência, de 2012, em <https://fcmconference.org>). Ou – se a abordagem mais correta não passar pela graduação de níveis de consciência distintos dentro de uma escala única, mas por uma análise multidimensional que leve em consideração distintas categorias de consciência (no sentido de que deve ser assim, cf. Jonathan Birch / Alexandra K. Schnell / Nicola S. Clayton, “Dimensions of Animal Consciousness”, Trends in Cognitive Sciences, n.º 24 (2020), pp. 789 ss.) –, por apresentarem «perfis de consciência» suficientemente evoluídos em várias de tais categorias para justificarem uma equiparação nos planos ético e jurídico.

A mesma dificuldade é enfrentada pela ideia segundo a qual a responsabilidade penal em apreciação nestes autos poderia ser justificada a partir de uma especial responsabilidade dos seres humanos em relação a animais cujos mais básicos instintos de sobrevivência ou «referências naturais» – na expressão usada, embora não exatamente com o propósito aqui em exposição, por Carla Amado Gomes, “Direito dos Animais: um Ramo Emergente?”, Revista Jurídica Luso-Brasileira, n.º 1 (2015), p. 371 – foram neutralizados ou mitigados em virtude de ação humana. Por um lado, trata-se de um processo evolutivo de longuíssima duração cujo resultado dificilmente poderia ser assacado a seres humanos presentes de um modo tão direto como o que decorre daquela posição. Por outro lado, se o argumento for entendido, não tanto no sentido de uma responsabilidade histórica, mas num outro que aponte para a responsabilidade de concretos indivíduos humanos pela domesticação de concretos animais, isso apenas poderia justificar a punição desses concretos indivíduos. Não já a

daqueles que, não tendo qualquer responsabilidade no referido processo de domesticação, maltratassem animais domesticados por outrem. Em relação ao crime de abandono (artigo 388.º do CP), que pressupõe a assunção de um «dever de guardar, vigiar ou assistir» o animal, a questão poderá revestir contornos algo diferentes, mas apenas neste aspeto específico, já que a legitimidade da criminalização, mesmo aí, não deixa de exigir uma tutela constitucional dos animais enquanto tais, nos termos já vistos.

Independentemente de tudo isso, a capacidade tecnológica e de outras naturezas atingida pelos seres humanos permite-lhes subjugar grande parte dos restantes animais, mesmo os mais selvagens, ou de algum modo colocá-los em situação de incapacidade de defesa e resistência, sem que isso pressuponha expô-los a algum processo que se aproxime do de domesticação. Por exemplo, através da captura, por armadilha, de um exemplar pertencente à família Corvidae, onde se incluem géneros com perfis de consciência tidos como mais evoluídos em certas categorias (cf. novamente Jonathan Birch/Alexandra K. Schnell/Nicola S. Clayton, op. cit., p. 791 ss.). Tratando-se de animais com essas características, por que razão deveriam ser excluídos da proteção conferida pela lei penal?

Essa mesma parece ter sido a posição assumida na Alemanha, que em 2002 empreendeu um processo constituinte que veio incumbir o Estado, no artigo 20.º da sua Lei Fundamental, de proteger os elementos naturais da vida e os animais – «und die Tiere», foram as três decisivas palavras então introduzidas – e que oferece tutela penal, no plano do direito ordinário, à generalidade dos animais vertebrados, no § 17 da Tierschutzgesetz, a Lei de Proteção dos Animais (ambas em www.gesetze-im-internet.de). Pouco importam, para a perspetiva que aqui se expõe, os méritos da concreta delimitação realizada pelo legislador penal alemão: se é desajustada, por excesso ou por defeito, ou se é, antes, perfeitamente acertada em face de considerações como as precedentes, baseadas nas características biológicas dos diversos animais. Importam os factos, em si mesmos considerados, de essa tutela encontrar base expressa na Constituição e de a sua concretização no plano ordinário não ter sido recortada por referência a uma estrita relação entre os animais e os seres humanos, com o que isso significa.

Naturalmente, a opção por uma tutela parcial como a que é proporcionada pelo artigo 387.º do CP (cingida a animais de companhia), pressupondo que assente numa norma constitucional de que decorresse a tutela dos animais enquanto indivíduos, poderia justificar-se a partir da liberdade de conformação de que o legislador dispõe: a especial ligação que se estabelece entre certos animais e os seres humanos poderia considerar-se, da perspetiva do “sistema social”, como elemento suficientemente relevante para legitimar uma diferenciação relativamente a outros animais. O ponto que agora se evidencia é o de que uma tutela como a realizada pelo artigo 387.º do CP acaba por ser paradoxal em relação a algumas das mais sólidas razões suscetíveis de justificar a proteção jurídica dos animais enquanto indivíduos. Nos dois sentidos apontados: por ser definida por referência aos seres humanos; e por, conseqüentemente, excluir animais dotados de características que os deixariam pelo menos tão bem colocados como os tradicionais animais de companhia para o recebimento de tutela enquanto indivíduos. Este paradoxo é, aliás, logo visível nos projetos de lei que resultaram na introdução do tipo legal de crime aqui em causa (ambos em www.parlamento.pt). O Projeto de Lei n.º 474/XII invoca a «natureza própria dos animais enquanto seres vivos sensíveis» e o Projeto de Lei n.º 475/XII o «bem-estar» e a «dignidade» dos animais, o que denota uma aceitação do seu intrínseco

merecimento de tutela, mas depois limitam a tutela aos animais de companhia, sem indicarem motivos que ajudem a racionalizar a limitação nem pistas que ajudem a compreender o respetivo fundamento constitucional. Como não deixa de observar Paulo Pinto de Albuquerque, op. cit., p. 1327, «[n]em a motivação do projeto de lei nem a discussão parlamentar revelam qual foi esse fundamento».

14. Acidentalmente ou não, o facto de o artigo 387.º do CP ter como elemento proeminente uma dada relação entre os seres humanos e certos animais acaba por oferecer a via mais plausível para a sua legitimação constitucional. Se a Constituição apenas tutela os animais em função e na medida da sua relevância para outros interesses (seja ambientais, seja humanos num sentido mais direto e imediato), e dando como assente que a tutela atualmente conferida pela Constituição ao ambiente não suporta uma tutela como a realizada por aquele tipo legal de crime, então poderá ser a relevância dos animais – de certos tipos de animais em particular – para os seres humanos a razão constitucionalmente relevante para a criminalização. Da perspetiva de quem defenda a imediata tutela penal dos animais, o facto de ela ser limitada aos de companhia surgiria então, porventura, como uma «inevitável hipocrisia» (para usar de novo uma expressão de Carla Amado Gomes, 'Direito dos Animais: um Ramo Emergente?', op. cit., p. 379, embora de novo num sentido adaptado aos propósitos da presente análise).

Surgem nesta linha posições que convocam assumidamente o ser humano – a relevância dos animais para ele e a responsabilidade dele para com os animais – como referente legitimante da criminalização. Será o caso da posição, referida na decisão recorrida, de Teresa Quintela de Brito, para quem estes tipos legais de crime «tutelam um bem jurídico coletivo e complexo que tem na sua base o reconhecimento pelo homem de interesses morais diretos aos animais individualmente considerados e, conseqüentemente, a afirmação do interesse de todas e cada uma das pessoas na preservação da integridade física, do bem-estar e da vida dos animais, tendo em conta uma inequívoca responsabilidade do agente do crime pela preservação desses interesses dos animais por força de uma certa relação atual (passada e/ou potencial) que com eles mantém. Em causa está uma responsabilidade do humano, como indivíduo em relação com um concreto animal, e também como Homem, i.e., enquanto membro de uma espécie, cujas superiores capacidades cognitivas e de adaptação estratégica o investem numa especial responsabilidade para com os seres vivos que podem ser (e são) afetados pelas suas decisões e ações» (“Crimes Contra Animais: os novos Projetos-Lei de Alteração do Código Penal”, *Anatomia do Crime*, n.º 4 (2016), p. 102).

Como se verifica, esta posição «tem na sua base o reconhecimento pelo homem de interesses morais diretos aos animais individualmente considerados». No entanto, na ausência de outra base constitucional, também ela assenta, em medida significativa, na tutela do ambiente consagrada no artigo 66.º, já analisada. Mais especificamente, e de acordo com a mesma autora (agora em “Os crimes de maus tratos e de abandono de animais de companhia: Direito Penal Simbólico?”, *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 19 (2016), p. 16 ss.), nas alíneas c) e g) do seu n.º 2, porquanto promovem a conservação da natureza e a educação ambiental e o respeito pelos valores do ambiente. Importa recordar a letra daqueles preceitos:

«Artigo 66.º

(Ambiente e qualidade de vida)

2. Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos:

(...)

c) Criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico;

(...)

g) Promover a educação ambiental e o respeito pelos valores do ambiente».

Como vimos, a proteção decorrente desses preceitos a título de incumbência do Estado considera o ambiente globalmente considerado, sendo impossível detetar qualquer nuance que os afaste dos demais preceitos que integram o artigo 66.º em termos que permitam lê-los no sentido de apontarem para uma tutela dos animais em sentido individual. Note-se, por outro lado, que, como sustentam J. J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *op. cit.*, p. 392, «nem todos os interesses constitucionalmente garantidos são adequados para justificar a restrição [de direitos, liberdades e garantias]; sobretudo quando se tratar de cláusulas demasiado vagas para suportarem qualquer confronto consistente com os direitos, liberdades e garantias». Afigura-se ser precisamente esse o caso do artigo 66.º quando nele se procura fundar uma restrição que só muito vaga e remotamente poderia louvar-se na proteção do ambiente como um todo.

Como afirma a própria autora Teresa Quintela de Brito, o artigo 387.º do CP não protege «a função ecológica do animal em dado ecossistema» (“Os crimes de maus tratos...”, *op. cit.*, p. 12). Não pode, pois, ser filiado num quadro normativo de proteção do ambiente enquanto ecossistema ou conjunto de ecossistemas. Daí que a autora prossiga no sentido de acompanhar (cf. *ibid.*) o Parecer do Conselho Superior da Magistratura sobre os Projetos de Lei n.º 474/XII/3 e n.º 475/XII/3 (em www.parlamento.pt, ponto 3, alínea v)), quando aí se sustenta que, mesmo que possa considerar-se que aquele preceito do CP tutela um bem jurídico baseado na proteção dos animais enquanto indivíduos (a sua «integridade física, saúde e vida»), fá-lo «pela específica relação que o mesmo natural ou culturalmente tem ou está destinado a ter com o ser humano»; e, assim, «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» (sublinhado nosso). Acrescenta a autora (acompanhando Helena Telino Neves, “A controversa definição da natureza jurídica dos animais”, in Maria Luísa Duarte/Carla Amado Gomes (coord.), *op. cit.*, p. 89) que maltratar animais «“degrada também a nossa humanidade”», «revela a “índole moral e cívica – da humanidade – do agente humano”» e «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» (*ibid.*). Não sendo o tipo de proteção dos animais realizado pelo artigo 387.º do CP albergado pela proteção do ambiente preconizada pelo artigo 66.º da Constituição, preceito este que figura assim, nesta visão das coisas, essencialmente como ponto de partida para um argumento afinal antropocêntrico, temos então que a base constitucional em que esta construção poderia assentar seria o princípio da dignidade da pessoa humana consagrado no artigo 1.º da Constituição.

A utilização da dignidade da pessoa humana como fundamento para a criminalização de condutas – abordagem que é mobilizada de modo claro na decisão recorrida, quando aí se afirma, acompanhando um texto doutrinário, que, «[n]o caso do crime de maus tratos a animais de companhia, a tutela do bem-estar do animal representa não um fim, mas um meio ou instrumento de proteção mediata de outros bens jurídicos fundamentais, como por exemplo, o da própria dignidade humana, o da justiça e da solidariedade, todos eles previstos no artigo 1.º da nossa Constituição» – deve, contudo, ser rejeitada. A razão para esta rejeição passa pela extrema maleabilidade a que ficaria então votado o conceito de bem jurídico-constitucional e, é dizer, de uma maneira mais geral, o próprio artigo 18.º, n.º 2, da Constituição: de outro modo, como se afirmou no Acórdão n.º 134/2020, «qualquer norma incriminatória poderia justificar-se, praticamente sem ulterior especificação normativa, em nome da proteção da dignidade da pessoa humana ínsita no artigo 1.º da Constituição». As demais considerações ali feitas a esse respeito poderão ser aqui úteis também:

«(...) A ideia de que pode ver-se no princípio da dignidade da pessoa humana um bem jurídico capaz de assegurar a proporcionalidade da restrição da liberdade inerente à criminalização de uma conduta, ou de que esse princípio pode de algum outro modo autónomo sustentar a criminalização de uma conduta, é (...) uma ideia que suscita sérias reservas. Desde logo, de um ponto de vista sistemático, porque ele surge consagrado na nossa Constituição enquanto princípio fundamental, e não – como noutras Constituições – enquanto direito fundamental. Depois, nos planos literal e teleológico, porque o elevado grau de abstração que o caracteriza tende a impedi-lo de desempenhar adequadamente funções prescritivas concretas. Na síntese constante do Relatório da Delegação Portuguesa à 9.ª Conferência Trilateral (Itália, Espanha e Portugal), “O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência Constitucional”, 2007, in www.tribunalconstitucional.pt, p. 2 –, «com o alcance que lhe é dado pela Constituição – de critério último de legitimidade do poder político estadual – o princípio da dignidade da pessoa humana acaba por ter um conteúdo de tal modo amplo (idêntico afinal de contas a um dos elementos constantes da tradição do Estado de direito) que não chega a ter densidade suficiente para ser fundamento direto de posições jurídicas subjetivas». Conclui-se aí: «O que nele se contém é por isso, e ao mesmo tempo, algo mais e algo menos do que um direito. Quando muito o princípio confere ao sistema constitucional de direitos fundamentais unidade e coerência de sentido, ajudando as tarefas práticas da sua interpretação e integração. O que se lhe não pode pedir é que ele seja tomado, em si mesmo, como fonte de um outro e autónomo direito (fundamental).» Esta perspetiva – como ali igualmente se expõe – reúne consenso doutrinário e tem recebido acolhimento reiterado na nossa jurisprudência constitucional desde os seus primórdios (vd. logo o Acórdão n.º 6/84), ainda que com alguns desvios, em todo o caso bem circunscritos.

Se o princípio da dignidade da pessoa humana não pode geralmente fundamentar direitos subjetivos de modo direto e autónomo, mais dificilmente ainda poderá fundamentar, desse modo direto e autónomo, restrições a esses mesmos direitos. O seu elevado grau de abstração prejudica a sua utilização tanto para um efeito como para o outro, mas a segunda apresenta-se ainda como uma utilização contra libertate, o que por si só suscita fundadas dúvidas teleológicas e axiológicas. Pode então dizer-se que a abstração do princípio da dignidade da pessoa humana o impede, em via de regra, de ser visto como fonte de prescrições precisas – de «soluções jurídicas concretas», nas palavras do Acórdão n.º 105/90 –, sejam elas favoráveis ou desfavoráveis de um prisma individual, mas especialmente as segundas. Decerto que a criminalização de uma conduta almeja ela própria a

produzir efeitos benignos, mas a beneficiária destes efeitos, mesmo quando se trate da proteção de direitos e interesses de natureza eminentemente pessoal, é a comunidade como um todo. Não tem o princípio da dignidade da pessoa humana como desígnio fundamental, justamente, impedir a instrumentalização do indivíduo para a consecução de finalidades comunitárias, ainda que presumivelmente louváveis? (...)

Mesmo deixando de parte esse e outros relevantes problemas (por exemplo, de legalidade criminal) suscitados por uma criminalização autonomamente filiada num princípio tão abstrato como o da dignidade da pessoa humana – paradigmático, na verdade, da categoria dos “conceitos essencialmente contestados” –, e mantendo-nos antes num estrito horizonte de proporcionalidade, como poderá, pois, fazer-se decorrer diretamente de um tal princípio, que não de alguma sua concretização tangível, uma concreta e garantida restrição de direitos fundamentais? Como afirma Manuel da Costa Andrade, *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal*, Coimbra Editora, 1996, p. 13, se «a dignidade humana é a verdadeira realidade numenal protegida pelo direito penal», ela é-o forçosamente «sob a forma e sub nomine dos bens jurídico-penais de índole pessoal», as únicas «mostrações ou cintilações fenomenológicas acessíveis à racionalidade jurídica». Sem a referência de um direito ou interesse específico, é a própria avaliação da proporcionalidade que fica inviabilizada, por nada haver num dos pratos da balança que seja minimamente mensurável.»

Se a tutela holística do ambiente consagrada no artigo 66.º da Constituição é inidónea a suportar o tipo legal de crime aqui em causa, e se menos ainda o princípio da dignidade da pessoa humana consagrado no artigo 1.º da Constituição poderia, por si só, proporcioná-lo, a associação daquela tutela a este princípio não pode produzir um resultado qualitativamente diferente.

15. À mesma linha fundamental das posições ponderadas nos pontos anteriores podem reconduzir-se posições de acordo com as quais os «sentimentos legítimos» dos seres humanos são penalmente tuteláveis, ideia que tem alguma ressonância, por exemplo, na doutrina espanhola (cf., em análise crítica, Susana Aires de Sousa, “Argos e o Direito Penal (uma leitura dos ‘crimes contra os animais de companhia’ à luz dos princípios da dignidade e da necessidade)”, *Julgar* n.º 32 (2017), p. 156. Em sistemas jurídicos onde a intervenção criminalizante do legislador ordinário não se encontra tão claramente subordinada à respetiva Constituição em termos idênticos aos que se verificam no nosso ordenamento jurídico – como é justamente o caso de Espanha (cf. João Narciso, *op. cit.*) –, tais posições poderão ter alguma viabilidade.

No nosso ordenamento jurídico, a única base possível seria novamente o princípio da dignidade da pessoa humana consagrado no artigo 1.º da Constituição, o que já ficou afastado. Não poderia constituir base para tais posições o direito ao desenvolvimento da personalidade consagrado no artigo 26.º, logo pela razão de que, nesse caso, só seria criminalizada a conduta de maus tratos a animais que fosse praticada em circunstâncias suscetíveis de ofenderem os sentimentos de outros seres humanos, o que não acontece com o artigo 387.º do CP. Isso seria, de resto, incoerente com o próprio fundamento de tais posições, pois os sentimentos humanos de ofensa, indignação e perturbação perante atos de crueldade sobre animais, para serem “legítimos” e, desse passo, penalmente tuteláveis, sempre terão de trazer pressuposta a ideia de que os animais possuem um estatuto moral que é independente de circunstâncias como a de os atos terem sido praticados à vista de outras pessoas ou não (cf. Luís Greco, *op. cit.*, p. 51).

Em qualquer caso, ainda que a nossa Constituição não impusesse tão poderosa inibição ao legislador ordinário como a que impõe no artigo 18.º, n.º 2, sempre essas posições mereceriam resistência, porque escancaram as portas do direito penal – que o princípio da proporcionalidade, consagrado naquele mesmo preceito, numa sua outra dimensão mais transversal à generalidade dos sistemas jurídicos, exige que seja de ultima ratio – ao moralismo. Ou seja, à transformação do direito penal num direito “simbólico”, que se traduz numa «edição descontrolada de leis penais (...) em resposta ao clamor público gerado por casos mediáticos», sem que, frequentemente, isso seja acompanhado de quaisquer medidas destinadas a pôr cobro ao problema social de base (Teresa Quintela de Brito, “Os crimes de maus tratos...”, op. cit., p. 9). Isto quando a trajetória histórica do direito penal é a oposta: a de «banir do seu âmbito todas as excrescências moralistas», negando a punição das condutas que, «embora moralmente censuráveis, ou não põem em causa os restantes membros da comunidade, ou cuja punição acarretaria para esta maior prejuízo do que vantagem, ou encerram questões moralmente muito discutíveis e cuja valoração não é feita no mesmo sentido pela generalidade dos membros da comunidade» (Jorge de Figueiredo Dias, “Lei Criminal e Controlo da Criminalidade: O Processo Legal-Social de Criminalização e Descriminalização”, Revista da Ordem dos Advogados n.º 77 (1976), p. 78 s.).

Ao invés do que frequentemente acontece quando se discute criminalização e moralidade, na questão em análise nestes autos a discussão não gira propriamente em torno da problemática da punição de condutas “sem vítima”, mas antes reside, justamente, em determinar se os animais devem ser reconhecidos, para tais efeitos, como “vítimas”. Uma resposta afirmativa a esta questão não desfigura necessariamente a matriz não moralista do direito penal democrático, mas só pode ser dada através de um processo constituinte. Fundada num já constitucionalmente reconhecido estatuto moral dos animais, uma criminalização como a de ofensas aos sentimentos humanos causadas por maus tratos a animais seria de mais plausível legitimidade. Seria também desnecessária, porque esses atos já poderiam então ser criminalizados pela verdadeira e principal razão que teria determinado essa positivação: o respeito pelos animais enquanto tais.

16. Há uma outra posição que se funda na dignidade da pessoa humana, mas num sentido distinto e até algo oposto ao das posições analisadas nos dois pontos precedentes. Uma posição que passa por justificar os crimes contra os animais mediante uma equiparação destes aos seres humanos do ponto de vista da sua dignidade. É em torno desta questão fundamental, de saber até que ponto os animais devem ser reconhecidos como sujeitos dotados de uma dignidade de algum modo equiparável à dos seres humanos, que se trava o debate nuclear sobre o estatuto moral dos animais. É aí que se situam, para mencionar apenas algumas linhas de pensamento, a crítica ao especismo e a defesa de uma aplicação utilitarista do princípio da igual consideração de interesses a todos os animais sencientes, de Peter Singer, ou a perspetiva deontológica, de raiz kantiana, de Tom Regan; mas também posições de raiz contratualista, tendencialmente resistentes à atribuição de direitos aos animais. Linhas de pensamento explanadas e compendiadas em Pedro Galvão (org. e trad.), op. cit., p. 17 ss.; vd. também, em perspetiva jurídica, a detida recensão de Pedro Soares de Albergaria/Pedro Mendes Lima, op. cit., p. 136 ss.

Esse debate é, porém, uma e outra vez, estranho ao presente exercício de fiscalização da constitucionalidade, nos termos já indicados: esse é precisamente o debate exigido pelo processo

constituente ainda não realizado em Portugal. No único plano que aqui importa, o do confronto de normas de direito ordinário com o parâmetro dado pela Constituição, é clara a impropriedade de uma posição daquela natureza. Em primeiro lugar, pelo incontornável elemento literal do 1.º artigo da Constituição, que consagra o princípio da dignidade da pessoa «humana». Em segundo lugar, pela história e a teleologia daquele princípio, nascido, com o sentido essencial com que ali foi consagrado, no pós-2.ª Guerra Mundial em reação às atrocidades cometidas contra seres humanos no período que o precedeu (cf. *ibid.*, p. 140 s.). Em último lugar, pelas razões apontadas no ponto 14 para justificar por que não pode este princípio, mesmo quando mobilizado para uma proteção dos próprios seres humanos, constituir fundamento autónomo de normas incriminatórias. Se tais razões são já suficientemente cogentes no que respeita à dignidade de indivíduos humanos, que são os únicos diretamente contemplados por aquele princípio, por manifesta maioria de razão elas valerão para a ideia de estabelecer uma analogia entre os indivíduos humanos e os animais. Se o próprio conceito de dignidade da pessoa humana, pese embora a sua longa história, permanece extremamente difícil de definir, em virtude do elevadíssimo grau de abstração que o caracteriza, quando estendido aos animais tornar-se-ia verdadeiramente intangível e mais dificilmente ainda poderia, portanto, constituir fonte de soluções normativas concretas para tais efeitos. Em especial de normas de conduta sancionadas com privação de liberdade.

17. Das linhas de pensamento que procuram sustentar os crimes contra os animais em interesses titulados, não pelos animais, mas pelos próprios seres humanos, desponta uma outra de que se justifica também curar. Ao conceber-se a prática de atos de crueldade sobre animais como um possível sintoma da desumanidade do agente, abre-se uma fresta por onde pode irromper uma conceção que veja nesses atos, dirigidos a animais, um perigo abstrato de ofensa à vida ou à integridade de seres humanos. Se a criminologia aponta no sentido de a inclinação de indivíduos com determinados perfis psicológicos para a prática de condutas daquela natureza contra outros indivíduos começar, por vezes, a exprimir-se na prática de tais atos contra animais, é por demais evidente que o crime de maus tratos a animais aqui em análise, se entendido nesses termos, não resistiria ao menos exigente dos testes de constitucionalidade.

A criminalização de condutas através da técnica do perigo abstrato não é vedada pela Constituição, mas a sua admissibilidade depende de condições mais exigentes do que as condições equivalentes aplicáveis a normas incriminatórias que pressupõem a lesão do bem jurídico (cf. por exemplo os Acórdãos n.os 426/91, 246/96, 7/99 e 95/2001). Desde logo, a particulares exigências de tipicidade (i.e. de determinabilidade da conduta proibida): é crucial que o bem jurídico tutelado possa ser claramente identificado – o que, manifestamente, não aqui é o caso – e que a conduta típica seja descrita de modo especialmente preciso (cf. v.g. os Acórdãos n.os 20/91 e 426/91). Estarão ainda sujeitas a exigências que, por definição, não encontram paralelo naquelas outras espécies de normas incriminatórias, como, para o que aqui mais importa, a de que exista um nexo causal de perigosidade entre a conduta que é proibida e a lesão do bem jurídico que sustenta a proibição (cf. v.g. o Acórdão n.º 134/2020). A existência de um nexo de mera associação entre a conduta e a lesão (i.e., a tendencial correspondência entre esta e aquela), ainda que estatisticamente significativo, não constitui alicerce empírico suficiente para justificar uma sanção como a privação da liberdade. O tipo legal conformar-se-ia com a eventualidade de abranger condutas inócuas e emergiria, assim, como pura ferramenta de

ordenação social. No caso em apreço, nem sequer um nexo de mera associação surge como minimamente plausível.

Incidentalmente – e mesmo que não existisse o verificado desfasamento entre a proteção holística do ambiente e o caráter necessariamente individualista da proteção dos animais (cf. supra, o ponto 12) –, essas mesmas considerações sempre obrigariam a recusar também uma leitura nos termos da qual se visse nos atos de maltratar ou matar animais um perigo abstrato para o ambiente. Neste caso, é igualmente evidente que não existe qualquer nexo de associação entre a conduta e a lesão. Maltratar um animal, por hediondo que seja, não coloca em perigo o ecossistema.

18. A abordagem sistemática adotada pelo legislador apresenta uma ambiguidade que é simultaneamente causa e efeito de vários dos problemas que aqui foram analisados. O legislador enquadrou estes crimes num Título do CP que designou, não por referência a um bem jurídico, mas ao objeto (ou, admita-se para este efeito, ao sujeito passivo) das condutas proibidas, e que não se desdobra em nenhum Capítulo que ajudasse a apontar para o bem jurídico que visou tutelar. Não enquadrou estes crimes no seu Título I, relativo aos crimes contra as pessoas (o que concorre no sentido de afastar várias das posições acima referidas), nem no seu Título IV, relativo aos crimes contra a vida em sociedade (o que concorre para afastar várias outras). Criou um autónomo Título VI que aponta para uma tutela dos animais enquanto indivíduos, mas que encerra na sua própria designação («crimes contra animais de companhia») o paradoxo de cingir essa tutela a alguns animais, em função da sua relação com os seres humanos.

Por fim, note-se que o próprio Ministério Público, aqui recorrido, nas contra-alegações apresentadas (supra, ponto 4) reconhece, depois da detida análise realizada, que não existe «expresso fundamento constitucional», seja um direito fundamental seja uma incumbência do Estado, capaz de se oferecer como «impulso» para a norma incriminatória prevista no artigo 387.º do CP. Apenas – defende o Ministério Público, com fundamento na construção de Roxin – um «valor» de «solidariedade» que poderia, «eventualmente», fazer recair sobre o Estado certos «deveres objetivos» tendo como beneficiários os animais. No entanto, a posição de Roxin afigura-se incindível da realidade constitucional alemã, por referência à qual foi desenvolvida (cf. Susana Aires De Sousa, op. cit., p. 157, em análise a um texto posterior do mesmo autor) – realidade constitucional essa que as palavras «und die Tiere» vieram transformar e separar de outras realidades constitucionais.

19. Tudo considerado, mostra-se inevitável concluir pela inexistência de fundamento constitucional para a criminalização dos maus tratos a animais de companhia, previstos e punidos no artigo 387.º do CP. Não exprime este juízo de inconstitucionalidade uma visão segundo a qual a Constituição da República Portuguesa sempre se oporá, por incontornáveis razões estruturais, à criminalização de uma conduta como essa. Exprime simplesmente uma visão segundo a qual essa criminalização não encontra suporte bastante na vigente redação da Constituição da República Portuguesa, que é aquela que se impõe ao Tribunal Constitucional como parâmetro de avaliação das normas aprovadas pelo legislador. Juízo diverso implicaria que este Tribunal se substituísse ao poder constituinte, exorbitando da esfera de competências que por esse mesmo poder lhe foram outorgadas.

[...]” (sublinhados acrescentados).

Se o Acórdão n.º 867/2021 teve a unanimidade da 3.ª Secção quanto ao sentido da decisão – a inconstitucionalidade da norma –, já assim não sucedeu quanto aos respetivos fundamentos, existindo duas declarações de voto, que em larga medida moldaram a posterior discussão do problema no Tribunal e que, pela especial relevância para a discussão a empreender na presente situação, importa aqui considerar.

2.2.1. Com efeito, o Juiz Conselheiro Gonçalo de Almeida Ribeiro divergiu dos fundamentos do Acórdão n.º 867/2021, afirmando a seguinte posição, em declaração de voto a ele aposta:

“[...]”

1. *A posição que [nessa decisão] fez vencimento, de que a incriminação dos maus tratos a animais de companhia constante do n.º 1 do artigo 387.º do CP, na redação dada pela Lei n.º 69/2014, de 29 de agosto, é inconstitucional por violação do direito à liberdade consagrado no n.º 1 do artigo 27.º da Constituição, repousa em algumas premissas de ordem geral que merecem o meu assentimento. Tem interesse enunciá-las de forma clara e sintética.*

A primeira premissa é a de que toda a incriminação de um comportamento constitui uma restrição de direitos fundamentais, que em rigor abrange não apenas a privação da liberdade ambulatoria que pode resultar da aplicação de uma pena (n.º 2 do artigo 27.º), como ainda o condicionamento da liberdade geral de ação compreendida no direito ao livre desenvolvimento da personalidade (n.º 1 do artigo 26.º) que decorre da proibição e da sanção de certo tipo de conduta. A segunda premissa é a de que toda a restrição de direitos fundamentais carece de um fundamento constitucional, nos termos do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição, consubstanciado num dever estatal que pode ser correlativo de outro direito fundamental ou fundar-se num interesse constitucionalmente protegido. A terceira premissa é a de que, tratando-se de lei penal, com o seu efeito singular e gravoso de potencial privação da liberdade, o fundamento constitucional deve ser particularmente preciso e valioso, o que se traduz geralmente nas noções de carência e necessidade da pena para salvaguarda de um bem jurídico determinado. A quarta premissa é a de que, numa ordem constitucional amiga da liberdade individual, o mero sentimento punitivo de uma parte mais ou menos alargada da comunidade ou o bem físico, emocional ou moral do agente, segundo o juízo das autoridades públicas, não constitui em si mesmo um bem jurídico, ou seja, um valor constitucional carente de tutela penal.

Assentes estas premissas, a decisão demonstra, em termos que considero plenamente satisfatórios, que o crime de maus tratos a animais de companhia não pode fundar-se no dever de tutela de dois bens jurídicos cuja ressonância constitucional é isenta de dúvida – a propriedade e o ambiente. Não pode fundar-se na propriedade porque a recente categoria dos «crimes contra animais de companhia», que compreende os crimes de maus tratos e de abandono, não respeita manifestamente ao direito de propriedade do dono de um animal, quer seja porque os maus tratos têm relevância criminal ainda que o animal não tenha dono, quer seja porque estes e o abandono constituem crime mesmo quando – e porventura o mais das vezes – sejam praticados pelo próprio dono do animal. E não pode fundar-se no ambiente porque, como bem se explica na fundamentação, se é certo que «a defesa e a conservação da natureza e do ambiente, a preservação dos recursos naturais e a salvaguarda da estabilidade ecológica (...) de algum modo contemplam a proteção dos animais», estes relevam nesse contexto unicamente por «serem parte integrante da realidade que se visa proteger», de modo que «a proteção do ambiente, enquanto conjunto de elementos naturais em equilíbrio, não só não visa a proteção dos

animais enquanto indivíduos nem das relações estabelecidas entre eles e os seres humanos como pode até ser invocada para justificar o sacrifício de animais quando isso se revele necessário àquele equilíbrio.» De resto, a tutela penal dos animais como objeto do direito de propriedade ou parte integrante do ambiente é já assegurada pelos tipos incriminadores que constam – respetivamente – dos artigos 212.º (dano) e 278.º (danos contra a natureza) do CP.

Chegados a este ponto, a questão que se coloca é a de saber se existe fundamento para a tutela penal direta e individual que a norma sindicada dispensa aos animais de companhia. A maioria concluiu que não, baseando-se o seu juízo – se bem vejo as coisas – em dois argumentos alternativos. Em primeiro lugar – entendeu-se –, o bem-estar dos animais é um interesse destituído de fundamento constitucional, uma vez que a nossa Constituição, ao contrário da Lei Fundamental de Bona, em cujo artigo 20.º foram introduzidas o que se diz serem «três decisivas palavras» – «und die Tiere» –, não contém nenhuma referência ao estatuto moral dos animais ou aos interesses destes individualmente considerados. Na verdade, considera-se que a omissão de tal referência deve ser tomada como uma decisão constituinte, «com a sua capacidade fundante somente explicável pela singular legitimidade democrática de que se reveste, que garante a todos os cidadãos que os seus direitos, liberdades e garantias não possam ser restringidos senão em nome de um direito ou interesse a que aquela dignidade tenha, ainda que só implicitamente, sido concedida ou outorgada através de um processo idêntico».

Em segundo lugar – acrescenta-se –, ainda que se pudesse encontrar apoio no texto constitucional para a proteção e promoção do bem-estar dos animais, o tipo incriminador aqui em causa não estaria de acordo com tal fundamento, uma vez que a categoria dos «animais de companhia» é arbitrária do ponto de vista do bem-estar dos próprios animais, nomeadamente o interesse destes em evitar ou sentir certo tipo de sensações ou participar de outros bens conforme o grau de complexidade do seu organismo. Com efeito, ao passo que na Alemanha o § 17 da Lei de Proteção dos Animais (Tierschutzgesetz) pune os maus tratos a quaisquer animais vertebrados (Wirbeltier), o n.º 1 do artigo 387.º do CP incrimina unicamente os maus tratos a animais de companhia, o que se entende ser «paradoxal em relação a algumas das mais sólidas razões suscetíveis de justificar a proteção jurídica dos animais enquanto indivíduos», uma vez que os define «por referência aos seres humanos», excluindo «animais dotados de características que os deixariam pelo menos tão bem colocados como os tradicionais animais de companhia para o recebimento da tutela enquanto indivíduos.»

2. Nenhum destes argumentos se me afigura persuasivo.

Há que começar por dizer, a respeito do primeiro, que pressupõe uma teoria constitucional que creio dever ser repudiada. A ideia segundo a qual a superioridade normativa da Constituição, enunciada de forma lapidar no n.º 3 do artigo 3.º, se reconduz a uma putativa superioridade democrática do processo constituinte em relação aos processos legislativos constituídos é inconciliável, quer com o carácter muitas vezes atribuído dos momentos constituintes originários, de que o caso português é exemplo eloquente, quer com os factos singelos de algumas constituições democráticas não serem geradas democraticamente – como é, em larga medida, o caso das constituições norte-americana e alemã – e de mesmo as que o são terem sido tipicamente aprovadas em conformidade com uma regra de maioria absoluta numa assembleia constituinte eleita por sufrágio universal e livre, uma exigência

procedimental por norma menor do que a necessária para a revisão constitucional e equiparável a vários tipos de decisão legislativa ordinária. Na verdade, quem procurar em razões de ordem procedimental, quer se trate das condições epistémicas da deliberação no momento constituinte, quer se trate das grandezas aritméticas exigidas para a aprovação de leis constitucionais, os fundamentos do princípio da constitucionalidade, está condenado a ter de se avir com os paradoxos vários, como o intergeracional e o contramaioritário, que há muito atormentam tal conceção da democracia constitucional.

A alternativa a uma conceção procedimental da força normativa da Constituição é uma conceção material, em que a legitimidade das normas constitucionais se reconduz a uma certa ideia sobre o seu conteúdo e função, ideia essa que constitui a condição transcendental do princípio da constitucionalidade e que se reflete necessariamente num método próprio de interpretação constitucional. Como se lê na declaração de voto que subscrevi no Acórdão n.º 464/2019:

«A lei democrática exprime a vontade da maioria conjuntural legitimada nas urnas. Os atos legislativos não traduzem a unidade política dos cidadãos; ao invés, refletem o pluralismo das suas conceções sobre a sociedade justa e o bem comum, e o imperativo de que a controvérsia política que daí resulta seja arbitrada periodicamente através dos processos eleitorais da democracia representativa. A Constituição, pelo contrário, consubstancia um pacto de vida comum entre cidadãos divididos por compromissos mundividenciais concorrentes, a forma através da qual a pluralidade irreduzível que é a matéria da comunidade política se estrutura numa unidade estável.

Assim, pode dizer-se que, ao passo que a lei democrática é na sua essência formal, no sentido de que o seu conteúdo varia de acordo com o juízo político que através dela se procura em cada momento expressar, a ordem constitucional é fundamentalmente material, porque radicada nas normas constitutivas de uma comunidade política de pessoas livres e iguais. Não admira, por isso mesmo, que o artigo 16.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, porventura o mais emblemático dos documentos do constitucionalismo, tenha dado do conceito de constituição uma definição material: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem constituição.”

Se é assim, se a vontade constituinte não é uma vontade arbitrária, mas vinculada pela sua natureza de vontade de constituir uma unidade política entre iguais, a compreensão do texto constitucional pressupõe o conceito material de constituição do Estado de direito democrático e os princípios de interpretação por ele postulados. Por outras palavras, aquele conceito e estes princípios são condição da possibilidade de compreender o texto constitucional, não como uma lei de valor mais ou menos reforçado, mas como fundamento da ordem jurídica da comunidade – o mesmo é dizer, como verdadeira e própria constituição.»

De acordo com esta conceção, é um equívoco reduzir os «direitos ou interesses constitucionalmente protegidos» aos enunciados no texto constitucional, como se os valores constitucionais exprimissem um catálogo fechado de decisões provindas de uma autoridade suprema num estado de hibernação política de que acorda esporadicamente, em vez de se tomarem os casos de consagração expressa de direitos ou interesses como manifestações, concretizações ou refrações da dignidade da pessoa humana em que radica a legitimidade de toda a ordem constitucional e que outorga natureza propriamente fundamental a determinados direitos e interesses. O próprio texto constitucional indica claramente

que o catálogo de direitos constitui um sistema com respiração axiológica e aberto ao devir histórico, quer através do disposto no n.º 1 do artigo 16.º («os direitos consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de Direito Internacional»), quer em virtude da aplicação do regime dos direitos, liberdades e garantias, imposta pelo artigo 17.º, aos direitos fundamentais de «natureza análoga».

Se isto vale para os direitos fundamentais, não há razão alguma para que não valha igualmente para os «interesses constitucionalmente protegidos», nomeadamente o bem-estar dos animais individualmente considerados, animais esses que, segundo a elegante definição hoje consagrada no artigo 201.º-B do Código Civil, são «seres vivos dotados de sensibilidade e objeto de proteção jurídica em virtude da sua natureza». Não se trata aqui de nenhuma inversão da relação de prioridade entre normas constitucionais e legais, mas de explorar plenamente a abertura do sistema de direitos fundamentais e as virtualidades heurísticas da evolução da ordem jurídica, assim como de interpretar o texto constitucional de acordo os princípios próprios dessa forma de interpretação.

Daí que se possa dizer, sem reservas de maior, que os direitos e interesses constitucionalmente protegidos não se resumem àqueles que sejam objeto de referência num preceito constitucional, antes incluindo também aqueles que, recolhidos nas demais fontes jurídicas ou deduzidos de princípios fundamentais, se reconduzem ao radical axiológico da dignidade da pessoa humana que o artigo 1.º da Constituição proclama solenemente como base da República Portuguesa. É esse o sentido da seguinte passagem do Acórdão n.º 101/2009: «o princípio da dignidade da pessoa humana surge, não como um específico direito fundamental que poderia servir de base à invocação de posições jurídicas subjetivas, mas antes como um princípio jurídico que poderá ser utilizado na concretização e na delimitação do conteúdo de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados ou na revelação de direitos fundamentais não escritos».

Trata-se, pois, de saber se é possível retirar da dignidade da pessoa humana, como princípio jurisgenético, o reconhecimento do estatuto dos animais enquanto «seres vivos dotados de sensibilidade» e a conseqüente relevância constitucional dos interesses que estes tenham «em virtude da sua natureza».

3. Neste aresto rejeitam-se – e bem – duas vias simples de recondução do bem-estar dos animais ao valor da dignidade da pessoa humana.

A primeira consiste na ideia de que a preocupação do legislador com o bem-estar dos animais, nomeadamente a tutela penal contra os maus tratos de que possam ser vítimas, constitui uma forma indireta de salvaguardar a dignidade dos próprios agentes. Esta via deve ser rejeitada, desde logo, porque é incompatível com a quarta premissa de ordem geral que eu partilho com a maioria, a de que o bem físico, emocional ou moral do agente, segundo o juízo das autoridades públicas, não constitui em si mesmo um bem jurídico, ou seja, um valor constitucional carente de tutela penal.

A segunda via que deve ser rejeitada é a de estender aos animais a dignidade que o artigo 1.º da Constituição reconhece aos seres humanos, o mesmo é dizer, de partir de uma putativa igualdade moral entre pessoas e animais para atualizar o sentido daquela expressão constitucional. Esta via deve ser rejeitada porque, ao trivializar o termo «dignidade», tornando-o sinónimo de mera relevância moral, adultera o seu lastro histórico e vocação axiológica como expressão da especificidade das

peçoas – daqueles entes que têm, em condições normais, a capacidade de predicarem valores, se orientarem por valores e responderem pela ofensa a valores.

Ora, é precisamente em virtude da sua singular capacidade de habitarem um universo de valores, de participarem de uma ordem em que, ao contrário do mundo natural, as coisas podem ser, *inter alia*, úteis ou inúteis, boas ou más, que as pessoas têm a possibilidade de reconhecer a sensibilidade e vulnerabilidade dos animais e predicar-lhes funções e interesses. A dignidade da pessoa humana opera, pois, não apenas como um princípio de ordem na relação do indivíduo com as outras pessoas – do respeito que os indivíduos se devem mutuamente como entes livres, iguais e infungíveis –, mas também como um princípio de ordem na relação da pessoa humana com os demais seres sencientes – uma assunção da responsabilidade do ser humano pelos animais cujos interesses só ele tem a capacidade de reconhecer e por atenção aos quais tem a possibilidade de se orientar.

Por isso, uma república baseada na dignidade da pessoa humana – no estatuto superior desta como criatura de valores – não pode deixar de se preocupar com o bem-estar dos animais e de outorgar a estes a proteção jurídica correspondente. Se o legislador de revisão constitucional, emulando o homólogo germânico, viesse um dia a introduzir a expressão «e os animais» algures no artigo 9.º da Constituição – que enuncia as tarefas fundamentais do Estado –, não estaria de modo algum a consagrar «três decisivas palavras» para a interpretação constitucional, mas a exprimir algo que esta, ainda que com as dificuldades acrescidas inerentes ao ónus de argumentação a partir de primeiros princípios, tinha já todas as possibilidades de alcançar. Em suma, não se trataria de nenhuma rutura com a ordem constitucional vigente, antes de uma explicitação oportuna de um dos seus compromissos axiológicos.

4. A dedução constitucional do bem-estar dos animais constitui uma refutação do primeiro argumento invocado no aresto. Resta o segundo argumento: mesmo que a ordem constitucional protegesse tal interesse, nunca o mesmo poderia justificar a incriminação dos maus tratos a «animais de companhia» – apenas estes –, uma vez que tal categoria é arbitrária do ponto de vista do bem-estar animal. A questão pode ser porventura colocada de forma mais acessível através de exemplos: como pode o bem-estar dos animais justificar que seja crime maltratar um cão e não uma raposa, um papagaio e não uma lebre ou um hamster e não uma ratazana? Se não for possível responder de modo convincente a estas questões, impõe-se a conclusão de que o bem-estar dos animais não é, no fim de contas, o interesse protegido pelo tipo incriminador, antes o sendo o sentimento punitivo de indivíduos que constituem um segmento mais ou menos alargado da comunidade em relação a atos de crueldade sobre animais que lhes causam a maior comoção. Ora, tal interesse não constitui, como se encontra estabelecido nas premissas, um bem jurídico carente de tutela penal numa ordem constitucional amiga da liberdade individual.

O bem jurídico subjacente a um tipo incriminador, num diploma com as características do CP, infere-se geralmente da categoria de crimes em que se insere. O artigo 387.º do CP – que, na redação aplicável nos autos, punia autonomamente apenas os maus tratos a animais de companhia – integra a categoria dos «crimes contra animais de companhia» que passou a constar do Título VI do diploma. É evidente que a expressão «crimes contra animais de companhia» não dá a menor indicação sobre qual seja o bem jurídico protegido, uma vez que identifica a categoria de crimes, não a partir daquele, mas do objeto da ação punida. Tem mais interesse olhar para o outro tipo de crime que integra esta

categoria, o «abandono de animais de companhia», previsto e punido pelo artigo 388.º, na redação aplicável nos autos, nos seguintes termos: «[q]uem, tendo o dever de guardar, vigiar ou assistir animal de companhia, o abandonar, pondo desse modo em perigo a sua alimentação e a prestação de cuidados que lhe são devidos, é punido com pena de prisão até seis meses ou com pena de multa até 60 dias.» Depreende-se que os animais visados pelo legislador serão aqueles cujo abandono põe em perigo a alimentação e outras necessidades, ou seja, aqueles cujo bem-estar depende de cuidados humanos. Esta conclusão pode ser posta de acordo, em termos gerais, com a definição de animal de companhia constante do artigo 388.º, sempre na redação aplicável nos autos, sobretudo na parte em que se diz ser aquele que está «destinado a ser detido por seres humanos». Assim, o artigo 388.º pune a violação de um dever positivo de cuidar e o artigo 387.º pune a violação de um dever negativo de não agredir aqueles animais que, em virtude da sua condição domesticada, são particularmente dependentes dos cuidados e vulneráveis aos maus tratos dos seres humanos.

É nesta dependência e vulnerabilidade particulares dos animais de companhia em relação aos seres humanos, as quais resultam de um processo de hominização das suas condições de vida, que se desenrola por vezes ao nível individual da domesticação de um concreto animal e noutras num arco histórico de tal forma longo que abrange a própria espécie e influenciou a sua evolução biológica, que se encontra a chave para decifrar o enigma do bem jurídico subjacente à sua tutela penal. Os animais de companhia são aqueles por cujo bem-estar os seres humanos, que em boa medida os desnaturaram e docilizaram, privando-os de capacidades indispensáveis para a sobrevivência na natureza e desarmando-os dos instintos de defesa contra a agressão, têm uma responsabilidade acrescida. É essa natureza qualificada do bem-estar dos animais de companhia que pode legitimar, de acordo com o princípio da intervenção mínima, que só nesse domínio circunscrito seja dispensada a tutela penal. Por outras palavras, embora a ordem constitucional, devidamente compreendida, salvegarde pro tanto o bem-estar de todos os animais sencientes, sem prejuízo das graduações que se justifiquem pela complexidade variável das diferentes espécies, na interpretação mais caridosa do que tenham sido as finalidades do legislador só o bem-estar dos animais de companhia legitima a intervenção penal em virtude das especiais responsabilidades que nessa matéria têm os seres humanos. Trata-se de uma opção de política criminal perfeitamente defensável do ponto de vista constitucional.

5. Apesar da minha posição de princípio no sentido da legitimidade da punição dos maus tratos a animais de companhia, que me leva a demarcar-me da posição que fez vencimento, nomeadamente quanto ao juízo de inconstitucionalidade fundado no n.º 1 do artigo 27.º da Constituição, creio que a norma que consta do n.º 1 do artigo 387.º do CP, na redação aplicável nos autos, é inconstitucional por uma outra razão: por violar a exigência de lei certa ou o princípio da tipicidade em matéria penal que se extrai do n.º 1 do artigo 29.º da Constituição.

A lei é indeterminada em três aspetos importantes, cujo efeito cumulativo é uma incerteza demasiado grande quanto ao que venha a ser o facto punível. Os dois primeiros são relativamente simples. Trata-se, por um lado, da indefinição quanto ao conteúdo da ação. A lei diz que é «infligir dor, sofrimento ou quaisquer outros maus tratos físicos», sem que se compreenda bem, dada a confusão manifesta entre a conduta causal (maus tratos) e os seus efeitos (dor ou sofrimento), e abstraindo agora do problema delicado da relação entre dor e sofrimento e da possibilidade de um animal de companhia (e qualquer um) sofrer no sentido próprio do termo, a que é que se refere o adjetivo

«físicos» e qual o seu exato alcance neste contexto. Não é de todo claro, por exemplo, se confinar um animal de companhia num espaço demasiado exíguo, sujeitá-lo a privação de alimentos ou mantê-lo em condições insalubres constituem maus tratos para efeitos da prática deste crime. É igualmente duvidoso – esta a segunda indeterminação – o que se tenha pretendido denotar com a expressão «motivo legítimo», que o legislador concebeu como uma cláusula de delimitação negativa do facto punível, sobretudo tendo em conta que as sensibilidades sociais neste domínio – pense-se, por exemplo, na legitimidade da aplicação de castigos corporais mais ou menos severos a animais de companhia – são provavelmente variáveis entre grupos, comunidades e regiões.

O terceiro fator de indeterminação é mais complexo, prendendo-se com o objeto do crime. O n.º 1 do artigo 389.º define «animal de companhia» como aquele que esteja «detido» ou seja «destinado a ser detido por seres humanos», acrescentando depois «designadamente no seu lar, para seu entretenimento e companhia». O n.º 2 exclui certos casos «do disposto no número anterior»; dada a impossibilidade lógica de se excluir casos de um conceito da extensão desse mesmo conceito, o que o legislador quis dizer – presume-se – é que os casos referidos se encontram subtraídos ao âmbito de aplicação das normas incriminadoras. Mas mesmo com esta correção, o conceito de «animal de companhia» é excessivamente indeterminado, porque há diferenças importantes entre a classe dos animais efetivamente detidos e a classe dos animais destinados a ser detidos. Estes são os que, tendo ou não quem deles cuide, se encontram por natureza, em virtude de um longo processo histórico, numa posição de particular vulnerabilidade e dependência em relação aos seres humanos; as qualidades que legitimam a intervenção penal são, no que a estes animais diz respeito, predicadas na espécie a que pertencem. Pelo contrário, aqueles – os animais efetivamente detidos para entretenimento e companhia – podem ser indivíduos que não sofreram, nem têm mesmo a capacidade de sofrer, nenhum processo de hominização que os tenha tornado particularmente dependentes da ação humana; uma tarântula, uma osga ou uma pitão podem ser detidos por seres humanos para entretenimento, mas se forem devolvidos à natureza têm as suas capacidades de sobrevivência intactas. São animais – em suma – insuscetíveis de serem abandonados no sentido do artigo 388.º do CP, uma vez que não dependem verdadeiramente de cuidados humanos. Seria absurdo a lei proteger estes animais, pelo facto contingente e insignificante de serem detidos no lar e para o entretenimento de seres humanos, e não outros animais sencientes de complexidade muito superior, como são os membros de várias espécies de mamíferos e cefalópodes. Para que o tipo de crime esteja de acordo com o bem jurídico que lhe confere legitimidade, e para o alinhar com o crime de abandono que integra a mesma categoria, é necessário interpretar a expressão «animais detidos» restritivamente, como referindo-se apenas a animais que, tendo sido domesticados, se tornaram dependentes de cuidados humanos.

Claro está que num Estado de Direito seria impensável que o destinatário da lei penal tivesse o ónus de corrigir todas estas deficiências de expressão e suprir todas estas obscuridades imputáveis ao legislador. Daí a inevitabilidade da conclusão de que a norma que consta do n.º 1 do artigo 387.º do CP, na redação aplicável nos autos, é inconstitucional por violação do princípio da tipicidade penal que se extrai do n.º 1 do artigo 29.º da Constituição.

[...]” (sublinhados acrescentados).

2.2.2. A Juíza Conselheira Joana Fernandes Costa, por sua vez, apresentou a seguinte declaração de voto no Acórdão n.º 867/2021:

“[...]”

1. *Tal como a construção sufragada no Acórdão, a premissa de que parto é também a de que o legislador, apesar de dispor de uma considerável margem de conformação na definição do universo das ações e omissões criminalmente relevantes – é ao legislador parlamentar que a Constituição confia a «definição dos crimes, penas, medidas de segurança e respetivos pressupostos» (artigo 165.º, n.º 1, alínea c)) –, se encontra nessa tarefa limitado, desde logo por força do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição, pelo princípio do direito penal do bem jurídico, que fixa o primeiro dos critérios legitimadores da decisão político-criminal de submeter determinado comportamento à aplicação de sanções penais.*

Uma vez mais com a maioria, também não tenho dúvidas sobre o alcance de tal princípio: dele resulta que, num Estado de direito democrático, os bens jurídicos elegíveis pelo legislador penal não podem ser criados por ele; na medida em que constituem um prius e não um posterius da política criminal, tais bens hão de encontrar-se refletidos num «valor jurídico-constitucionalmente reconhecido» (Jorge de Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte geral, Tomo I, Coimbra, Gestlegal, 2019 p.136) ou, como se afirma do Acórdão, possuir «dignidade constitucional».

O que entendo – e talvez se inicie aqui o meu afastamento da maioria – é que a afirmação da dignidade constitucional dos bens jurídico-penais não se encontra fatalmente confinada àqueles que, à semelhança do que ocorre com a vida, a integridade física e a propriedade (artigos 24.º, 25.º e 62.º, respetivamente), ou com o ambiente e a qualidade de vida (artigo 66.º), são diretamente dedutíveis do texto da Constituição, através dos preceitos que integram o catálogo dos direitos e deveres fundamentais dos cidadãos. Bens jurídicos merecedores de tutela penal são ainda aqueles que, apesar de não se encontrarem positivados na Constituição, são, ainda assim, hermenêuticamente discerníveis e isoláveis a partir das suas normas (v., a este propósito, Augusto Silva Dias, «Delicta in Se» e «Delicta Mere Prohibita», Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 650 e ss.), encaradas estas como partes do todo em que se exprime a ordenação unitária da vida política e social de uma determinada comunidade estadual. O que se exige – e se exige absolutamente – é que nessa tarefa interpretativa se não obscureça, mas antes se evidencie – e se evidencie com total rigor e clareza –, a indispensável relação de congruência entre o bem jurídico selecionado pelo legislador penal e a ordem axiológica jurídico-constitucional.

Esta exigência carece, no entanto, de dois esclarecimentos adicionais: em primeiro lugar, a relação de congruência entre as duas ordens jurídicas não é uma relação «identidade», nem mesmo de «recíproca cobertura», mas antes de «analogia material», fundada numa correspondência de sentido e de fins, de um modo tal que possa afirmar-se que os bens jurídicos protegidos em cada momento pelo direito penal constituem concretizações de um «valor jurídico-constitucionalmente reconhecido em nome do sistema social total» (Jorge de Figueiredo Dias, ob. cit., p. 136); em segundo lugar, a ordem axiológica jurídico-constitucional, se não é uma ordem normativa totalmente aberta à experiência comunitária de valores – o que a converteria em instrumento legitimador de incriminações baseadas em meras proposições maioritárias –, também não é uma ordem normativa fixista, totalmente fechada à ressonância, nas múltiplas dimensões em que se verifica, da evolução da própria comunidade – o

que postularia a exigência de revisões constitucionais sucessivas em ordem a preservar a «relação de (quase) concomitância ou coexistência indivisa» que o direito penal mantém com a «realidade social» (v. Susana Aires de Sousa, 'Argos e o Direito Penal (uma leitura "dos crimes contra animais de companhia" à luz dos princípios da dignidade e da necessidade)', *Julgar*, n.º 32, 2017, p. 153).

Partindo destas premissas, o meu afastamento da maioria torna-se neste momento mais fácil de explicar: alinhando com aqueles que defendem que a incriminação dos maus tratos a animais de companhia tem em vista a tutela direta destes, individual ou singularmente considerados – é o caso, entre outros, de Claus Roxin, para quem «[t]odas as regulamentações jurídicas sobre a proteção de animais têm em vista a tutela dos animais e não uma finalidade de preservar a inquietação humana» ('O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova', *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2013, Ano 23, n.º 1, p. 31 e ss.) –, tendo a considerar que a circunstância dessa incriminação não ser reconduzível, como bem esclarece o Acórdão, ao âmbito de incidência do direito fundamental ao ambiente (artigo 66.º), nem poder legitimar-se, como ali também se explica, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º) e/ou de qualquer direito não escrito identificável a partir dele, não conduz, de forma necessária e automática, à conclusão de que a decisão político-criminal subjacente à introdução no CP no seu atual Título VI não encontra na Constituição a base legitimadora necessária a poder ter-se por observado o princípio do direito penal do bem jurídico.

Tentarei explicar porquê nas próximas linhas.

2. A discussão em torno das reais possibilidades de preservação do princípio penal do bem jurídico perante as novas inquietações que caracterizam as sociedades contemporâneas não é nova, como se sabe. Na doutrina penal, ela vem sendo sobretudo travada a propósito do papel do direito penal na proteção das gerações futuras, domínio em que o discurso legitimador do processo de criminalização das ações e omissões que atentam contra a sobrevivência do planeta vem abrindo caminho à defesa do deflacionamento da categoria do bem jurídico em benefício da tutela das «relações da vida como tais» ou, na medida em que daquela se não prescindia, ao menos ao reconhecimento de que, ao lado dos bens jurídicos individuais ou dotados de referente individual, existem «autênticos bens jurídicos sociais, comunitários, universais [ou] coletivos», menos dependentes do axioma onto-antropocêntrico característico do direito penal liberal, mas dotados do «mesmo nível de exigência tutelar autónoma» (Jorge de Figueiredo Dias, *ob. cit.*, p. 170 e ss.). A conexão de uns e de outros com a ordem axiológica jurídico-constitucional vem sendo estabelecida por diferentes vias: enquanto os primeiros veem assegurada a sua dignidade jurídico-penal através do catálogo dos direitos, liberdades e garantias, os segundos encontrarão refração legitimadora na ordem relativa aos direitos sociais, económicos, culturais e ecológicos.

Assumindo, como fizemos, que a criminalização dos maus-tratos a animais de companhia tem em vista a proteção direta desta categoria de animais, a abertura do direito penal à tutela de bens jurídicos coletivos não fornece um referencial legitimador suficiente. Ao contrário destes, que se caracterizam pela possibilidade de serem «gozados por todos e por cada um» e, através dessa recondução aos «interesses legítimos da pessoa» (*idem*), veem assegurada a sua elegibilidade pelo direito penal, o bem-estar dos animais de companhia, enquanto objeto de tutela direta, não constitui, como é bom de ver, um bem jurídico fruível pela pessoa, individual ou coletivamente. À face do

princípio do direito penal do bem jurídico, a legitimidade da sua integração na ordem jurídico-penal pressupõe, pois, que se vá mais além; isto é, pressupõe a aceitação de que, ao permitir que a lei restrinja direitos, liberdades e garantias de natureza constitucional com vista à salvaguarda, não apenas de outros direitos dessa natureza, mas também de «interesses constitucionalmente protegidos» (artigo 18.º, n.º 2), a Constituição abre a porta a uma compreensão do princípio do direito penal do bem jurídico numa base não exclusivamente antropocêntrica, autorizando a atribuição de relevância penal a bens jurídicos que, apesar de não gravitarem em torno das dimensões existenciais individuais e coletivas da pessoa, integram ainda assim, expressa ou implicitamente, a ordem axiológica jurídico-constitucional.

3. Se o bem-estar dos animais de companhia é encarado pelo direito penal, não enquanto expressão de um interesse intersubjetivo, mas como um valor a se, a sua conexão com a ordem axiológica jurídico-constitucional, a existir, há de procurar-se, não no catálogo dos direitos fundamentais dos cidadãos, mas antes no conjunto das tarefas fundamentais do Estado e, em particular, nos compromissos a que o vincula a Constituição. Não será, aliás, por acaso que, na sequência do processo constituinte empreendido na Alemanha, a que o Acórdão se refere no ponto 13., a Lei Fundamental de Bona optou por resolver o problema da proteção constitucional dos animais através da atribuição ao Estado, «tendo em conta também a sua responsabilidade frente às gerações futuras», do dever de «proteger os recursos naturais vitais e os animais» (artigo 20a).

De acordo com a posição que fez vencimento, a inclusão destas «três decisivas palavras» finais no texto do artigo 20a da Lei Fundamental de Bona – sem qualquer correspondência ou paralelo na Constituição da República Portuguesa – «oferece[u] tutela penal, no plano do direito ordinário, à generalidade dos animais vertebrados, no § 17 da Tierschutzgesetz, a Lei de Proteção dos Animais», atribuindo ao legislador ordinário o título necessário à criminalização dos comportamentos maltratantes empreendidos pelo homem. Não há qualquer razão para divergir desta afirmação: se em vista se tinha a incriminação de condutas que, sem motivo razoável, causam a morte ou infligem dor e sofrimento consideráveis a todo e qualquer animal, desde que vertebrado, independentemente da relação em que o mesmo se encontre com o homem, só um processo de revisão constitucional que viesse a culminar, como efetivamente sucedeu, na atribuição ao Estado do dever de proteger «os animais» poderia legitimar o processo de criminalização expresso no § 17 da Tierschutzgesetz, tendo em conta a coesão que carece de verificar-se entre as duas ordens normativas.

Assim não sucede, contudo, se, como ocorre na ordem jurídica portuguesa, em causa (apenas) estiver a proteção penal do bem-estar dos animais de companhia.

4. Abstraindo, por ora, do nível de (in)determinação evidenciado pelo tipo legal constante do n.º 1 do artigo 387.º do CP, na versão decorrente da Lei n.º 69/2014, de 29 de agosto – a única em causa nos presentes autos –, pode afirmar-se com relativa segurança que, do ponto de vista político-criminal, a opção pela incriminação dos maus tratos a animais de companhia releva sobretudo do propósito de limitar o âmbito dos poderes de disposição do respetivo proprietário, possuidor ou detentor, desse âmbito excluindo a faculdade de infligir a animal de companhia próprio, possuído ou detido de dor, sofrimento ou quaisquer outros maus tratos físicos, sem motivo legítimo. É por isso que, apesar de não se tratar verdadeiramente aqui de um crime específico – isto é, um crime cuja comissão se encontre reservada a uma certa categoria de agentes, em função da sua posição ou estatuto –, a

doutrina não deixe ainda assim de o associar ao interesse na preservação da integridade física, da saúde e da vida dos animais «em função de uma certa relação atual ou potencial com o agente do crime» (cf., ainda que subscrevendo a tese da tutela indireta, Teresa Quintela de Brito, “Os crimes de maus tratos e abandono de animais de companhia: direito penal simbólico?”, Revista CEDOUA, n.º 2, p. 17).

Deste ponto de vista, que tenho por correto, a proteção penal do bem-estar dos animais companhia encontrará a sua justificação, não tanto (ou não apenas) na circunstância de estes pertencerem, em regra, à categoria dos animais sencientes – isto é, animais com «capacidade de sentir, perceber ou de ter consciência, ou de experimentar a subjetividade» (Alexandra Reis Moreira, “Perspetivas quanto à aplicação da nova legislação”, Animais: deveres e direitos, p. 154, nota 1, disponível em https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_animais_deveres_direitos_2015.pdf), como são todos os mamíferos, as aves e os polvos cefalópodes (Declaração de Cambridge sobre a Consciência, de 7 de julho de 2012) –, mas sim, e decisivamente, no tipo de relação que com eles estabeleceu o homem: ao retirá-los do seu circuito natural de vida, «trazendo-os ao convívio da sociedade [e] tornando-os dela dependentes» (Natália de Campos Grey, 2010, Dever fundamental de proteção aos animais, disponível em <http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4106/1/425135.pdf>), o homem sujeitou os animais em que procurou companhia (e com os quais estabeleceu uma interação tendencialmente recíproca) a um processo de contínua vulnerabilização, diminuindo radicalmente a possibilidade de os mesmos proverem ao respetivo bem-estar com independência e autonomia.

É justamente nesta relação de dependência existencial, caracterizada por uma espécie de posição de garante perante o bem-estar dos animais que o homem converteu em sua companhia, que há de revelar-se a conexão do crime tipificado no n.º 1 do artigo 387.º do CP, na versão ora considerada, com a ordem axiológica jurídico-constitucional.

5. No segmento final do seu artigo 1.º – sem correspondência, aliás, na Lei Fundamental de Bona –, a Constituição vincula a República – e, conseqüentemente, o próprio Estado – a empenhar-se na «construção de uma sociedade [...] solidária». Isto é, na edificação de «uma ordem referenciada através de momentos de solidariedade e de corresponsabilidade de todos os membros da comunidade uns com os outros» (Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I, Coimbra, 2007, p. 200-201), mas também – não há hoje razões para o não afirmar – dos membros da comunidade para com aqueles animais que aqueles colocaram na sua direta dependência, para «seu entretenimento e companhia» (artigo 389.º, n.º 1, do CP). É por isso que a «relação de cuidado-de-perigo» em que se funda a ordem penal, apesar de continuar a ser fundamentalmente uma relação «entre homens e mulheres em comunidade», há de poder compreender também a especial forma de relatio que o homem estabeleceu com aquela categoria de animais (no sentido oposto, cf. José de Faria Costa, “Sobre o objeto da proteção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não liberal”, Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 142.º, janeiro-fevereiro de 2013, p. 171), sem com isso incorrer – e é o que aqui importa – no risco de se desvincular da ordem axiológica subjacente à ordenação unitária da vida política e social expressa na Constituição.

Perante o princípio do direito penal do bem jurídico, a legitimidade da criminalização dos maus tratos a animais de companhia reside precisamente aqui. Na circunstância de os momentos de solidariedade

pressupostos pelo tipo de sociedade que a Constituição encarrega o Estado de promover não excluïrem, antes acomodarem, a valorização pela ordem jurídico-penal da relação de cuidado-deperigo em que o homem ficou investido perante os animais que colocou na sua dependência, legitimando assim a limitação por via penal do chamado «anything goes» – expressão usada por R. G. Frey para designar a posição que defende a possibilidade de “fazermos o que quisermos” com os animais (“Animals”, The Oxford Handbook of Practical Ethics, ed. Hugh LaFollette, 2003, reedição de 2009, p. 167 e ss.); ou, numa formulação mais próxima, a limitação dos poderes absolutos de disposição sobre animais de companhia, por via da imposição a quem com eles interage de um dever de abstenção da prática de atos causadores de dor ou sofrimento graves e desnecessários e/ou de forma impiedosa ou cruel.

Se assim for, o processo de criminalização dos maus tratos a animais de companhia não apenas se achará positivamente legitimado à face do princípio do direito penal do bem jurídico – na medida em que tutela penal terá por objeto um bem jurídico dedutível (e dedutível com suficiente tangibilidade), do dever (pré-existente) do Estado promover a construção de uma sociedade solidária –, como não enfrentará o risco de se debater, nem com os limites traçados pela função negativa que aquele princípio igualmente desempenha – ao proscrever a incriminação de puras violações morais, proposições meramente ideológicas e/ou valores de mera ordenação (v. Jorge de Figueiredo Dias, ob. cit., p. 141 e ss.) –, nem com os limites que decorrem da natureza fragmentária e subsidiária que a Constituição, ainda por força do n.º 2 do seu artigo 18.º, fixa ao direito penal.

Resta apenas verificar se o nível de determinação evidenciado pelo tipo legal que resulta da conjugação dos artigos 387.º, n.º 1, e 389.º, n.º 1, do CP, na versão ora considerada, permite que se alcance uma conclusão segura a este respeito.

6. No seu artigo 29.º, a Constituição acolhe expressamente o princípio da legalidade penal, enquanto garantia pessoal de não punição fora do âmbito de uma lei escrita, prévia, certa e estrita. Com a exigência de lei certa – aquela que agora releva – quer-se significar que a lei que cria ou agrava responsabilidade criminal deve especificar suficientemente os factos que integram o tipo legal de crime (ou que constituem os pressupostos da aplicação de uma pena ou medida de segurança). Nesta aceção, o princípio da legalidade penal tem como corolário o princípio da tipicidade, vinculando o legislador a levar a caracterização do ilícito típico a um ponto tal que torne possível aos destinatários da norma incriminadora conhecer os elementos, objetivos e subjetivos, que integram da infração, e, através da apreensão por essa forma tanto do valor protegido como do comportamento proibido, exercerem, de forma consciente e esclarecida, a respetiva liberdade de autodeterminação (cf. Acórdão n.º 606/2018).

Tendo em conta o acentuado nível de indeterminação dos conceitos utilizados na descrição quer do objeto da conduta incriminada – «qualquer animal detido ou destinado a ser detido por seres humanos [...], para seu entretenimento e companhia» (artigo 389.º, n.º 1) –, quer do conteúdo da ação proibida – «infligir dor, sofrimento ou quaisquer outros maus tratos físicos» a animal que se encontre naquelas condições, «sem motivo legítimo» (artigo 387.º, n.º 1) –, o tipo legal em que se concretizou o processo de criminalização dos maus tratos a animal de companhia não dispõe de precisão e densidade suficientes para permitir ao conjunto, mais ou menos vasto, dos potenciais autores do ilícito-típico a antecipação do comportamento vedado (sobre os vários problemas

hermenêuticos suscitados pelo tipo, v. Pedro Mendes Lima e Pedro Soares de Albergaria, “Sete vidas: a difícil determinação do bem jurídico protegido nos crimes de maus-tratos e abandono de animais”, Julgar, n.º 28, p. 156 e ss.), tornando-se por isso incompatível com a exigência de lei certa, decorrente do n.º 1 do artigo 29.º da Constituição. Incompatibilidade tanto mais severa quanto certo é que, justamente por se tratar da proteção de um bem jurídico não reconduzível às dimensões existenciais individuais e coletivas da pessoa, a observância dos parâmetros de determinabilidade do tipo assume um papel decisivo tanto na referência da conduta proibida ao bem jurídico com assento constitucional, como no acatamento da contenção postulada pela natureza subsidiária e pelo carácter fragmentário de toda a lei penal.

É aqui, e não na violação dos artigos 27.º e 18.º, n.º 2, da Constituição, que reside, a meu ver, a razão que torna materialmente inconstitucional a norma que integra o objeto do presente recurso.

[...]” (sublinhados acrescentados).

2.2.3. O juízo de inconstitucionalidade afirmado no Acórdão n.º 867/2021 foi, posteriormente, reiterado pelos Acórdãos n.ºs 9/2023 (neste caso, por referência à norma que tipifica o crime de maus tratos de animal de companhia contida no artigo 387.º, n.ºs 1 e 2, do CP, na redação introduzida pela Lei n.º 69/2014, de 29 de agosto, em conjugação com o artigo 389.º, n.ºs 1 e 2, do mesmo diploma, na mesma redação, assentando a decisão principalmente no fundamento da indeterminabilidade do tipo legal) e 217/2023 e pelas Decisões Sumárias n.ºs 248/2022, 344/2022, 427/2022, 772/2022, 781/2022, 203/2023 e 251/2023. Acresce que (como melhor se verá adiante, na parte B/ desta decisão) idêntico juízo de inconstitucionalidade recaiu sobre a norma substancialmente equivalente do artigo 387.º, n.º 3, do CP, na redação introduzida pela Lei n.º 39/2020, de 18 de agosto, pelos Acórdãos n.ºs 781/2022 e 843/2022 (neste caso, assentando a decisão no fundamento da indeterminabilidade do tipo legal) e pelas Decisões Sumárias n.ºs 786/2022, 13/2023 e 14/2023.

2.2.4. Por fim, divergindo do juízo de inconstitucionalidade dos Acórdãos n.ºs 843/2022 e 9/2023, o ora relator, em declaração de voto aposta ao primeiro e reiterada no segundo, entendeu que *i)* não há lugar a um juízo de censura relativamente à norma incriminatória por falta de legitimação constitucional da incriminação, nem tão-pouco *ii)* existe fundamento para afirmar a indeterminabilidade da norma que tipifica o crime de maus tratos de animal de companhia.

2.3. Facilmente reconhecemos na discussão desta questão no Tribunal dois grandes pontos temáticos de dissídio: um relativo à identificação de um bem jurídico com dignidade constitucional que justifique a incriminação; outro relativo à exigência de determinabilidade da lei penal. Sintetizando esses domínios temáticos, diremos que:

[I] a posição do Acórdão n.º 867/2021 e da jurisprudência subsequente que nele se apoia vai no sentido da inexistência de um bem jurídico apto a suportar o crime previsto (atualmente) no artigo 387.º, n.º 3, do CP, porquanto: **(a)** a proteção dos animais que decorre do artigo 66.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) é incidental e não individualizada, dependendo da sua relevância para o ambiente; **(b)** a ideia de dignidade da pessoa humana consagrada no artigo 1.º da CRP não tem densidade suficiente para nela radicar o fundamento da norma que tipifica o crime, nem permite uma equiparação entre animais e seres humanos; **(c)** não é viável configurá-lo como crime

de perigo abstrato contra o ambiente; e **(d)** a própria arquitetura do tipo penal é incompatível com a tutela da propriedade;

[II] a posição afirmada na declaração de voto transcrita em 2.2.1., *supra*, vai no sentido de que **(a)** é possível reconhecer um bem jurídico relevante extraível da ideia de dignidade da pessoa humana (artigo 1.º da CRP), admitindo-se que o bem-estar dos animais de companhia legitima a intervenção penal em virtude das responsabilidades dos seres humanos, “[...] visto que os animais de companhia são aqueles por cujo bem-estar os seres humanos, que em boa medida os desnaturaram e docilizaram, privando-os de capacidades indispensáveis para a sobrevivência na natureza e desarmando-os dos instintos de defesa contra a agressão, têm uma responsabilidade acrescida”; todavia, **(b)** a norma viola o princípio da tipicidade em matéria penal (artigo 29.º, n.º 1, da CRP), sendo triplamente indeterminada – **(b.1.)** quanto ao conteúdo da ação; **(b.2.)** quanto ao significado de “motivo legítimo”; e **(b.3)** quanto ao objeto da ação (“animal de companhia”), tendo a apreciação da indeterminabilidade da norma incriminatória alguns reflexos nos Acórdãos n.ºs 843/2022 e 9/2023;

[III] a posição afirmada na declaração de voto transcrita em 2.2.2., *supra*, vai no sentido de que **(a)** a dignidade constitucional dos bens jurídico-penais não se limita aos que são diretamente dedutíveis do texto da Constituição – aceitando-se que o fundamento da incriminação não pode alcançar-se a partir do artigo 66.º ou do segmento inicial do artigo 1.º da CRP, que consagra o princípio da dignidade da pessoa humana, admite-se que “[...] a Constituição abre a porta a uma compreensão do princípio do direito penal do bem jurídico numa base não exclusivamente antropocêntrica, autorizando a atribuição de relevância penal a bens jurídicos que, apesar de não gravitarem em torno das dimensões existenciais individuais e coletivas da pessoa, integram ainda assim, expressa ou implicitamente, a ordem axiológica jurídico-constitucional”, podendo encontrar-se na “[...] relação de dependência existencial, caracterizada por uma espécie de posição de garante perante o bem-estar dos animais que o homem converteu em sua companhia, que há de revelar-se a conexão do crime tipificado no n.º 1 do artigo 387.º do CP, na versão ora considerada, com a ordem axiológica jurídico-constitucional”, reconduzindo-se, então, a um valor contido no “segmento final do artigo 1.º – sem correspondência, aliás, na Lei Fundamental de Bona –, no qual a Constituição vincula a República – e, conseqüentemente, o próprio Estado – a empenhar-se na «construção de uma sociedade [...] solidária”; porém, **(b)** a norma viola o princípio da legalidade, enquanto exigência de lei certa (artigo 29.º, n.º 1, da CRP), sendo indeterminada **(b.1.)** quanto ao conteúdo da ação (“infligir dor, sofrimento ou quaisquer outros maus tratos físicos” e “sem motivo legítimo”); e **(b.2.)** quanto ao objeto da ação (“animal de companhia”, definido como “qualquer animal detido ou destinado a ser detido por seres humanos [...], para seu entretenimento e companhia”), tendo a apreciação da indeterminabilidade da norma incriminatória alguns reflexos nos Acórdãos n.ºs 843/2022 e 9/2023; e

[IV] a posição afirmada na declaração de voto referida em 2.2.4., *supra*, vai no sentido de não se verificar obstáculo jurídico-constitucional à incriminação, seja no plano da legitimação constitucional desta, seja no plano da determinabilidade da norma que tipifica o crime.

Assim, há que enfrentar a questão de inconstitucionalidade que nos é apresentada pelas duas perspectivas fundamentais em confronto – a da (in)existência de bem jurídico, por um lado, e a da (in)determinabilidade da lei penal, por outro.

[O bem jurídico]

2.4. Os termos em que se discute a questão da (in)existência de bem jurídico que sirva de base à incriminação prevista na norma *sub judice* revelam que a doutrina dos fundamentos da incriminação não se encontra encerrada – efetivamente, é possível encontrar aproximações ao problema mais “ortodoxas” (na linha do Acórdão n.º 867/2021) e outras mais “flexíveis” ou “abertas” (de que constituem exemplos, embora diferentes entre si, as declarações de voto apostas àquele acórdão e a declaração de voto aposta ao Acórdão n.º 843/2022).

2.4.1. Não obstante o fundamento constitucional da limitação da tutela penal aos animais de companhia nos projetos de lei que antecederam a criação do tipo de crime aqui em causa não seja totalmente claro, os bens jurídicos que o legislador penal quis acautelar com a incriminação (em todo o Título IV do Código Penal) foram a vida (enquanto existência física, atingida no crime preterintencional do n.º 2 do artigo 387.º) e a integridade física dos animais de companhia individualmente considerados. O Projeto de Lei n.º 474/XII refere a “*natureza própria dos animais enquanto seres vivos sensíveis*” e o projeto de Lei n.º 475/XII invoca o “*bem-estar*” e a “*dignidade*” dos animais. Não restam, portanto, dúvidas de que o legislador penal aceita o “*intrínseco merecimento de tutela*” por parte dos animais. Cumpre, no entanto, determinar se a vida (enquanto existência física) e a integridade física dos animais de companhia têm dignidade penal, ou seja, se encontram fundamento na Constituição.

O acolhimento de tais interesses no referido plano não é inédito no direito comparado. Em certas ordens constitucionais, existe um reconhecimento constitucional expresso da necessidade de promover o bem-estar e a dignidade dos animais [cfr., por exemplo, as constituições da Alemanha (artigo 20.ªa), Áustria, (artigo 11.º), Bolívia (artigo 302.º, I, 5), Brasil (artigo 225.º), Egipto (artigo 45.º), Eslovénia (artigo 72.º), Índia (artigo 51.º A(g)), Luxemburgo (artigo 11.º), Suíça (artigo 120.º-2) e União Europeia (artigo 13.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, doravante TFUE)] e existe, igualmente, um já considerável acervo na jurisprudência constitucional sobre bem-estar animal nas ordens constitucionais acima indicadas, como, por exemplo, 1BvR 1702/09 (28/09/2009) ECLI: De:BVerfG: 2009:rk20090928.1bvr170209 (Alemanha), 1 BvR 1778/01 (16/03/2004) ECLI:DE:BVerfG:2004:rs20040316.1bvr177801(Alemanha), 1 BvR 1864/14 (08/12/2015) ECLI:DE:BVerfG:2015:rk20151208.1bvr186414 (Alemanha), 1 BvR 2084/05 (13/12/2006) ECLI:DE:BVerfG:2006:rk20061213.1bvr208405 (Alemanha), 1 BvR 2186/06 (03/07/2007) ECLI:DE:BVerfG:2007:rs20070703.1bvr218606 (Alemanha), 2 BvF 1/07 (12/10/2010) ECLI:DE:BVerfG:2010:fs20101012.2bvf000107 (Alemanha), ADI 1,856-6/RJ (03/09/1998) STF (Brasil), ADI 2,514-7/SC (29/06/2005) STF (Brasil), ADI 3,776-5 (14/06/2007) STF (Brasil), AIIMS Students’ Union v. AIIMS (2002) 1 SCC 428 (Índia), American Pit Bull Terrier Schweiz und Mitarbeiter gegen Kantonsrat des Kantons Zürich (13/01/2010) BGE 136 I 1 (Suíça), Animal Welfare Board of India v. A Nagaraja and Others (2014) 7 SCC 547 (Índia) Acórdão 46/08 (26/09/2008) CC (Luxemburgo), Association CANIS et Consorts c. Conseil d’Etat du Canton du Valais (27/04/2007) BGE 133 I 249 (Suíça), BVerwG 3 C 30.05 (23/11/2006) ECLI:DE:BVerwG:2006:231106U3C30.05.0 (Alemanha), Acórdão de 12/07/2001, processo n.º C-189/01 (Tribunal de Justiça), Acórdão de 24/03/1994, processo n.º C-2/92 (Tribunal de Justiça), Acórdão de 19/06/2008, processo n.º C-219/07 (Tribunal de Justiça), Acórdão de 14/06/2012, processo n.º C-355/11 (Tribunal de Justiça), Acórdão de

23/04/2015, processo n.º C-424/13 (Tribunal de Justiça), Acórdão de 09/09/2004, processo n.º U-I-315/04 CC (Eslovénia), Centre for Environmental Law WWF-I v. Union of India and Others (2013) 8 SCC 234 (Índia), G167/2014 (04/03/2015) V83/2014 (Áustria), GZ G220/06 (16/06/2007) VfSlg 18150 (Áustria), GZ G73/05 (07/12/2005) VFSLG.17731 (Áustria), GZ G74/11 (01/12/2011) V63/11, VFSLG 19568 (Áustria), Indian Handicrafts Emporium v. Union of Indian and Others (2003) 7 SCC 589 (Índia), RE 153.531-8/SC (03/06/1997) STF (Brasil), State of Gujarat v. Mirzapur Moti Kureshi Kassab Jamat (2005) 8 SCC 534 (Índia), TN Godavarman Thirumalpad v. Union of India (2002) 10 SCC 606 (Índia), TN Godavarman v. Union of India (2012) 3 SCC 277 (Índia) e X e Y v. Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich und Mitarbeiter (07/10/2009) BGE 135 II 384/135 II 405 (Suíça).

Existem, também, diversos instrumentos de direito interno, europeu e internacional orientados para a proteção dos animais [em detalhe, cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, vol. III, 4.ª ed., com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro, Coimbra, 2019, pp. 297 e ss.; Concepción Castro Álvarez, *Los animales y su estatuto jurídico: protección y utilización de los animales en el derecho*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 74 e ss.]. Merece destaque o já referido artigo 13.º do TFUE, ao prever que “[n]a 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”, dizendo respeito ao bem-estar de animais individualmente considerados (assim, Markus Klamert, in Manuel Kellerbauer, Marcus Klamert e Jonathan Tomkin, *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: a commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 390). Não obstante a restrição expressa aos “[...] domínios da agricultura, da pesca, dos transportes, do mercado interno, da investigação e desenvolvimento tecnológico e do espaço”, há quem veja nesta previsão “[...] também um princípio geral do direito, [...] de reconhecimento, como valor, do bem-estar dos animais enquanto seres sencientes-sensíveis” [cfr. Concepción Castro Álvarez, *Los Animales...*, cit., pp. 131, citando E. Alonso García, “El artículo 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: los animales como seres «sensibles (sentientes)» a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, in D. Favre e T. Giménez-Candela, *Animales y Derecho/Animals and the Law*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 17 e ss.].

No plano interno infraconstitucional, recentemente, para além da modificação do direito penal ora em análise, o Código Civil foi alterado pela Lei n.º 8/2017, de 3 de março, que conferiu um novo estatuto jurídico aos animais (artigos 201.º-B e ss.), relativamente ao qual se poderá afirmar, em resumida conclusão, o seguinte (António Menezes Cordeiro, *ibidem*, pp. 314/315):

“[...]”

III. A hipótese de se reconhecerem direitos aos animais – e, eventualmente, alguns ‘deveres’ elementares, como o de respeitar o ser humano, sob ‘pena’ de serem abatidos (artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 276/2001, de 17 de outubro) – envolveria o reconhecê-los como centros de imputação de normas jurídicas o que é dizer: admiti-los como pessoas não-humanas.

A personalização dos animais não repugna aos civilistas: não atenta contra a dignidade do ser humano (pelo contrário!) e é moeda-corrente no Direito privado, através das pessoas coletivas. Pela nossa parte, acolhê-la-íamos de bom grado. Mas a eventual personificação dos animais coloca desafios jurídico-científicos que, de momento, não parece possível ultrapassar.

Assim:

(1) haveria que traçar uma fronteira de personificação: esta perderia sentido se abrangesse todos os animais; onde traçá-la? nos vertebrados? nos mamíferos? nos primatas? nos animais em extinção? nos de companhia?

(2) seria necessário montar, para cada animal, um sistema de representação, do tipo tutela; definindo-a como?

Não parece que uma personificação envolvesse, por si, uma proteção mais adequada. Melhor será avançar no sentido do aperfeiçoamento das normas já existentes e, sobretudo: na sua aplicação efetiva. Todavia, a hipótese de personificação dos primatas hominóides está em aberto e deve ser discutida.

IV. Ficamo-nos, pois, pelos animais como objeto de direitos e centro de deveres dos 'donos' diverso das coisas corpóreas. Recuperando a contraposição entre as aceções lata (o que não é pessoa), própria (o que, não sendo pessoa, possa ser objeto de direitos e de obrigações) e estrita (objeto material apropriável), o animal integra a segunda categoria: não é pessoa, não é coisa corpórea stricto sensu e pode ser objeto de direitos.

[...]" (sublinhado acrescentado).

Neste contexto, o Tribunal não é chamado a pronunciar-se sobre a melhor forma de reconhecimento jurídico do estatuto moral dos animais, em geral, e dos animais de companhia, em particular. E também não é chamado a pronunciar-se sobre a existência de direitos subjetivos, mercedores de tutela jurídica, de que sejam titulares os animais, sem prejuízo da enorme latitude em que a discussão pode assentar nos planos jurídico e mesmo filosófico (cfr., designadamente, Martha C. Nussbaum, "Working with and for Animals: Getting the Theoretical Framework Right", *Denver Law Review*, vol. 94, n.º 4, pp. 610 e ss., Cass R. Sunstein, "The Rights of Animals", *University of Chicago Law Review*, 70, pp. 387 e ss., F. R. Ascione e K. Shapiro, "People and animals, kindness and cruelty: research directions and policy implications", *Journal of Social Issues*, 65(3), pp. 569 e ss., e Yaffa Epstein e Eva Bernet Kempers, *Animals and Nature as Rights Holders in the European Union*, *Modern Law Review*, vol. 86, n.º 6, pp. 1336 e ss.). Não obstante, os exemplos referidos não deixam de sinalizar uma certa evolução axiológica geral à qual a ordem jurídica nacional não será absolutamente indiferente, enquanto sistema também ele evolutivo, dialogante com outros sistemas e, nessa medida, permeável a referências mútuas – em suma, as alterações do direito infraconstitucional e de outros sistemas constitucionais indiciam a progressão do sentimento comunitário relativamente aos animais e permitem compreender melhor um certo sentido da evolução da relação dos seres humanos com aqueles, que o direito acaba por receber e refletir, reconhecendo certas prerrogativas a seres vivos não humanos

Sem prejuízo do exposto, o Tribunal deve concentrar-se, essencialmente, nos limites que a Constituição, adequadamente interpretada, atualmente impõe ou não impõe ao legislador penal.

2.4.2. Perante as posições em debate quanto à (in)existência de um bem jurídico que possa suportar a incriminação, a verdadeira *cisão* verifica-se entre os que entendem que ele inexistente em sede constitucional e os que entendem que existe. Entre os últimos, há quem o encontre no artigo 1.º da CRP (declaração de voto transcrita em 2.2.1., *supra*), quem o localize no artigo 66.º da CRP (declaração de voto referida em 2.2.4., *supra*) e quem o retire do “*segmento final do artigo 1.º – sem correspondência, aliás, na Lei Fundamental de Bona –, no qual Constituição vincula a República – e, conseqüentemente, o próprio Estado – a empenhar-se na «construção de uma sociedade [...] solidária»* (declaração de voto transcrita em 2.2.2., *supra*). Não obstante, *todas estas posições* reconhecem um bem jurídico com acolhimento constitucional – importa, pois, aferir se a concordância neste ponto tem implicações para a presente decisão.

2.4.3. Nem sempre o alargamento do direito penal por via legislativa encontrou fácil ou evidente justificação na dogmática penal, que, por sua vez, foi também ajustando os critérios que definem as margens da legitimação da incriminação numa tentativa de dar resposta à evolução dos valores relativamente a cuja proteção a comunidade foi estabelecendo consensos, ao longo do tempo. A tarefa apresenta-se especialmente complexa à medida que os interesses protegidos são menos individuais ou individualizáveis e que a sua matriz antropocêntrica se vai desvanecendo, obrigando a repensar a conexão com interesses humanos. Assim, há quem afirme que “[...] o processo de legitimação do Direito Penal no Estado de Direito democrático não exige um Código Penal com uma única espécie de tipos criminais, mas sim uma forma de justificar racionalmente os tipos criminais consagrados pelo legislador” (Maria Fernanda Palma, *Direito Penal*, 4.ª ed., Lisboa, 2021, p. 82) e, de seguida, questionar se essa legitimação se alcança através de modelos menos rígidos:

“[...]”

[O] modelo argumentativo [que a referida Autora propõe] não se baseia exclusivamente na proteção de bens jurídicos, entendidos como interesses substanciais concretos, associados a condições existenciais individuais e coletivas, mas apela a uma relação com o Estado democrático, a uma lógica de preservação da subjetividade e do reconhecimento dos interesses essenciais dos outros. Esta referência à participação no Estado de Direito e ao reconhecimento da subjetividade alheia ultrapassa, em certos casos, a utilização rígida do conceito de bem jurídico, definido como uma necessidade ou interesse intersubjetivo, histórica e culturalmente concretizado (algo com a qualidade de bom, materializado num valor mantendo um referente concreto). Uma dimensão da pessoa, como, por exemplo, o valor da sua livre orientação sexual, do seu desenvolvimento enquanto criança ou adolescente, a responsabilidade pela natureza ou pelas gerações futuras (na perspetiva de uma cidadania participativa) podem ser interesses suficientemente relevantes para legitimar incriminações que, em última análise, têm uma vaga referência a bens jurídicos no sentido tradicional.

A equivocidade do conceito de bem jurídico, inspirado no conceito de *Rechtsgut* – que tanto abrange dimensões pessoais como meramente comunitárias – a sua pouca densificação e a possibilidade de servir várias finalidades, torna cada vez mais pertinente utilizá-lo apenas como conceito exploratório de critérios limitadores das normas incriminadoras, que permitirá, em última análise, reconhecer algumas características de que depende a legitimidade das mesmas.

Assim, o bem jurídico apelaria à necessidade de as normas penais terem um referente relacional (inter-individual ou indivíduo-comunidade), um valor constitutivo da realidade social, que, na linha

liberal de Stuart Mill, Feinberg veio a qualificar como o 'harm to others'. E apelaria também, noutros casos, à necessidade de as normas penais terem como referente o binómio pessoa-sociedade, pessoa-Estado ou mesmo pessoa-mundo, como expressão de uma responsabilidade pelos outros ou compromisso para com uma comunidade (que não contradiga, antes potencie, o desenvolvimento da subjetividade, num plano de iguais oportunidades), na linha de uma ética da responsabilidade pelo 'mundo'.

Deste modo, a discussão sobre o bem jurídico é apenas uma porta aberta para um limite da intervenção penal relativamente ao que pode ser pedido pelo Estado a cada pessoa enquanto participante num projeto, em que os interesses na preservação do desenvolvimento de si e dos outros sejam considerados

[...]” (Direito Penal, cit., pp. 83/84).

Deve, pois, ter-se presente que os exatos termos em que o direito penal deve encontrar suporte ou referência na Constituição não são propriamente isentos de debate. Sirva de exemplo, para além do que se acaba de citar, a diferente aproximação ao problema que apresentam Jorge de Figueiredo Dias e José de Faria Costa. Para o primeiro (*Direito penal: Parte geral*, tomo I – *Questões fundamentais da doutrina do crime*, com colaboração de Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa, Nuno Brandão e Sónia Fidalgo, 3.^a ed., Coimbra, 2019, pp. 136/138, § 25):

“[...]

[Um] bem jurídico político-criminalmente tutelável existe ali – e só ali – onde se encontre refletido num valor jurídico-constitucionalmente reconhecido em nome do sistema social total e que, deste modo, se pode afirmar que ‘preexiste’ ao ordenamento jurídico-penal. O que por sua vez implica a afirmação de um princípio jurídico-constitucional implícito do direito penal do bem jurídico e significa que entre a ordem axiológica jurídico-constitucional e a ordem legal – jurídico-penal – dos bens jurídicos tem por força de verificar-se uma qualquer relação de mútua referência. Relação que não será de ‘identidade’, ou mesmo só de ‘recíproca cobertura’, mas de analogia material, fundada numa essencial correspondência de sentido e – do ponto de vista da sua tutela – de fins. Correspondência que deriva, ainda ela, de a ordem jurídico-constitucional constituir o quadro obrigatório de referência e, ao mesmo tempo, o critério regulativo da atividade punitiva do Estado. É nesta aceção que os bens jurídicos protegidos pelo direito penal devem considerar-se concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação social, política e económica.

É por esta via – e só por ela, em definitivo – que os bens jurídicos se ‘transformam’ em bens jurídicos dignos de tutela penal ou com dignidade jurídico-penal, numa palavra, em bens jurídico-penais.

A forma de relacionamento entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos dignos de tutela penal permite, de resto, alcançar e fundamentar uma distinção que a cada dia se revela mais importante para a política criminal e a dogmática jurídico penal: a distinção entre o chamado direito penal de justiça, direito penal “clássico” ou direito penal primário, de um lado, essencialmente correspondente àquele que se encontra contido nos códigos penais; e de outro lado o direito penal administrativo, direito penal secundário ou direito penal extravagante, por isso contido em leis avulsas não integradas nos códigos penais. A diferença entre estas duas categorias, à primeira

vista de carácter formal e ocasional, acaba no fundo por radicar essencialmente, de um ponto de vista material, no diferente âmbito de relacionamento do bem jurídico com a ordenação axiológica constitucional. Pois enquanto os crimes do direito penal de justiça se relacionam em último termo, direta ou indiretamente, com a ordenação jurídico-constitucional relativa aos direitos, liberdades e garantias das pessoas, já os do direito penal secundário – e de que se encontram exemplos por excelência no direito penal económico (da empresa, do mercado de trabalho, da segurança social...), financeiro, fiscal, aduaneiro, etc. – se relacionam essencialmente com a ordenação jurídico-constitucional relativa aos direitos sociais e à organização económica. Diferença que radica, por sua vez, na existência de duas zonas relativamente autónomas na atividade tutelar do Estado: uma que visa proteger a esfera de atuação especificamente pessoal (embora não necessariamente ‘individual’) do homem: do homem ‘como este homem’; a outra que visa proteger a sua esfera de atuação social: do homem ‘como membro da comunidade’.

[...]”.

Já para José de Faria Costa [*O perigo em direito penal*, Coimbra, 2000 (reimpressão), p. 270]:

“[...]

[Se] a ordem constitucional protege o bem jurídico da vida e se a ordem penal também o faz, há aqui uma coincidência de normatividades e de sentidos que não é fruto, neste particular, de uma vinculação direta e imediata da ordem penal à ordem constitucional. É algo que corresponde à densificação que a essencialidade exige. O bem jurídico vida, postulando-se como um bem jurídico essencial, cuja proteção é exigida pela ordem jurídica global, vincula materialmente as ordens constitucional e penal que a protejam. Por isso se dá a coincidência de proteção entre ordem constitucional e ordem penal.

[...]”.

Sobre esta diferença, que radica na ideia de constituição material, João Carlos Loureiro (“A tentação de Midas: panconstitucionalismo(s), idolatria(s) e realização do direito”, in *Juízo ou decisão? O problema da realização jurisdicional do direito*, Coimbra, 2016, pp. 101/103) tece as seguintes considerações:

“[...]

Para nós, que nos temos insurgido contra uma conceção imperialista de direito constitucional, não é difícil defender quer a relevância das dogmáticas regionais, no reconhecimento da autonomia do direito, quer como a multiplicidade de portas de entrada de bens no ordenamento jurídico. Isto é, neste último caso, é admissível que o direito penal seja locus de reconhecimento de valores fundamentais e, assim sendo, materialmente constitucionais. Afigura-se-nos que a controvérsia passa pelo eixo constituição material (numa aceção normativa, que não sociológica, para a qual preferimos a fórmula constituição real, evitando outros equívocos) e constituição formal. A referência constitucional só pode ter pertinência em termos materiais, neste caso da dimensão valorativa, não já da constituição como Wertordnung, antes como consagradora dos Grundwerte (valores fundamentais). O que acontece é que reconhecida a sua essencialidade em termos de consciência

jurídica, há uma constitucionalização, ainda que, até à revisão ou a uma nova lei fundamental, só material. Aliás, Castanheira Neves remete precisamente para as posições de Faria Costa, que se confrontou com Jorge de Figueiredo Dias, o qual, como vimos, toma como prius o referente constitucional em matéria de bens criminais.

O exemplo que Faria Costa dá do bem ambiente ilustra bem a questão. Refere-se à situação na República Federal da Alemanha, onde, na construção do 'Estado (constitucional) ecológico', o legislador penal previu a proteção do referido bem antes de ele ter assento expresso na Lei Fundamental, o que só aconteceu, aliás, em 1994. Mas, a ausência de previsão específica na Grundgesetz não significa que não fosse reconhecido como um bem constitucional, podendo até discutir-se se o 'princípio responsabilidade' do Estado pelo ambiente não poderia, por via hermenêutico-normativa, ser reconduzido ao próprio texto constitucional, ou seja, também à constituição em sentido formal.

Faria Costa precisa que, no caso alemão, contrariamente ao que se passa com a Constituição da República Portuguesa, não há 'diretamente aquela proteção'. E que se trata de uma referência em matéria de constituição formal parece-nos resultar claramente da leitura da dissertação, quando se diz que 'a ordem constitucional é tendencialmente menos variável – ao nível da sua formulação jurídico-positiva, pressupondo-se, pois, uma constituição escrita'. Já

Figueiredo Dias apela, reiteradamente, para o princípio da constitucionalidade, dizendo que 'os bens do sistema social se transformam em bens jurídicos dignos de tutela penal (em bens jurídico-penais) através da ordenação axiológica jurídico-constitucional'. Mas tem o cuidado de referir que se trata de 'valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação social, política e económica'. Ou seja, na prática, não se encontram diferenças ao nível dos resultados, mas há uma compreensão da juridicidade distinta, sendo que Faria Costa remete-nos para um referente transconstitucional no seu fundamento, mas que, em nossa opinião, tem expressão na constituição material, sem prejuízo de dimensões

próprias da identidade de cada ramo, que transportam juízos valorativos relativamente autónomos em relação à juridicidade fundamental. Ou seja, há diferentes portas de entrada dos bens fundamentais, podendo falar-se de um olhar de antecipação de alguns ramos do direito. Esta solução toma a sério o diálogo constitutivo da juridicidade entre os diferentes direitos do direito, no quadro de um processo de 'reciprocidade da influência', compatível com a humildade que deve presidir ao direito constitucional.

[...]" (sublinhado acrescentado).

Vale o exposto por dizer que a solução para o problema em análise passa, essencialmente, por um eixo agregador que se forma em torno da ideia de *Constituição material*, decorrente de uma *"interpretação alternativa da soberania popular [...] de ordem material"* (Gonçalo de Almeida Ribeiro, "What Is Constitutional Interpretation?", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 20, n.º 3, 2022, p. 1148):

"[...]"

Diz-nos [essa interpretação] que a constituição é legítima em virtude dos valores de que participa: a vontade popular não é identificada com o legislador constituinte, mas com um a priori constitucional ou uma condição axiológica transcendental. Para a democracia constitucional, o povo é uma pluralidade de indivíduos livres e iguais que formam uma unidade política. É essa a concepção de soberania popular subjacente, quer a toda a tradição contratualista, quer ao constitucionalismo moderno. Dela se retira um padrão normativo para aferir se um determinado texto constitucional expressa genuinamente a vontade do -povo ou apenas a vontade contingente de uma facção política ou maioria conjuntural que se reclama seu legítimo representante constituinte. Tal padrão é a vontade geral dos cidadãos, concebidos para estes efeitos como os indivíduos num estado de natureza, os figurantes de uma posição original, os membros de uma comunidade comunicativa ideal, ou as personagens de uma outra «situação

puramente hipotética caracterizada de forma a conduzir a um a certa concepção de justiça». Não são as decisões do legislador constituinte que determinam primariamente a substância constitucional, mas exatamente o contrário: valores e ideias identificados aprioristicamente com a vontade popular atribuem dignidade constitucional a certos eventos, palavras e decisões. A soberania popular transforma-se, por esta via, num conceito normativo.

[...]” (últ. A. e loc. cit., tradução do autor em estudo em curso de publicação).

Entendida nestes termos a relação entre a vontade popular e a substância da Constituição material, “[...] não é a vontade que justifica a matéria, mas a matéria que revela a vontade; não é a forma que confere dignidade à substância, mas a substância que reclama a solenidade da forma” [Gonçalo de Almeida Ribeiro, “O que é Hoje Matéria Constitucional?”, in A. M. Hespanha et. al. (org.), *A Prova do Tempo. 40 Anos de Constituição*, 2016, p. 60]. Como parte integrante do conjunto dos valores que deste modo se agregam na Constituição da República Portuguesa, encontra-se, pois, para lá (ou, de outra perspetiva, antes) da Constituição formal, o valor da proteção da vida (enquanto existência física) e da integridade física dos animais de companhia, individualmente considerados, exprimindo a ideia de que “[...] nas nossas sociedades de Estado de Direito, a proibição da crueldade sobre os animais tem a dignidade de proteção constitucional que lhe advém do facto, de reconhecimento incontestável, sobretudo nas últimas décadas, de constituir uma justa exigência moral e de bem-estar numa sociedade democrática” [Jorge Reis Novais, “Restrições a direitos fundamentais, maus-tratos a animais e Constituição”, in João Carlos Loureiro (org.), *Constituição, política de direitos fundamentais – Estudos em homenagem ao Doutor Vieira de Andrade*, vol. I, Coimbra, 2023, p. 332].

2.4.4. Assim perspetivada a questão, o dissenso em torno da localização do fundamento da norma incriminatória na Constituição formal constitui um manto, *também ele formal*, que cobre um consenso quanto à efetiva existência desse apoio na Constituição material. Dito de outro modo, *a maioria* da formação que integra o Plenário na presente decisão integra-se em alguma das posições descritas no item 2.4.2., *supra* – com o sentido expresso nas declarações em que as mesmas se manifestaram –, reconhecendo que a Constituição acolhe os interesses protegidos pela norma contida no artigo 387.º do CP, na redação introduzida pela Lei n.º 69/2014, de 29 de agosto.

É, pois, a substância desse consenso – que apela à materialidade do valor constitucional, presente na essência da Lei Fundamental, transcendendo (na justa medida em que tal se mostra possível) a

forma (ou fórmula) encontrada para a sua positivação literal – que prevalece e dá forma ao sentido da presente decisão.

Assim sendo, não se prefiguram razões que obstem à admissibilidade da norma penal ora em causa (o artigo 387.º do CP, na redação introduzida pela Lei n.º 69/2014, de 29 de agosto) por falta de previsão constitucional dos interesses ou valores tutelados pela incriminação.

[Determinabilidade]

2.5. Aponta-se, ainda, à norma *sub judice* a violação do princípio legalidade, enquanto exigência de lei certa, seja quanto à ação típica (“*infligir dor, sofrimento ou quaisquer outros maus tratos físicos*” e “*sem motivo legítimo*”), seja quanto ao objeto da ação (“*animal de companhia*”, definido como “*qualquer animal detido ou destinado a ser detido por seres humanos [...], para seu entretenimento e companhia*”) – cfr., designadamente, as declarações de voto transcritas em 2.2.1. e 2.2.2., *supra*, já por diversas vezes referidas no presente Acórdão.

2.5.1. Situa-se a questão colocada no plano da conformidade da norma ao princípio da legalidade criminal, previsto no artigo 29.º, n.º 1, da CRP – “[*n*]ingué[m] pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou a omissão [...]”.

Na apreciação da questão, devemos ter presente em que termos o Tribunal Constitucional pode sindicat as normas no confronto com o princípio da legalidade criminal. Fazendo uso das palavras do Acórdão n.º 590/2012:

“[...]”

O artigo 29.º, n.ºs 1 e 3, da CRP submete a intervenção penal ao princípio da legalidade, no sentido preciso de que não pode haver crime nem pena ou medida de segurança que não resultem de lei prévia, escrita, certa e estrita, estando, conseqüentemente, proibido o recurso à analogia.

[...]”.

O controlo da constitucionalidade, em matéria de violação do princípio da legalidade criminal, implica, pois, um equilíbrio delicado, designadamente em sede de fiscalização concreta, passando por não interferir com a tarefa de interpretação e aplicação do direito levada a cabo pelo tribunal recorrido – a ele não se substituindo o Tribunal Constitucional –, verificando apenas se o dado imutável expresso no resultado alcançado ultrapassou os limites impostos pela Lei fundamental. Como se assinala no Acórdão n.º 587/14:

“[...]”

[M]uito embora a opção por um modelo de controlo normativo tenha visível respaldo na Constituição, não resultando exclusivamente de uma solução legal nem tampouco de uma interpretação jurisprudencial, certo é que há que conjugar esta impositação com as demais regras e princípios constitucionais. Na verdade, se a Constituição consagra, no seu artigo 29.º, n.º 1, o princípio da legalidade criminal, extraindo-se do âmbito de proteção de tal normativo a proibição de aplicação analógica de normas incriminadoras, uma interpretação sistemática do texto constitucional aconselha a que esse momento hermenêutico se converta num ‘pedaço’ de normatividade integrante do objeto de controlo. Daqui não resulta que o Tribunal Constitucional haja de escrutinar qualquer processo

hermenêutico que, em matéria penal ou processual penal, venha a ser adotado a nível infraconstitucional. O iter metodológico seguido pelo tribunal recorrido no apuramento do sentido normativo da norma permanece insindicável, não cabendo ao Tribunal Constitucional repassá-lo, mas apenas verificar se foram ultrapassados os limites constitucionais a que esse iter está sujeito em matéria penal, concretamente, a proibição da analogia in malam partem.

[...]”.

Dito de outro modo, ao Tribunal Constitucional cabe apenas verificar, nesta sede – e como repetidamente tem afirmado a sua jurisprudência –, se a norma aplicada ultrapassa o sentido possível das palavras da lei que qualifica os factos como crime ou fixa as consequências jurídicas do crime. Nas palavras do Acórdão n.º 729/2014:

[...]

[O] recurso de constitucionalidade é um instrumento de fiscalização da constitucionalidade das leis, ou das interpretações que os tribunais, fazendo operar os critérios que regem o processo hermenêutico (artigo 9.º do Código Civil), delas extraem, e não um acrescido meio de sindicância da bondade do julgado, ainda que por intermédio de parâmetros constitucionais de apreciação.

[...] (sublinhado acrescentado).

O princípio da legalidade criminal apresenta-se, pois, como “[...] *garantia pessoal de não punição fora do âmbito de uma lei escrita, prévia, certa e estrita* [...]” (Acórdão n.º 500/2021). Um dos seus corolários é o designado princípio da tipicidade, a que se refere a exigência de lei certa, significando “[...] *que a lei que cria ou agrava responsabilidade criminal deve especificar suficientemente os factos que integram o tipo legal de crime (ou que constituem os pressupostos da aplicação de uma pena ou medida de segurança) e definir as penas (e as medidas de segurança) que lhes correspondem.* Nesta aceção, o princípio da legalidade penal tem como corolário o princípio da tipicidade, condicionando a margem de conformação legislativa no âmbito da definição típica dos factos puníveis” (novamente, Acórdão n.º 500/2021, sublinhado acrescentado). Como se assinala no Acórdão n.º 76/2016:

[...]

*A exigência de determinabilidade do conteúdo das normas penais, uma dimensão do denominado princípio da tipicidade, é avessa a que o legislador formule normas penais recorrendo a cláusulas gerais na definição dos crimes, a conceitos que obstem à determinação objetiva das condutas proibidas ou que remeta a sua concretização para fontes normativas inferiores, as chamadas normas penais em branco. A exclusão de fórmulas vagas na descrição dos tipos legais, de normas excessivamente indeterminadas e de normas em branco, leva em conta os valores da segurança e confiança jurídicas postulados pelo princípio da legalidade criminal. Com efeito, a exigência de clareza e densidade suficiente das normas restritivas, como é o caso das normas penais, é um fator de garantia da confiança e da segurança jurídica, «uma vez que o cidadão só pode conformar autonomamente os próprios planos de vida se souber com o que pode contar, qual a margem de ação que lhe está garantida, o que pode legitimamente esperar das eventuais intervenções do Estado na sua esfera pessoal» (Jorge Reis Novais, *As restrições aos Direitos Fundamentais, não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, 2ª ed. pág. 770).*

Deve reconhecer-se, porém, que a exigência de lex certa, como corolário do princípio da legalidade criminal, não veda em absoluto a formulação dos pressupostos jurídico-constitutivos da incriminação através de elementos normativos, conceitos indeterminados, cláusulas gerais e fórmulas gerais de valor. Seria inviável, até pela natureza da própria linguagem jurídica, uma determinação absoluta do tipo legal de ilícito.

[...]

Em princípio, a modelação do tipo legal de crime com recurso a conceitos indeterminados não afronta os princípios da legalidade e da tipicidade. Como reconhece o Tribunal Constitucional, após se interrogar sobre o grau admissível de indeterminação ou flexibilidade normativa em matéria de ilícitos penais, «uma relativa indeterminação dos tipos legais pode mostrar-se justificada, sem que isso signifique violação dos princípios da legalidade e da tipicidade» (Acórdão n.º 93/01).

Mas se é impossível uma total determinação dos elementos compósitos da ação punível, há de exigir-se um grau de determinação suficiente que não ponha em causa os fundamentos do princípio da legalidade. É que o princípio nullum crimen só pode cumprir a sua função de garantia se a regulamentação típica, ainda que indeterminada e aberta, for materialmente adequada e suficiente para dar a conhecer quais as ações ou omissões que o cidadão deve evitar. Como se escreve no Acórdão n.º 168/99, «averiguar da existência de uma violação do princípio da tipicidade, enquanto expressão do princípio constitucional da legalidade, equivale a apreciar da conformidade da norma penal aplicada com o grau de determinação exigível para que ela possa cumprir a sua função específica, a de orientar condutas humanas, prevenindo a lesão de relevantes bens jurídicos. Se a norma incriminadora se revela incapaz de definir com suficiente clareza o que é ou não objeto de punição, torna-se constitucionalmente ilegítima.

[...] (sublinhado acrescentado).

2.5.2. A jurisprudência constitucional confrontou, por diversas vezes, normas ou segmentos de normas contendo expressões menos precisas com as exigências constitucionais de determinabilidade. Veja-se, a título de exemplo, o Acórdão n.º 20/2019, que se debruçou sobre o conceito de “*utilização de meio insidioso*”, enquanto elemento revelador de especial censurabilidade ou perversidade, fator de qualificação do tipo de homicídio (artigo 152.º, n.º 2, alínea i), do CP):

“[...]

A conclusão de que o elemento típico em análise satisfaz o princípio da tipicidade sai ainda robustecida de uma apreciação relativa, i.e. comparativa com outros elementos normativos presentes no direito penal português (embora devesse sublinhar-se que uma tal comparação não é nem bastante nem indispensável, pois a avaliação que a este Tribunal compete fazer é a da conformidade de dadas normas ordinárias, em si mesmas, com a Constituição: neste preciso sentido, cf. o recente Acórdão n.º 606/2018).

Na doutrina, veja-se por exemplo José de Sousa e Brito, op. cit., p. 244, reportando-se a conceitos presentes no Código Penal anterior, mas já na vigência da Constituição de 1976 e, por conseguinte, perante o mesmo parâmetro constitucional que aqui está em causa. Como já acima se indicou, o autor ilustra o uso de elementos normativos em direito penal com exemplos como «miserável», «sedução», «pudor», «devassidão», «rigor», «honestidade», «ultraje à moral pública» – todos eles, no mínimo

dos mínimos, tão (in)determinados como «meio insidioso» –, para logo asseverar que «é difícil sustentar a [sua] inconstitucionalidade» (ibid., p. 245).

Quanto à avaliação já feita pelo Tribunal Constitucional sobre a compatibilidade de outros conceitos previstos em normas sancionatórias com o princípio da tipicidade, podem ver-se, por exemplo, os seguintes arestos, todos prolatados no sentido da não inconstitucionalidade: o Acórdão n.º 383/2000, onde se apreciou o elemento normativo «documento autêntico ou com igual força», usado no artigo 256.º (Falsificação de documento), n.º 3, do CP; o já citado Acórdão n.º 93/2001, sobre os artigos 1.º, 4.º, n.º 1, alínea g), e 108.º da Lei do Jogo, que, conjugadamente, criminalizavam certas condutas com recurso a conceitos como «nomeadamente» e «fundamentalmente»; o Acórdão n.º 358/2005, sobre os artigos 4.º e 5.º do Decreto-Lei n.º 86/04, de 17 de abril (Regime de Proteção Jurídica das Designações do Campeonato Europeu de Futebol de 2004), onde se estabeleciam certas contraordenações com recurso a elementos como «passível de criar um risco de associação» e «susceptível de criar a falsa impressão». Na mesma linha, pode ainda ver-se o Acórdão n.º 29/2007, sobre o crime de introdução fraudulenta no consumo previsto no artigo 96.º, n.º 1, alíneas a) e b), do Regime Geral das Infrações Tributárias; e o já citado Acórdão n.º 606/2018, sobre o crime previsto no artigo 292.º, n.º 2, do CP, mais especificamente sobre o segmento desse preceito que responsabiliza criminalmente «quem, pelo menos por negligência, conduzir veículo, com ou sem motor, em via pública ou equiparada, não estando em condições de o fazer com segurança, por se encontrar sob influência substâncias psicotrópicas».

De modo assinalável, no Acórdão n.º 105/2013, este Tribunal pronunciou-se sobre o crime de importunação sexual, previsto no artigo 170.º do CP, onde a conduta típica é descrita através de elementos como «importunar» e «atos de carácter exibicionista». Também aqui a decisão foi de não inconstitucionalidade, sendo que, como o próprio Tribunal observou, há significativa divergência doutrinária quanto ao âmbito da conduta proibida por este tipo legal de crime e mesmo doutrina segundo a qual ele afronta o princípio da tipicidade. O que contrasta visivelmente com o relativo consenso que acima se concluiu haver quanto ao recorte do elemento «meio insidioso» e à teleologia que lhe subjaz.

Em suma, dos pontos precedentes pode concluir-se que o elemento «outro meio insidioso» constante do artigo 132.º, n.º 2, alínea i), do CP, constitui um elemento típico dotado de um grau de determinação suficiente para satisfazer a exigência de determinação decorrente do artigo 29.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa.

[...].

Encaremos, pois, a norma penal, no que respeita à ação típica (“infligir dor, sofrimento ou quaisquer outros maus tratos físicos” e “sem motivo legítimo”) e ao objeto da ação (“animal de companhia”, definido como “qualquer animal detido ou destinado a ser detido por seres humanos [...], para seu entretenimento e companhia”), à luz das apontadas exigências.

2.5.2.1. Recentemente, o Acórdão n.º 340/2022 confirmou a Decisão Sumária n.º 211/2022 que, considerando a questão simples, não julgou inconstitucional a norma contida no artigo 152.º, n.º 1, do CP (violência doméstica), designadamente, por violação do artigo 29.º, n.º 1, da CRP, no

segmento relativo a “*maus tratos físicos ou psíquicos*”. Os fundamentos desta decisão foram os seguintes:

[...]

Como assinala Nuno Brandão, ‘A tutela penal especial reforçada da violência doméstica’, in Revista Julgar, n.º 12 (setembro-dezembro de 2010), pp. 19/20:

[...]

A identificação dos comportamentos que podem ser reconduzidos ao conceito de maus tratos encontra-se relativamente estabilizada entre nós.

Devem estar em causa atos que pelo seu carácter violento sejam, por si só ou quando conjugados com outros, idóneos a refletir-se negativamente sobre a saúde física ou psíquica da vítima. A circunstância de uma certa ação poder, a priori, integrar o conceito de maus tratos não significa necessariamente que se dê sem mais como preenchido o tipo-de-ilícito do crime de violência doméstica, tudo dependendo da respetiva situação ambiente e da imagem global do facto.

Entre a multidão de ações que à partida podem ser tidas como maus tratos físicos contam-se todo o tipo de comportamentos agressivos que se dirigem diretamente ao corpo da vítima e em regra também preenchem a factualidade típica do delito de ofensa à integridade física, como murros, bofetadas, pontapés e pancadas com objetos ou armas, só para citar os exemplos mais correntes, mesmo que se não comprove uma efetiva lesão da integridade corporal da pessoa visada. Mas entram ainda na esfera dos maus tratos físicos agressões de vários tipos que as mais das vezes são excluídas do âmbito do ilícito-típico das ofensas corporais, como empurrões, arrastões, puxões e apertões de braços ou puxões de cabelos.

Por sua vez, estão em condições de ser qualificados como maus tratos psíquicos os insultos, as críticas e comentários destrutivos, achincalhantes ou vexatórios, a sujeição a situações de humilhação, as ameaças, as privações injustificadas de comida, de medicamentos ou de bens e serviços de primeira necessidade, as restrições arbitrárias à entrada e saída da habitação ou de partes da habitação comum, as privações da liberdade, as perseguições, as esperas inopinadas e não consentidas, os telefonemas a desoras, etc. Para se assumirem como atos típicos de maus tratos, estes comportamentos não têm de possuir relevância típica específica no seio de outros tipos legais de crime. Seja no sentido de que nem remotamente poderiam ser integrados em qualquer outra previsão típica, seja no de que a conduta seria de molde a preencher um específico tipo-de-ilícito, mas fica aquém do necessário para esse efeito, como se costuma enfatizar em relação às ameaças.

[...] (sublinhados acrescentados).

Maus tratos, enfim, ‘identificam-se com violência, podendo esta consistir em qualquer atentado contra a vida, a integridade física ou psíquica, a liberdade de uma pessoa ou qualquer comportamento (pode ser por omissão) que comprometa gravemente o desenvolvimento da personalidade da pessoa atingida’ (M. Miguez Garcia e J. M. Castela Rio, Código Penal: parte geral e especial, 2.ª edição, Coimbra, 2015, p. 649).

Note-se que não se trata, apenas, de uma estabilização do conceito jurídico – o mau trato físico ou psíquico tem, para qualquer destinatário de normal discernimento, uma evidente tradução factual de muito fácil apreensão. Ou seja, a noção de ‘maus tratos físicos ou psíquicos’, em geral, não é aberta ao

ponto de qualquer destinatário de normal entendimento deixar compreender o que nela pode ir factualmente implicado, ou seja, a conduta proibida. O seu uso na previsão legal tem, aliás, evidente utilidade, ao abarcar um conjunto alargado de condutas desvaliosas (mas discerníveis sem dificuldade) – a alternativa seria desdobrar o conceito em ações de recorte mais fino, correndo assim o risco de deixar indesejáveis espaços de não punibilidade, sem qualquer benefício relevante na determinabilidade do comportamento censurado pela normal penal.

Designadamente, o conceito apresenta-se suficientemente definido para incluir, sem qualquer esforço interpretativo, a conduta de quem pratica os factos provados sob os pontos 8.º a 10.º e 12.º a 21.º da matéria de facto fixada no acórdão recorrido (por referência à numeração da sentença de primeira instância), por cuja prática o ora recorrente foi condenado (fls. 379).

Não cabendo ao Tribunal Constitucional (re)apreciar se os factos que preencheram a norma foram estes ou outros, mas apenas – como vimos – aferir se a letra da norma comporta o sentido da aplicação normativa e se este sentido se apresenta suficientemente definido na previsão normativa, a resposta é inequivocamente positiva: a previsão “maus tratos físicos psíquicos” é suficientemente clara, discernível, objetiva, definida e certa para os seus destinatários compreenderem o conjunto de condutas proibidas e, em particular, para incluir, sem equívocos, a interpretação segundo a qual pratica o crime correspondente quem age conforme agiu o ora recorrente [um pouco à semelhança do que, em questões aproximadas, o Tribunal teve já oportunidade de afirmar a propósito das previsões de ‘constranger’ no artigo 164.º, n.º 2, do CP (Acórdão n.º 260/2019) e de ‘praticar cópula’ no artigo 164.º, n.º 1, alínea a), do mesmo diploma (Acórdão n.º 34/2022)].

Constitui, pois, um conceito indeterminado compatível com o princípio da legalidade criminal. Vale isto por dizer que se trata, para os efeitos ora relevantes, de lei certa.

Não ocorre, então, violação do princípio contido no artigo 29.º, n.º 1, da Constituição.

2.4. Resulta do atrás referido, ainda, que a interpretação e concreta aplicação da norma do artigo 152.º, n.º 1, do CP, no segmento relativo a ‘maus tratos físicos ou psíquicos’, se inscreve – dir-se-ia que se inscreve confortavelmente – na normal tarefa hermenêutica dos tribunais penais compatível com o artigo 29.º, n.º 1, da CRP, sem que tenha ocorrido outorga ao julgador de poderes de estatuição normativa que pertencem ao espaço legislativo. O legislador realizou integralmente a sua função legislativa ao estabelecer o preceito nos termos assinalados e a tarefa que deixou ao julgador não estende a função de julgar. Dito de outro modo, não ocorre qualquer violação dos artigos 2.º, 111.º, n.º 1, e 165.º, n.º 1, alínea c), da CRP.

[...]”.

Ressalvadas as óbvias diferenças entre humanos e animais com a suscetibilidade de experimentar sofrimento e tendo presente que o artigo 387.º, n.º 3, do CP parece prever apenas expressamente os maus tratos físicos, não é difícil concluir que, também aqui, a noção de “maus tratos”, em geral, não é aberta ao ponto de qualquer destinatário de normal entendimento deixar de compreender o que nela pode ir factualmente implicado, ou seja, a conduta proibida e que “[...] o seu uso na previsão legal tem, aliás, evidente utilidade, ao abarcar um conjunto alargado de condutas desvaliosas (mas discerníveis sem dificuldade) – a alternativa seria desdobrar o conceito em ações de recorte mais fino,

correndo assim o risco de deixar indesejáveis espaços de não punibilidade, sem qualquer benefício relevante na determinabilidade do comportamento censurado pela normal penal” (último acórdão citado).

A maioria que fez vencimento no Acórdão n.º 843/2022 sublinha que a opção de recorrer à jurisprudência e doutrina relativos ao crime de maus tratos a pessoas/violência doméstica (artigo 152.º, n.º 1 do CP) é “discutível” e “problemática” porque o tipo aqui em análise, aplicável aos animais de companhia, recorre a fórmulas mais ‘genéricas’ do que o tipo do n.º 1 do artigo 152.º do CP. A essa preocupação acrescenta outra: o risco de o paralelismo sugerir uma equiparação entre seres humanos e animais, associada a uma visão paritária da dignidade humana e da dignidade dos animais, mas o argumento não se afigura decisivo, seja porque o risco é pouco significativo, seja porque, se pode, por vezes, ser difícil a identificação de instâncias de violência ou maus tratos psicológicos contra pessoas, já a violência e os maus tratos físicos relativamente aos animais não são tão difíceis de identificar (sendo que o tipo de maus tratos a animais de companhia não abarca os maus tratos psicológicos). Ou seja, os destinatários da norma terão presente, designadamente, que não podem infligir *sofrimento físico* – por exemplo, causar dor – a um animal de companhia.

Trata-se, em suma, de um conceito indeterminado, *mas determinável*, compatível com o princípio da legalidade criminal, como também o é nos artigos 152.º e 152.º-A do CP.

2.5.2.2. Não é diversa a conclusão face ao segmento “*sem motivo legítimo*”. O legislador, ciente de que a interação entre seres humanos e animais é juridicamente complexa e de que o sacrifício de animais pode acontecer para satisfação de interesses humanos de elevado valor (por exemplo, a alimentação e a investigação científica, com o que implicam de atividades preparatórias do uso principal dos animais), sendo estes especialmente regulados, pretendeu deixar consignada uma cláusula geral – cláusula que tem tanto de indeterminado como qualquer remissão genérica para causas de justificação. Complementando a exclusão expressa de animais para fins de exploração agrícola, pecuária ou agroindustrial e de factos relacionados com a utilização de animais para fins de espetáculo comercial ou outros fins legalmente previstos (artigo 389.º, n.º 2, do CP, conjugado com os diplomas disciplinadores das atividades em causa, designadamente, o Novo Regime de Exercício da Atividade Pecuária, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 81/2013, de 14 de junho, a Lei n.º 92/95, de 12 de setembro, quanto às atividades previstas no seu artigo 3.º), ficam, deste modo, ressalvados os factos que correspondam a qualquer “motivo legítimo”, que, podendo estar previsto em legislação extravagante, o legislador dificilmente poderia conter em remissão exaustiva (v., por exemplo, os artigos 11.º da Convenção Europeia para a Proteção dos Animais de Companhia, em anexo ao Decreto n.º 13/93, de 13 de abril, 31.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 315/2009, de 29 de outubro, 3.º e 6.º da Lei n.º 92/95, de 12 de setembro, e 19.º do Decreto-Lei n.º 276/2001, de 17 de outubro, atendendo, ainda, às limitações impostas pela Lei n.º 27/2016, de 23 de agosto). A referência à legitimação será, possivelmente, *redundante* (o que é legítimo ou lícito não faz incorrer o agente em responsabilidade criminal), mas a redundância – que aqui até é tributária de um propósito delimitador – não é, nem gera, indeterminabilidade.

Não se afigura, aliás, que a expressão em causa seja mais indeterminada do que outras usadas em normas paralelas de sistemas que nos são próximos, como, por exemplo, “[causação de] dor, sofrimento ou lesão *injustificados*” (*ungerechtfertigt Schmerzen, Leiden oder Schäden*) [§5 Tierschutzgesetz (2005), Áustria, no confronto com o §38] “matar *sem motivo razoável*” (*ohne*

vernünftigen Grund zu töten) [§6 Tierschutzgesetz (2005), Áustria, no confronto com o §38, v. também §17/1 da Tierschutzgesetz (2006), Alemanha, com as suas referências a “*matar um vertebrado sem motivo razoável*” (*ein Wirbeltier ohne vernünftigen Grund tötet*), “*infligir de modo grosseiro dor ou sofrimento considerável a um vertebrado*” (*einem Wirbeltier aus Rohheit erhebliche Schmerzen oder Leiden zufügt*) e “*infligir dor ou sofrimento significativo prolongado ou reiterado a um vertebrado*” (*einem Wirbeltier länger anhaltende oder sich wiederholende erhebliche Schmerzen oder Leiden zufügt*)] ou matar ou causar lesão “*desnecessariamente*” (*senza necessità*) a um animal (artigos 544-bis e 544-ter do Código Penal, Itália).

Como salienta Pedro Delgado Alves [“Desenvolvimentos recentes da legislação sobre animais em Portugal: uma breve crónica legislativa”, in Maria Luísa Duarte e Carla Amado Gomes (org.), *Animais: deveres e direitos – Conferência promovida pelo ICJP em 11 de Dezembro de 2014*, disponível em <https://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/5105/view>, p. 27], “[...] não há qualquer carácter inovador [...] no que concerne à definição do que possa ser a violência que ocorra por motivo legítimo: tal opção normativa resulta já da legislação em vigor (legislação sobre abate sanitário, condições de realização de atos médico-veterinários de acordo com as *leges artis* respetivas, entre outras) ou das cláusulas gerais justificadoras pré-existentes na ordem jurídica (v.g. situações de legítima defesa). A intervenção do legislador de 2014 visa tão-somente dotar o ordenamento jurídico do quadro sancionatório que lhe faltava, havendo que regressar à legislação de proteção do bem-estar animal de 1995 e a todos os marcos legislativos anteriores e posteriores para encontrar o quadro da licitude e ilicitude vigente neste domínio”.

2.5.2.3. Considerações semelhantes valem, *mutatis mutandis*, para o conceito de “*animal de companhia*” como sendo aquele que é “[...] *detido ou destinado a ser detido por seres humanos, designadamente no seu lar, para seu entretenimento e companhia*”, e ainda qualquer animal sujeito a registo no SIAC (o registo obrigatório abrange, atualmente, cães, gatos e furões – v. artigo 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 82/2019, de 27 de junho), com exclusão dos animais cuja detenção seja proibida (v., por exemplo, o artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 315/2009, de 29 de outubro, e os artigos 13.º e ss. do Decreto-Lei n.º 121/2017, de 20 de setembro).

O “*animal de companhia*” foi legalmente definido, em Portugal, na Convenção Europeia para a Proteção dos Animais de Companhia (aprovada para ratificação pelo Decreto n.º 13/93, de 13 de abril), que se lhe refere como “[...] *qualquer animal possuído ou destinado a ser possuído pelo homem, designadamente em sua casa, para seu entretenimento e enquanto companhia*” (cfr. artigo 1.º da Convenção). Na “*Lei de Proteção aos Animais*” (Lei n.º 92/95, de 12 de setembro), o legislador definiu animal de companhia como “[...] *qualquer animal detido ou destinado a ser detido pelo homem, designadamente no seu lar, para seu prazer e como companhia*” (redação original do artigo 8.º). No Decreto-Lei n.º 276/2001, de 17 de outubro (tendo por objeto “as normas legais tendentes a pôr em aplicação em Portugal a Convenção Europeia para a Proteção dos Animais de Companhia”), o animal de companhia é definido como “[...] *qualquer animal detido ou destinado a ser detido por seres humanos, designadamente no seu lar, para seu entretenimento e companhia*” (artigo 2.º, alínea a), do referido diploma). Em 2009, através do Decreto-Lei n.º 315/2009, de 29 de outubro, dedicado à Detenção de Animais Perigosos, o legislador acrescentou uma nova definição de animal de companhia, combinando as três anteriores no seu artigo 3.º, alínea a): “[...] *qualquer animal detido ou destinado a ser detido pelo homem, designadamente na sua residência, para seu entretenimento e companhia*”

(criticando a desnecessidade de sucessivas redefinições formais que conduzem a noções substancialmente idênticas, cfr. António Jorge Martins Torres, *A (in)dignidade jurídica do animal no ordenamento português*, dissertação de mestrado disponível em <http://hdl.handle.net/10451/32575>, p. 33). Conceito semelhante encontra-se, ainda, no Decreto-Lei n.º 313/2003, de 17 de dezembro (já revogado), cujo artigo 2.º, alínea a), define animal de companhia – em termos iguais aos empregues no Decreto-Lei n.º 314/2003, de 17 de dezembro, no seu artigo 2.º, alínea e) – como “[...] qualquer animal detido ou destinado a ser detido pelo homem, designadamente no seu lar, para seu entretenimento e companhia”.

Não há nada de essencialmente *indeterminado* neste conceito, que é de fácil apreensão aos destinatários das normas, sendo as dúvidas, uma vez mais, passíveis de solução nos termos gerais da interpretação de normas no plano infraconstitucional. Difícil de entender e de justificar seria uma especiosa imposição ao legislador, no sentido de mais fina concretização, em busca da qual, provavelmente, seria maior o risco de contradição e incoerência do que, propriamente, a possibilidade de alcançar maior clareza ou precisão do referido conceito.

Sublinha-se que a circunstância de a previsão legal não ser isenta de dúvida em casos situados *na periferia da hipótese* não torna a norma indeterminada. As dúvidas interpretativas sobre os limites da conduta penalmente relevantes podem existir em qualquer crime, sem que a previsão típica passe a ter-se como indeterminada, *por esse motivo*. Em situações de fronteira, é discutível e discutido o exato momento da morte, relevante nos crimes contra a vida, o limiar de dor ou desconforto físico penalmente relevante nos crimes contra a integridade física, a justificação de certas condutas típicas nesta última categoria de crimes ao abrigo do poder-dever de correção, o engano socialmente aceitável para o crime de burla, a fronteira entre o mero incumprimento contratual e certos crimes contra o património, para citar apenas alguns exemplos. Assim, e uma vez mais, dir-se-á que as críticas dirigidas às normas penais, ilustradas por exemplos de casos de fronteira, por vezes caricaturais (aludindo a insetos, répteis, animais raros, animais de trabalho ou a atos de duvidosa dignidade penal), se resolvem interpretando o direito infraconstitucional no respeito pelo princípio da proporcionalidade e fazendo atuar os mecanismos típicos de direito criminal relativos à culpa, à justificação das condutas à adequação social e ao risco permitido, entre outros. Designadamente, a dúvida sobre se *certos animais* entram ou não no círculo da proteção penal [veja-se, a título de exemplo, Carla Amado Gomes, “Direito dos animais: um ramo emergente?”, in Maria Luísa Duarte e Carla Amado Gomes (org.), *Animais: deveres e direitos – Conferência promovida pelo ICJP em 11 de Dezembro de 2014*, cit., pp. 57/58 e, na mesma obra coletiva, Raul Farias, “Dos crimes contra animais de companhia – breves notas”, pp. 141/143, ainda Bruno Filipe Salvador da Silva Branco, “A detenção de animais de companhia – uma análise do ponto de vista contraordenacional”, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 5 (2019), n.º 2, disponível em <https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/243/1/12>, pp. 230/232] não significa a indeterminabilidade da norma, desde que a incerteza interpretativa deixe salvaguardado, como é o caso, um núcleo claro e distinguível de conduta proibida. Nesse plano se resolverão, ainda, outras dúvidas interpretativas não descaracterizadoras dos traços fundamentais da conduta proibida [por exemplo, até que ponto os conceitos de “lar” e de “residência” são equivalentes (v., a propósito, o artigo 3.º, alínea a), do Decreto-Lei n.º 315/2009, de 29 de outubro, o artigo 1.º, n.º 1, da Convenção Europeia para a Proteção dos Animais de Companhia, *supra* citada, e o artigo 2.º, n.º 1, alínea a), do

Decreto-Lei n.º 276/2001, de 17 de outubro) ou se a norma penal protege animais detidos por quem não tem uma residência fixada].

2.5.3. Em suma, não há fundamentos bastantes para afirmar a indeterminabilidade da norma que tipifica o crime de maus tratos de animal de companhia, contida no artigo 387.º, n.º 3, em conjugação com o artigo 389.º, n.ºs 1 e 3, do CP.

Não se prefigurando outros fundamentos de inconstitucionalidade da norma *sub judice*, há, pois, que concluir no sentido da sua não inconstitucionalidade.

B/

Artigo 387.º, n.º 3, do Código Penal

(na redação introduzida pela Lei n.º 39/2020, de 18 de agosto)

2.6. O juízo de inconstitucionalidade afirmado no Acórdão n.º 781/2022 relativamente à norma incriminatória contida no artigo 387.º, n.º 3, do CP, na redação introduzida pela Lei n.º 39/2020, de 18 de agosto, foi, posteriormente, reiterado pelo Acórdão 843/2022 e pelas Decisões Sumárias n.ºs 786/2022, 13/2023 e 14/2023.

Os fundamentos de tais juízos reconduzem-se aos que foram já analisados no presente Acórdão na parte A/, respeitante à norma incriminatória contida no artigo 387.º do CP, na redação introduzida pela Lei n.º 69/2014, de 29 de agosto.

Efetivamente, a questão coloca-se nos mesmos termos, uma vez que, como vimos (cfr. item 2.1., *supra*), as modificações introduzidas pela Lei n.º 39/2020, de 18 de agosto, passaram por *i*) tipificar, também, a morte de animal (para além do crime preterintencional que já se encontrava previsto), transitando a previsão de maus tratos para o n.º 3 do artigo 387.º, *ii*) prever limites mínimos das molduras penais e *iii*) aditar, no n.º 3 do artigo 389.º do CP, a seguinte previsão: “[são] igualmente considerados animais de companhia, para efeitos do disposto no presente título, aqueles sujeitos a registo no Sistema de Informação de Animais de Companhia (SIAC) mesmo que se encontrem em estado de abandono ou errância”.

Como é bom de ver, nenhuma das alterações introduz qualquer elemento que justifique uma alteração das conclusões expressas nos itens 2.4.4. e 2.5.3., *supra*.

A tipificação da morte do animal não é objeto deste processo, estando contida no artigo 387.º, n.º 1, do CP e, de todo o modo, as considerações constantes da parte A/ dão cobertura à tutela penal da vida do animal.

A alteração do mínimo das molduras penais é irrelevante para a discussão sobre o bem jurídico protegido e a indeterminação normativa.

Também não constitui obstáculo à determinabilidade da norma incriminadora a remissão para o SIAC, que visou unicamente complementar a noção do tipo penal com algumas concretizações de espécies ali enquadradas – efetivamente, não só a inclusão das espécies atualmente previstas (cães, gatos e furões – v. artigo 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 82/2019, de 27 de junho) não se afigura problemática, como tal remissão só poderá entender-se como concretização da noção legal, pelo que, na hipótese de uma previsão extravagante (dificilmente imaginável no contexto do SIAC), o juiz penal sempre poderá, interpretando o tipo objetivo nos termos gerais, limitar a remissão em

termos ajustados ao círculo de proteção da norma. Uma vez mais, trata-se de um uso normal das regras de interpretação que não prejudica a conclusão de que o seu objeto é suficientemente determinável [relativamente aos furões, embora se encontre prevista a possibilidade do seu registo como animais de companhia no Decreto-Lei n.º 82/2019, de 27 de junho – em conformidade com a classificação prevista no artigo 3.º, alínea *a*), 6.º e ss. e Anexo I do Regulamento (UE) n.º 576/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de junho de 2013, relativo à circulação sem caráter comercial de animais de companhia, e no artigo 4.º-11) e Anexo I do Regulamento (UE) 2016/429 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de março de 2016, relativo às doenças animais transmissíveis e que altera e revoga determinados atos no domínio da saúde animal (Lei da Saúde Animal) –, o seu uso mais frequente é em contexto de caça, sendo para esses efeitos sujeitos a registo e controlo específicos (cfr., designadamente, os artigos 26.º e 31.º da Lei n.º 173/99, de 21 de setembro, e 78.º, alínea *f*), 85.º, 90.º, n.º 1, alínea *d*), 92.º, e 120.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 202/2004, de 18 de agosto)].

Pelo exposto, as conclusões de não inconstitucionalidade expressas nos itens 2.4.4. e 2.5.3., *supra*, valem integralmente para a norma incriminatória contida no artigo 387.º, n.º 3, do CP, na redação introduzida pela Lei n.º 39/2020, de 18 de agosto.

III – Decisão

3. Em face do exposto, decide-se:

a) não declarar a inconstitucionalidade da norma incriminatória contida no artigo 387.º do Código Penal, na redação introduzida pela Lei n.º 69/2014, de 29 de agosto; e

b) não declarar a inconstitucionalidade da norma incriminatória contida no artigo 387.º, n.º 3, do Código Penal, na redação introduzida pela Lei n.º 39/2020, de 18 de agosto.

3.1. Sem custas, por não estarem legalmente previstas para os processos a que se refere o artigo 82.º da LTC.

Lisboa, 23 de janeiro de 2024 - *José Teles Pereira - António José da Ascensão Ramos - João Carlos Loureiro - Rui Guerra da Fonseca - Carlos Medeiros de Carvalho* (vencido nos termos da declaração anexa) - *Gonçalo Almeida Ribeiro* (vencido, nos termos da declaração junta) - *Mariana Canotilho* (vencida, nos termos da declaração junta) - *Joana Fernandes Costa* (vencida, conforme declaração em anexo) - *Afonso Patrão* (vencido, de acordo com declaração em anexo) - *José Eduardo Figueiredo Dias* (vencido, nos termos da declaração que junto) - *Maria Benedita Urbano* (vencida, nos termos da declaração que junto) - *José João Abrantes*

DECLARAÇÃO DE VOTO

Vencido, quanto à motivação e juízo firmado nas alíneas a) e b) do dispositivo, não os acompanhando quanto à não pronúncia pela inconstitucionalidade quer da norma incriminatória contida no artigo 387.º do Código Penal (adiante designado «CP»), na redação introduzida pela Lei n.º 69/2014, de 29 de agosto, quer da norma incriminatória contida no artigo 387.º, n.º 3, do CP, na redação introduzida pela Lei n.º 39/2020, de 18 de agosto.

1. Motivando a divergência considero que quer a norma incriminatória contida no artigo 387.º do CP, em ambas as redações, enferma de inconstitucionalidade por violação dos artigos 27.º e 18.º, n.º 2, ambos da Constituição (cf. nomeadamente, neste sentido, os Acórdãos deste Tribunal n.ºs 867/2021, 781/2022 e 217/2023), quer, também, a norma incriminatória contida no artigo 387.º, n.º 3, do CP, na referida redação, padece de inconstitucionalidade por infração do comando inserto no n.º 1 do artigo 29.º, da Constituição conforme motivação expendida na declaração de voto da Senhora Conselheira Joana Fernandes Costa que aqui acompanho e para a qual nesse segmento remeto como motivação para o meu juízo dissonante quanto ao parâmetro e juízo referente à questão de constitucionalidade firmado na alínea b) da decisão (vide, também, mormente os antecedentes juízos firmados nos Acórdãos deste Tribunal n.ºs 843/2022 e 9/2023).

2. Explicitando, agora e em termos sumários, a divergência quanto ao parâmetro e juízo que recaiu sobre a primeira norma objeto da alínea a) da decisão e da questão de constitucionalidade que ali constitui o alvo de apreciação, considere e considero que a norma incriminatória em referência se mostra desprovida de um bem jurídico com incidência e assento no atual texto constitucional cuja lesão pressuponha, tal como se concluiu, nomeadamente, nos Acórdãos deste Tribunal n.ºs 867/2021, 781/2022 e 217/2023, cuja motivação acompanho e secundo inteiramente e que sustentei aquando do debate/discussão havidos em Plenário no quadro dos autos *sub specie*, propugnando para que a decisão deste Tribunal tivesse sido em sentido inverso, ou seja, de um juízo de inconstitucionalidade daquela norma incriminatória por violação, conjugadamente, dos artigos 27.º e 18.º, n.º 2, da Constituição.

3. Com efeito, sendo de acolher ou de aceitar como paradigma do direito penal democrático hodierno o de que «todo o direito penal é um direito do bem jurídico-penal» (cf. Jorge Figueiredo Dias, em «O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional implícito ...», in *RLJ*, Ano 145, n.º 3998, p. 251; Acórdãos deste Tribunal n.ºs 134/2020 [seu § 6. e, bem assim, toda a antecedente jurisprudência deste Tribunal que ali foi convocada em torno do referido princípio e de que se extrai o sólido reconhecimento do mesmo na jurisprudência deste Tribunal Constitucional], e 867/2021 [§§ 7./8.]) e de que «*direito penal do bem jurídico*» constitui, no nosso quadro constitucional, um «princípio jurídico-constitucional implícito» (cf. Jorge Figueiredo Dias, in *loc. cit.*, p. 251; Pedro Soares de Albergaria/Pedro Mendes Lima, em “Sete Vidas: A Dificil Determinação do Bem Jurídico Protegido nos Crimes de Maus-Tratos e Abandono de Animais”, in *Julgar*, n.º 28 (2016), p. 132), temos que este princípio, em paralelo com os outros princípios

jurídico-constitucionais da culpa e da proporcionalidade das sanções penais, constitui um dos parâmetros fundamentais de controlo da constitucionalidade das normas penais.

4. Nessa medida e tendo por referência aquele princípio jurídico-constitucional temos que, em sede do referido controlo, ressalta que «um dever estadual de proteção desligado da ideia de bem jurídico apresentar-se-ia inevitavelmente vazio de sentido e de conteúdo por lhe faltar o referente essencial para a definição do rumo da ação protetora estadual» (cf. Jorge Figueiredo Dias, in *loc. cit.*, p. 265), termos em que uma intervenção criminalizante por parte do legislador mostra-se ou terá de estar sujeita a certas limitações constitucionais, já que a criminalização de condutas pressupõe a tutela ou a proteção subsidiária de bens jurídicos dotados de assento e dignidade no plano constitucional (cf., mormente, os artigos 2.º, 18.º, n.º 2, e 27.º da Constituição) para além da dignidade no plano penal (por *carentes de pena*) (cf. artigo 40.º, n.º 1, do Código Penal).

5. É que se a função do direito penal não passa pela decisão de controvérsias morais, nem envolve a tutela de uma qualquer moral social ou de uma ideologia, ou sequer se pode fundar numa intervenção de cariz ou natureza paternalista (cf. Jorge Figueiredo Dias, in *loc. cit.*, pp. 261/262, e in *Direito Penal – Parte Geral I – Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, 3.ª edição, [2019], p. 141 e ss.), temos, também, que para a criminalização/penalização de certas condutas não nos podemos bastar com o apelo ou o apoio fundante em tendências ou consensos mais ou menos sólidos, alargados ou dominantes, de um sentir ético-jurídico punitivo da comunidade, ainda que materializado em quadro normativo, se os bens jurídicos protegidos não encontrarem base e apoio no quadro do texto constitucional e na medida necessária para a salvaguarda de outros direitos ou interesses consagrados ou com assento/incidência na Constituição, exigência esta essencial, basilar diria mesmo, pelas e dadas as implicações que uma tal opção aporta em termos da afetação do direito à liberdade nos termos como o mesmo se encontra consagrado e plasmado no artigo 27.º da Constituição.

6. Sustentou-se a este propósito no citado Acórdão deste Tribunal n.º 867/2021, reiterando o que já havia sido afirmado no antecedente Acórdão n.º 134/2020, que:

«[n]um Estado de direito democrático o legislador ordinário dispõe inerentemente de uma grande liberdade para a definição das normas jurídicas que disciplinam a vida social. Em razão da legitimidade que para esse efeito lhe é atribuída pela comunidade, é inequivocamente a si que compete definir, entre tantas outras matérias, as condutas cuja prática atrai uma sanção penal e o exato recorte dessas condutas. No entanto, esta intervenção criminalizante está sujeita a certas limitações constitucionais, encontrando no *princípio do direito penal do bem jurídico* (à semelhança do que, embora com variações, se verifica em vários outros ordenamentos jurídicos) um primeiro e fundamental constrangimento. Manifestação específica do imperativo de proporcionalidade a que transversalmente se subordina a restrição de direitos fundamentais, este

princípio perfila-se como uma barreira ao excesso – seja ele arbitrário ou apenas inadvertido – na restrição do direito à liberdade pela via penal, proibindo toda a criminalização que não possa ser justificada em nome de outros direitos ou interesses constitucionalmente consagrados.

Ainda que, considerada a representatividade de que a atuação do legislador ordinário se reveste – em especial quando ela se exprima, como aqui necessariamente acontece, através de lei formal (*lex stricta*) –, a criminalização de uma conduta possa sempre supor-se exprimir o que em determinado momento constitua um sentimento de censura ético-jurídica dominante na sua comunidade, é indispensável que essa conduta se mostre ofensiva – e suficientemente ofensiva – para um bem jurídico com dignidade constitucional. De facto, se à criminalização de uma conduta é inerente a restrição de um direito consagrado na Constituição (o direito à liberdade, consagrado no seu artigo 27.º) e se, conseqüentemente, a lei só pode restringir esse direito na medida necessária para salvaguardar outros direitos ou interesses consagrados na Constituição (nos termos do seu artigo 18.º, n.º 2), a conclusão que se impõe é a de que a lei só pode criminalizar uma conduta na medida necessária para salvaguardar outros direitos ou interesses consagrados na Constituição.

Por outro lado, constituindo a restrição do direito à liberdade a consequência jurídica mais drástica de entre as que o ordenamento jurídico português admite, justifica-se que os limites da atuação legislativa que se traduza em sancionar uma dada conduta com essa consequência sejam entendidos como manifestações especialmente intensas do princípio da proporcionalidade. Não porque envolvam qualquer variação estrutural desse princípio: trata-se, ainda aqui, essencialmente de procurar as linhas a partir das quais o parâmetro constitucional se opõe e impõe à vontade da maioria democraticamente organizada. Antes porque permitem que logo à partida se assumam que os juízos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito em que o mesmo se desdobra só serão positivos quando a favor dessa restrição militarem nítidas exigências de proteção de outros direitos fundamentais, podendo neste sentido considerar-se que a margem de liberdade do legislador ordinário na criminalização de condutas é menos ampla do que o é na generalidade da sua atuação.

Daí que se justifique uma designação própria – “princípio do direito penal do bem jurídico” (vd. sobretudo JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “O «direito penal do bem jurídico» como princípio jurídico-constitucional – Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações”, *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Coimbra Editora, 2009, p. 31 ss.) –, designação essa cujo alcance, portanto, não será apenas o de operar uma especificação temática do princípio da proporcionalidade para as matérias penais (e, mais particularmente, para a criminalização de condutas), mas o de denotar

desde logo que essa especificação se funda no reconhecimento de uma suficiente autonomia taxonómica ao princípio do direito penal do bem jurídico, que o individualiza dentro do reino da proporcionalidade a que pertence. É essa autonomia que explica a utilização de conceitos também próprios no contexto do juízo de proporcionalidade que este princípio requer: fala-se aí de “*dignidade de tutela penal*” para significar a exigência de que exista um bem jurídico-constitucional que a norma incriminatória seja adequada a tutelar; de “*carência de tutela penal*”, ou de “*subsidiariedade da intervenção penal*”, para exprimir a exigência de que essa norma seja necessária para realizar essa tutela. Continua em qualquer caso geralmente a falar-se aí de “proporcionalidade em sentido estrito” para significar o exercício de ponderação dos direitos ou conjuntos de direitos que, vencidos os dois testes anteriores, se vejam em conflito. Mas também aqui, ou talvez até sobretudo aqui, avultam as especificidades desta matéria, porque, conforme referido, um daqueles conjuntos integra necessariamente o direito à liberdade».

7. Secundando-se inteira e integralmente o entendimento acabado de convocar temos que o princípio do direito penal do bem jurídico, como princípio jurídico-constitucional, reclama ou exige que as incriminações penais encontrem base/assento no quadro constitucional e na medida necessária para a salvaguarda de outros direitos ou interesses consagrados ou com incidência na Constituição, o que implica que o mesmo não dá cobertura, antes inviabiliza, tudo o que sejam opções de criminalização/penalização que se mostrem destinadas a dar proteção a uma mera aparência de bem jurídico, ou a um bem jurídico indefinido, ou mesmo hipotético, ou sem um suporte suficientemente incontroverso/claro na Constituição, mas também que uma evolução verificada ou registada apenas no plano do direito infraconstitucional se apresenta ou resulta como insuficiente para efeitos de legitimar, no plano constitucional, a criminalização de certas e determinadas condutas, porquanto e como afirmado certamente no referido Acórdão n.º 867/2021 (cf. seu § 10.) uma tal evolução «não substitui o processo constituinte», visto ser este processo «com a sua capacidade fundante somente explicável pela singular legitimidade democrática de que se reveste, que garante a todos os cidadãos que os seus direitos, liberdades e garantias não possam ser restringidos senão em nome de um direito ou interesse a que aquela dignidade tenha, ainda que só implicitamente, sido concedida ou outorgada através de um processo idêntico», tanto mais que «a dignidade constitucional não pode ser alcançada por via indutiva, a partir do conteúdo de normas infraconstitucionais, ainda que sejam, elas próprias, já democraticamente representativas. Essa dignidade tem antes, por força, pelo menos no nosso sistema jurídico, de ser deduzida do poder constituinte» e «[n]ão apenas, mas também (e, para o que aqui mais importa, *sobretudo*) porque a proteção que aquela outorga faz emergir vem acompanhada (aliás, é mesmo em grande medida *realizada através*) da possibilidade de restrição de outros direitos e interesses a que aquela dignidade fora já outorgada. O que, uma vez mais, raramente será tão evidente como quando esteja em causa a criminalização de uma conduta, com o consequente efeito de privação da liberdade».

8. E, com inteira pertinência, releva ainda a motivação desenvolvida no também citado Acórdão deste Tribunal n.º 781/2022 (§ 7.) de que:

«(...) Independentemente de se concordar com aquela análise, será incontroverso não ter sido aí perfilhada uma visão segundo a qual apenas pudessem considerar-se relevantes, para os efeitos do disposto no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, direitos ou interesses *expressamente* consagrados na Constituição, visto que a fundamentação apresentada mais não traduz do que uma busca por um bem jurídico implicitamente consagrado. Uma busca, de facto, pois isso mesmo impõe o princípio da maioria: o respeito pela liberdade de conformação do legislador democraticamente eleito. Fosse aquela a visão acolhida, supérflua se teria mostrado a generalidade da fundamentação apresentada, pois é à partida evidente que inexistente base constitucional explícita.

Incontroverso será também que a referência feita naquele Acórdão às «*três decisivas palavras*» em dado momento histórico introduzidas na Lei Básica alemã («*und die Tiere*») – além de surgir ali, em grande medida, com o propósito de compreender a grande amplitude que depois se dá na lei penal daquele ordenamento jurídico ao âmbito subjetivo de proteção (a generalidade dos animais vertebrados) –, não tem o sentido de colocar ênfase absoluta ou sequer preponderante no elemento literal da interpretação jurídico-constitucional. Como a generalidade das palavras usadas em normas jurídicas em Estados de Direito Democráticos, o valor daquelas palavras é o que lhes advém do processo democrático que exteriorizam ou materializam. O facto de, no contexto constitucional que ali se tomava como referência comparada, a proteção dos animais enquanto indivíduos ter sido formalizada nesses termos não exclui, por certo, que de outro modo não pudesse ser já identificada naquela Constituição – nem isso caberia ao Tribunal Constitucional português determinar. Garante, porém, que tem ali dignidade constitucional, o que passa então a oferecer-se como premissa segura para determinadas proposições infraconstitucionais. Por exemplo, para a desenvolvida por Claus Roxin (cf., *v.g.*, “O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* n.º 23 (1) (2013), p. 7 ss.), segundo a qual o conceito *jurídico-penal* de bem jurídico não tem forçosamente carácter antropocêntrico, podendo tutelar os animais (pelo menos, certos animais) enquanto indivíduos, entendimento que, como nota Susana Aires de Sousa, “Argos e o Direito Penal (uma leitura dos ‘crimes contra os animais de companhia’ à luz dos princípios da dignidade e da necessidade)”, *Julgar* n.º 32 (2017), p. 157, «*assenta, de forma direta, na proteção que a Constituição alemã expressamente confere aos animais*».

Do mesmo modo, não podem ser transpostas daquele para o nosso ordenamento jurídico proposições que se traduzam, não numa tutela direta dos animais, mas numa sua tutela indireta, como aquelas que destacam a existência de

determinados deveres, sentimentos ou responsabilidades dos seres humanos relativamente a outros seres. O facto de, nessa visão das coisas, a tutela dada aos animais ser meramente indireta, deslocando-se a tónica para o ser humano enquanto centro de responsabilidade, não muda os termos do problema. Como qualquer outro conceito relacional, um sentimento, um dever ou uma responsabilidade são axiologicamente neutros: o seu valor depende inteiramente do valor do objeto a que se referam. Se o objeto for valioso (ou, para o que aqui releva, acolhido como valioso pela Constituição, seja explícita seja implicitamente), assim o serão também o sentimento, o dever ou a responsabilidade de zelar pela sua proteção. Se o objeto for irrelevante ou desvalioso, assim estes o serão também. Erigir o sentimento, dever ou responsabilidade em algo valioso em si mesmo é dar por demonstrado o que carece de demonstração. Portanto, essas vias de fundamentação pressupõem que os animais fossem tutelados constitucionalmente. *Quod erat demonstrandum*».

9. Ora se num Estado de direito democrático (cf. artigo 2.º da Constituição) o indivíduo deve mostrar-se protegido não apenas *através* do direito penal, mas também *do* direito penal (cf. Claus Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München, 1992, p. 67; e, entre outros, os Acórdãos deste Tribunal n.ºs 606/2018 [§ 16.], 500/2021 [§ 28.], e 798/2021 [§ 2.1.]), temos que considerando o sentido que, de modo reiterado e estável, o Tribunal Constitucional vem atribuindo ao princípio do direito penal do bem jurídico disso deriva, nas palavras do citado Acórdão n.º 867/2021 (cf. seu § 8.) que igualmente se acompanham e secundam, como dificilmente conciliável com uma visão segundo a qual «as restrições de direitos, liberdades e garantias, dentro de determinados pressupostos, podem ter lugar com vista a proteger direitos ou interesses sem assento constitucional», dado não estar «em causa o mérito intrínseco dessa visão – embora se lhe possa colocar a objeção de que prescindir da reserva constitucional poderia conduzir a uma relativização “potencialmente dissolvente da força normativa da Constituição e do regime ‘reforçado’ dos direitos, liberdades e garantias” (J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada – Vol. I, 4.ª ed. rev., Coimbra Editora, 2007, p. 392) –, nem a sua viabilidade de *lege ferenda*. Simplesmente, essa visão parece esbarrar inevitavelmente na letra do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição e no seu declarado desígnio de subjugar à Constituição a atuação legislativa que se traduza numa restrição de direitos fundamentais aí consagrados» e sendo «[p]or outro lado, se aquela objeção e estes elementos interpretativos se aplicam de maneira transversal a restrições a qualquer direito fundamental, eles assumirão força acrescida quando em causa esteja uma restrição do direito à liberdade consagrado no artigo 27.º da Constituição, por ser a consequência jurídica mais drástica admitida pelo ordenamento jurídico português», já que «[é] este o ponto que particulariza o princípio do bem jurídico dentro do princípio da proporcionalidade», tanto mais que «[o] facto de ser essa a consequência jurídica de uma norma incriminatória permite assumir como premissa que a constitucionalidade dessa norma depende da existência de nítidas necessidades de proteção de outros direitos ou interesses constitucionalmente

consagrados, o que autoriza a ideia de que a margem de liberdade do legislador ordinário na criminalização de condutas é menos ampla do que o é na generalidade da sua atuação».

10. Presentes e analisadas as várias leituras jurídicas e posições dogmáticas perspetivadas, no âmbito doutrinal e jurisprudencial, para recortar e fundar o bem jurídico das normas incriminatórias contra animais de companhia e que se mostram em grande medida enunciadas e descritas no presente acórdão não logro, ante o exposto, encontrar na Constituição base e/ou habilitação fundante para o bem jurídico-penal legitimador de tais normas incriminatórias, secundando e acompanhando também e nessa medida toda argumentação e motivação que, a propósito das referidas leituras jurídicas e posições dogmáticas perspetivadas, foi desenvolvida nos Acórdãos n.ºs 867/2021 (convocada e que foi expendida sob o § 2.2. do presente acórdão) e 781/2022 e que foi reiterada, nomeadamente, no Acórdão n.º 217/2023.

11. Daí que se nos afigura que o exercício desenvolvido, de procura e de tentativa de identificação do bem jurídico-penal legitimador das incriminações contra animais de companhia, enquanto primeiro pressuposto integrante do princípio jurídico-constitucional do direito penal do bem jurídico, exercício esse cuja *dificuldade e carácter dubitativo* resulta demonstrado, revelado e comprovado até pela diversidade de posições expressas e concorrentes na e para *construção e fundamentação* da decisão da alínea a) do presente acórdão (cf. os seus §§ 2.2.1., 2.2.2., 2.2.4., 2.3 e 2.4), se apresenta como totalmente insubsistente e inidóneo em termos de habilitar ou lograr encontrar fundamento na Constituição para a tutela criminal em causa.

12. A análise de todas as propostas doutrinárias e jurisprudenciais convocadas com aquele ensejo ou fim/objetivo último resultam no entendimento que sufrago, presente e à luz da motivação convocada sob o antecedente § 9., como carecidas de cabal base na Constituição para identificação do bem jurídico-penal legitimador das normas incriminatórias em causa, impondo-se concluir pela inexistência de um bem jurídico com referente e assento constitucional, seja ele explícito ou implícito, capaz de preencher o pressuposto do princípio do direito penal do bem jurídico, em desrespeito ao disposto no n.º 2 do artigo 18.º e 27.º ambos da CRP, e de que na ausência de bem jurídico-penal tutelado no quadro constitucional as normas incriminatórias do artigo 387.º do CP enfermam de inconstitucionalidade.

13. Propugnando e defendendo o inteiro acerto e a manutenção do que havia sido o juízo de inconstitucionalidade firmado, mormente, pelos Acórdãos n.ºs 867/2021 e 781/2022, vejam-se, para além dos elementos de apoio doutrinal e jurisprudencial que neles haviam sido convocados, ainda e mais recentemente, Juan Antonio García Amado, “Sobre límites constitucionales de la punición. Comentario a la Acórdão n.º 867/2021 del Tribunal Constitucional Portugués”, in *e-Publica*, vol. 10, n.º 2, (novembro/2023), pp. 195-204 (consultável no sítio/ endereço «<https://e-publica.pt/article/90032-comentario-a-la-decision-n-867-2021-del-tribunal-constitucional-portugues>»); Ana Rita Teixeira Fontela,

em *A inconstitucionalidade da morte, maus tratos e abandono de animais de companhia – A ausência de bem jurídico-penal legitimador das normas incriminatórias* – dissertação de Mestrado em Direito apresentada à FDUC, (outubro/2022), pp. 87 e 89 (consultável no sítio/endereço «<https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/103628>»).

14. Frise-se que o entendimento firmado de que se mostra inevitável concluir pela inexistência de fundamento constitucional para a criminalização dos maus tratos a animais de companhia, tal como a mesma resulta prevista e punida no artigo 387.º do CP, e decorrente juízo de inconstitucionalidade, não significa ou implica que se sustente uma visão da Constituição da República Portuguesa que sempre se oporá, por incontornáveis razões estruturais, à criminalização de uma conduta como a aqui em questão.

15. É que ao invés e tal como afirmado no citado Acórdão n.º 867/2021 [§ 19.], que merece a nossa inteira adesão e concordância, a mesma exprime simplesmente «uma visão segundo a qual essa criminalização não encontra suporte bastante na vigente redação da Constituição da República Portuguesa, que é aquela que se impõe ao Tribunal Constitucional como parâmetro de avaliação das normas aprovadas pelo legislador», cientes de que «[j]uízo diverso implicaria que este Tribunal se substituísse ao poder constituinte, exorbitando da esfera de competências que por esse mesmo poder lhe foram outorgadas».

16. Por fim, refira-se que, sem prejuízo de num plano lógico e prévio a questão de constitucionalidade da (in)existência de bem jurídico preceder a outra questão de constitucionalidade, *in casu* a da (in)determinabilidade da lei penal, sempre se dirá que se *ultrapassada* a primeira, o que não se concede nem se aceita, temos também que similar juízo de inconstitucionalidade se imporia ter sido firmado quanto àquela segunda questão de constitucionalidade conforme desenvolvido, motivado e concluído na declaração de voto apresentada pela Senhora Conselheira Joana Fernandes Costa, declaração essa a que aludimos supra sob § 1. e para cuja fundamentação se reitera a remissão ali já feita quanto a esse segmento e juízo dissonante.

17. Flui de tudo o ante exposto que se impunha extrair conclusão inversa à que resultou firmada no presente acórdão, porquanto entendo como violados os parâmetros convocados, impondo-se, em decorrência, um juízo de inconstitucionalidade e o desatender o recurso interposto.

Carlos Luís Medeiros de Carvalho

DECLARAÇÃO DE VOTO

Vencido.

Como expliquei na declaração de voto que juntei ao Acórdão n.º 867/2021, não obstante entender que o bem-estar dos animais constitui um interesse com dignidade constitucional e ainda que a lei penal pode reservar a sua tutela apenas a certa categoria de animais dotados de relevância axiológica própria, creio que o crime de maus tratos de animal de companhia, previsto no n.º 2 do artigo 387.º do Código Penal, é excessivamente indeterminado. Em larga medida tal deve-se ao próprio conceito legal de animal de companhia, dada a forma equívoca como é definido no artigo 389.º – remetendo, a este respeito, para a citada declaração de voto –, indeterminação essa que atinge naturalmente o crime de morte de animal de companhia previsto no n.º 1 do artigo 387.º Creio ainda que a novidade introduzida nessa definição pelo n.º 3 do artigo 389.º, aditado na segunda versão da lei, segundo o qual «são considerados animais de companhia (...) aqueles sujeitos a registo no Sistema de Informação de Animais de Companhia (SIAC)», veio agravar as dificuldades constitucionais dos tipos incriminadores aqui em causa, ao ponto de descaracterizar o bem jurídico que lhes subjaz. Com efeito, embora tal preceito torne inequívoco que as espécies de animais registados no SIAC se situam no âmbito de incidência do regime penal, o que parece aumentar a segurança quanto ao objeto dos crimes, despoja o conjunto dos animais visados de toda e qualquer relevância axiológica própria, transformando o que antes era uma categoria legalmente indeterminada numa categoria que, apesar de ser agora menos indeterminada, é moralmente arbitrária. Assim é porque as razões que justificam o SIAC – sobretudo as que podem conduzir o diretor-geral de Administração e Veterinária a ampliar o elenco das espécies sujeitas a registo – não têm nenhuma relação necessária com a condição de especial vulnerabilidade dos animais domesticados, precisamente aquela que lhes outorga o estatuto moral qualificado em relação aos demais animais sencientes que pode justificar, de acordo com as ponderações de política criminal do legislador democrático, que só a eles seja dispensada a tutela penal.

Gonçalo de Almeida Ribeiro

DECLARAÇÃO DE VOTO

Vencida, pelas seguintes razões:

I. Antes de mais, creio essencial assinalar que, ainda que subscrevendo a premissa base do Acórdão segundo a qual *existe, de facto, um bem jurídico que serve de fundamento à incriminação prevista na norma* sub judice, discordo frontalmente dos termos em que ela é articulada na respetiva fundamentação.

São para mim cristalinamente claros o recorte e a sede do bem jurídico ora em causa. As normas fiscalizadas protegem a dignidade animal, *lato sensu*, que comporta a vida (enquanto existência física) e a integridade física *dos animais*. A Constituição da República Portuguesa (CRP) protege *todos* os animais e não apenas os de companhia; o legislador é, porém, livre de estabelecer distinções, no que respeita à forma de cumprimento da obrigação constitucional de os proteger, mobilizando o direito penal apenas em certas circunstâncias, atendendo a outros bens e valores constitucionalmente protegidos que com ela conflituem e em respeito, desde logo, pela ideia de *ultima ratio*. Como tive oportunidade de explicar, em declaração de voto aposta ao Acórdão n.º

83/2022, uma leitura da CRP à luz das exigências do tempo presente não pode deixar de importar “a eficácia horizontal dos deveres de proteção do meio ambiente e de manutenção do equilíbrio ecológico, que necessariamente convoca o apelo a uma sã convivência com outras espécies”. Com efeito, parece-me desajustada e, até, ultrapassada uma compreensão do disposto no artigo 66.º da Lei Fundamental segundo a qual as normas ali consagradas tutelam apenas o meio ambiente como um todo, sendo a proteção do bem-estar animal *meramente incidental*. Por outro lado, também não creio que a Constituição tutele *cada animal de companhia* concreto, ao qual é atribuída uma dignidade e um *status* análogos aos dos seres humanos. A meu ver, a CRP, interpretada no século XXI, protege *os animais* de acordo com a sua própria condição e dignidade, não os transmutando em *personas*, nem os reduzindo a instrumento de proteção de um conceito abstrato de *meio ambiente*. Independentemente da interessante discussão jusfilosófica em torno do significado do conceito de *dignidade animal*, julgo que é possível reconduzir o texto da Constituição – e as referências explícitas que ali encontramos, no artigo 66.º, ao *equilíbrio ecológico*, à *estabilidade ecológica* e aos *valores do ambiente*, no qual se incluem, obviamente, os animais – a uma visão holística e integrada destes últimos no seu meio; nos termos desta conceção, a dignidade animal consistiria num valor intrínseco da cada tipo ou espécie de animais, de acordo com as suas características próprias e a relevância do papel que desempenham no espaço partilhado com os seres humanos. Aquelas determinariam, em cada caso específico, o recorte de distintos critérios para a definição de uma *vida digna*. Esta visão do programa constitucional permite explicar e acomodar plenamente a escolha do legislador de criminalizar certos comportamentos apenas quando exercidos sobre *animais de companhia*, na medida em que essa escolha se afigura respeitadora do lugar particular que tais animais ocupam na vida em comum com os seres humanos. Ao mesmo tempo, permite, igualmente, fundamentar outras atuações dos poderes públicos, no quadro das quais sejam definidas distintas fórmulas de concordância prática entre a dignidade animal e os demais valores constitucionalmente protegidos.

II. Se a leitura de que acima dei conta me leva a pronunciar-me, com convicção, no sentido da existência de um *bem jurídico* que fundamenta a incriminação constante das normas questionadas no presente caso, não subscrevo a ideia segundo a qual é a *materialidade do valor constitucional*, presente na *essência da Lei Fundamental*, que pode fundamentar o juízo de não inconstitucionalidade, independentemente da positivação literal daquele bem.

A exigência de um bem jurídico constitucionalmente consagrado como fundamento para a definição de tipos de crime, que este Tribunal Constitucional tem afirmado em jurisprudência reiterada, não é uma mera decorrência de bons princípios de legística. É uma forma de proteção dos cidadãos contra o poder punitivo do Estado, contra a imposição de conceções morais prevaletentes (mas sempre, e necessariamente, contingentes); é, assim, uma garantia essencial do pluralismo democrático. A CRP não permite a criminalização de comportamentos contrários a uma qualquer *consciência* (jurídica) *dominante*, por esmagadoramente maioritária que possa ser. Permite, tão-só, a criminalização de comportamentos atentatórios de *bens jurídicos* reconduzíveis a valores constitucionais e extraíveis do texto da Constituição, porque esse é o local e o limite de definição do projeto partilhado e democraticamente legitimado que ela representa. Afasto-me, pois, com firmeza, de qualquer argumentação que não tome, na esteira de FIGUEIREDO DIAS, o

referente constitucional como um *prius* indispensável em matéria de recorte de bens jurídico-penais. Com efeito, uma ordem jurídico-constitucional que se basta com um apelo à ideia de Constituição material ou de uma abstrata *vontade popular* – distinta da, ou só parcialmente coincidente com a, vontade formalmente expressa pelo legislador constituinte democrático -, para fundamentação das mais gravosas restrições que podem impor-se aos direitos fundamentais (as que decorrem da criminalização de comportamentos) presta-se, por um lado, a todo o tipo de abusos e, por outro lado, conduz à indistinção, inaceitável em democracia, entre princípios éticos ou morais majoritários e valores constitucionalmente tutelados.

III. Apesar do que acima expliquei, votei no sentido da inconstitucionalidade das normas questionadas, por entender que estas violam, em ambas as redações consideradas, o princípio da tipicidade da lei penal, constante do n.º 1 do artigo 29.º da Constituição. Efetivamente, a lei é indeterminada num importante conjunto de elementos, atinentes quer à ação típica, quer (e sobretudo) ao *objeto* da ação (os *animais de companhia*). Mais ainda, e decisivamente, do somatório dos conceitos indeterminados que a presente decisão trata isoladamente não resulta, de forma alguma, um tipo determinado.

Quanto à ação típica, julgo que, ao contrário do que sustenta o Acórdão, os conceitos de “*infligir dor, sofrimento ou quaisquer outros maus tratos físicos*” e “*sem motivo legítimo*” são demasiado abertos, conduzindo a dúvidas, nos seus normais destinatários, sobre o concreto recorte das condutas proibidas. Parece-me pouco convincente o paralelismo em relação à norma incriminadora citada em sede de violência doméstica, não só porque reduz as diferenças entre as relações humanas e as relações entre humanos e animais a uma irrelevância que se me afigura não ser verdadeira, mas também porque ignora a pluralidade e instabilidade das concepções sociais sobre a legitimidade de certo tipo de ações ou comportamentos, face à dignidade reconhecida a um vastíssimo conjunto de tipos ou espécies de animais.

Mais problemática ainda é, no entanto, a definição do *objeto do crime*, ou seja, o recorte do conceito de *animais de companhia*. Se o artigo 389.º, n.º 1, do Código Penal parece ensaiar um conceito *material* de animais de companhia, definindo-os como *qualquer animal detido ou destinado a ser detido por seres humanos, designadamente no seu lar, para seu entretenimento e companhia*, a verdade é que logo o n.º 2 do mesmo artigo exclui deste âmbito os animais utilizados pelos seres humanos para um determinado elenco de fins (*exploração agrícola, pecuária ou agroindustrial e ainda espetáculo comercial ou outros*). Da articulação dos dois preceitos podem, desde logo, resultar problemas de determinação: os comportamentos proibidos em relação a um cão doméstico são permitidos em relação a um cão usado na pastorícia? Além disso, afigura-se-me evidente que o grau de determinabilidade dos *animais efetivamente detidos* e dos *animais destinados a ser detidos* é, de igual modo, bastante distinta, sendo menor no segundo caso: são destinados a ser detidos todos os animais em relação aos quais haja exemplos significativos de detenção efetiva por seres humanos? Por outras palavras, animais como as cobras ou os roedores são, para este efeito, *animais de companhia*, cujo mau trato é criminalmente punido nos termos do artigo 287.º? Ou só outras espécies de animais estarão incluídas no conceito, atendendo aos específicos termos e à longa evolução histórica da sua relação de convivência com os seres humanos?

O problema agrava-se se considerarmos o teor do n.º 3 do artigo 389.º do Código Penal, introduzido pela Lei n.º 39/2020, de 18 de agosto, que dispõe que “*são igualmente considerados animais de companhia, para efeitos do disposto no presente título, aqueles sujeitos a registo no Sistema de Informação de Animais de Companhia (SIAC) mesmo que se encontrem em estado de abandono ou errância*”. Tal sistema, regulado pelo Decreto-Lei n.º 82/2019, de 27 de junho, aplica-se, nos termos do artigo 2.º do diploma, à identificação de animais de companhia das espécies referidas no anexo I do Regulamento (UE) n.º 576/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de junho de 2013, e no anexo I do Regulamento (UE) n.º 2016/429, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de março de 2016, nascidos ou presentes no território nacional. Ora, estes regulamentos contêm noções apenas parcialmente coincidentes de *animais de companhia*, remetendo, em qualquer caso, para a lista constante de um anexo, no qual são mencionadas, além de cães, gatos e furões, várias outras espécies, que incluem os animais aquáticos ornamentais, os anfíbios e os répteis. Se tal lista se compreende com facilidade no âmbito de regulamentos da União Europeia relativos à saúde animal, afigura-se muito difícil integrá-la na definição de animais de companhia no quadro do tipo incriminador aqui em causa, mais ainda quando tais animais sejam como tal considerados *mesmo que se encontrem em estado de abandono ou errância*.

Creio, pois, indispensável que o legislador clarifique todos os aspetos atrás assinalados e, sobretudo, que explicita, para lá de dúvida razoável, o conceito de *animais de companhia*. Enquanto tal não suceder, é inevitável concluir que as normas constantes do artigo 387.º do Código Penal, na redação introduzida pela Lei n.º 69/2014, de 29 de agosto, e do artigo 387.º, n.º 3, do Código Penal, na redação introduzida pela Lei n.º 39/2020, de 18 de agosto, são inconstitucionais, por violação do princípio da tipicidade da lei penal, consagrado no artigo 29.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa.

Mariana Canotilho

DECLARAÇÃO DE VOTO

Vencida.

1. Ao contrário da posição que fez vencimento, entendo que a norma incriminadora contida no artigo 387.º do Código Penal, na redação introduzida pela Lei n.º 69/2014, de 29 de agosto, e, por maioria de razão, a que passou a constar do artigo 387.º, n.º 3, do mesmo Código, na sequência da revisão operada pela Lei n.º 39/2020, de 18 de agosto, violam o *princípio da legalidade criminal*, consagrado no artigo 29.º, n.º 1, da Constituição.

2. Como se afirma no presente Acórdão, o princípio da legalidade criminal constitui um elemento central do regime constitucional da lei penal nos Estados de Direito democráticos, encontrando-se expressamente consagrado no artigo 29.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição, enquanto *garantia pessoal de não punição* fora do âmbito de uma *lei escrita, prévia, certa e estrita*. A sua principal finalidade, como se disse no Acórdão n.º 606/2018, é assegurar que o Estado de Direito, (artigo 2.º da Constituição) protege o indivíduo não apenas *através* do direito penal, mas também *do* direito penal (Claus Roxin, *Derecho Penale, Parte Generale*, Tomo I, 2.ª edição, trad. de Diego-Manuel

Luzon Peña e Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Madrid, 1997, Civitas, p. 137). Neste sentido, o princípio da legalidade penal opera essencialmente como um *princípio defensivo*, que constitui, por um lado, «a mais sólida garantia das pessoas contra possíveis arbítrios do Estado» (Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1974, p. 96; v. ainda o Acórdão n.º 324/2013), e se apresenta, por outro, como uma condição de *previsibilidade* e de *confiança jurídica*, no sentido em que permite a cada cidadão dar-se conta das *condutas humanas que, em cada momento, relevam no âmbito do direito criminal* (v., entre outros, os Acórdãos n.ºs 41/2004, 587/2004 e 606/2018).

Como no presente Acórdão igualmente se afirma, a exigência de *lei certa* dirige-se ao *legislador*, impondo-lhe que, ao editar normas que *criam* (ou *agravam*) responsabilidade criminal, *especifique* suficientemente os factos que integram o tipo legal de crime (ou que constituem os pressupostos da aplicação de uma pena ou medida de segurança) e *definia* as penas (e as medidas de segurança) que lhes correspondem. Nesta aceção, o princípio da legalidade penal tem como corolário o *princípio da tipicidade*, cujo sentido é o de obrigar o legislador a levar a caracterização do ilícito típico «até a um ponto em que se tornem objetivamente determináveis os comportamentos proibidos e sancionados e, conseqüentemente, se torne objetivamente motivável e dirigível a conduta dos cidadãos» (Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra, Gestlegal, 3.ª ed., 2019, p. 219). A exigência de *lei estrita*, por sua vez, dirige-se ao intérprete-aplicador das normas que *criam* (ou *agravam*) responsabilidade criminal, condicionando-o da seguinte forma: uma vez que só à lei cabe a definição dos crimes e das penas, aos tribunais apenas compete a aplicação estrita da norma incriminadora e respetiva estatuição, excluindo-se a possibilidade de um desempenho concorrente na definição do conteúdo do ilícito.

No caso vertente apenas está em causa a exigência de *lei certa*.

O objeto do julgamento levado a cabo no presente Acórdão é constituído pela *própria norma que incrimina* os maus-tratos a animais de companhia, tal como o legislador por duas vezes a editou, e não por qualquer *interpretação normativa* extraída do(s) preceito(s) legal(ais) que lhe serve(m) de suporte. O que se pede ao Tribunal Constitucional não é por isso que verifique se determinada «norma aplicada ultrapassa o sentido possível das palavras da lei que qualifica os factos como crime ou fixa as conseqüências jurídicas do crime» (v., o n.º 2.5.1). O que se lhe pede é que averigue se as normas incriminadoras constantes do artigo 387.º do Código Penal, na redação introduzida pela Lei n.º 69/2014, e do artigo 387.º, n.º 3, do mesmo Código, na versão decorrente da Lei n.º 39/2020, permitem aos respetivos destinatários o conhecimento dos elementos que integram a infração e, mediante a apreensão por essa forma tanto do bem jurídico protegido como do comportamento vedado, o exercício, de forma consciente e esclarecida, da respetiva liberdade de autodeterminação (cf. Acórdão n.º 606/2018).

Ao responder afirmativamente a esta questão, a posição que fez vencimento incorre, quanto a mim, em dois equívocos.

3. O primeiro equívoco respeita à própria *função* desempenhada pelo princípio da legalidade penal, enquanto *exigência de lei certa*.

Escreve-se no Acórdão que a «*dúvida sobre se certos animais entram ou não no círculo da proteção penal* [...] não significa a indeterminabilidade da norma, desde que a incerteza interpretativa deixe

salvaguardado, como é o caso, um núcleo claro e distinguível de conduta proibida». Quer isto dizer que, para a maioria, se os conceitos indeterminados que o tipo legal emprega, *maxime* o conceito de *animal de companhia*, permitirem ao destinatário da norma penal antecipar «um núcleo claro e distinguível de conduta proibida»^{3/4} que só pode corresponder às situações da vida claramente abrangidas pela previsão típica^{3/4}, a exigência de lei certa deverá ter-se por observada. O que não caiba nesse «núcleo claro e distinguível», nomeadamente por se situar «na periferia da hipótese», será apreciado através da metodologia própria da «interpretação do direito infraconstitucional, no respeito pelo princípio da proporcionalidade e fazendo atuar os mecanismos típicos de direito criminal relativos à culpa, à justificação das condutas à adequação social e ao risco permitido», recaindo desta forma sobre os tribunais, ainda que mediante o recurso a tais instrumentos, a tarefa de decidir, por exemplo, da relevância criminal de atos praticados contra «insetos, répteis, animais raros [e ou] animais de trabalho», nos termos que valem para os «atos de duvidosa dignidade penal».

Diversamente da maioria, creio, porém, que o teste decisivo é outro. Para saber se o legislador observou a exigência de lei certa o que importa determinar é se os conceitos «menos precisos» empregues na formulação da norma incriminadora asseguram ou não aos destinatários desta «a possibilidade de compreensão e controlo do desvalor expresso no tipo legal» (Maria Fernanda Palma, *Direito Penal. Conceito material de crime, princípios e fundamentos*, Lisboa, AAFDL, 2017, p. 131). Sempre que a norma incriminadora, pelo nível de indeterminação que comporta, não garantir a cognoscibilidade do critério que permite distinguir o lícito do ilícito, a função cometida ao princípio da legalidade penal ficará duplamente comprometida: por um lado, os cidadãos deixarão de dispor da bússola necessária para conformarem as suas vidas abstendo-se de praticar os atos proibidos e não deixando de empreender as ações devidas; por outro, os tribunais deixarão de poder contar com um quadro suficientemente delineado em face do qual «possam fazer, ainda e sempre, um exercício de aplicação do direito e não já de criação de direito» (Acórdão n.º 20/2019). É por isso que, como se afirmou no Acórdão n.º 168/1999 (e se repetiu, designadamente, nos Acórdãos n.ºs 383/2000, 93/2001, 352/2005, 20/2007 e 76/2016), «averiguar da existência de uma violação do princípio da tipicidade, enquanto expressão do princípio constitucional da legalidade, equivale a apreciar da conformidade da norma penal aplicada com o grau de determinação exigível para que ela possa cumprir a sua função específica, a de orientar condutas humanas, prevenindo a lesão de relevantes bens jurídicos. Se a norma incriminadora se revela incapaz de definir com suficiente clareza o que é ou não objeto de punição, torna-se constitucionalmente ilegítima». Ilegitimidade tanto maior quanto mais notoriamente se demitir o legislador de definir «com suficiente clareza o que é ou não objeto de punição» ou mais flagrantemente for transferida para o intérprete-aplicador a tarefa de delimitar a área e o fim de proteção da norma incriminadora.

4. O segundo equívoco^{3/4} que resulta, em boa parte, do anterior^{3/4} prende-se com a opção seguida no Acórdão para aferir o nível de indeterminação das normas incriminadoras sob apreciação: tendo começado, e bem, por avaliar a densidade de cada um dos conceitos indeterminados constantes do tipo legal, isoladamente considerados, o Acórdão não procede, todavia, à avaliação do conteúdo final da norma incriminadora que deriva da sua utilização conjunta; isto é, não procura verificar se o emprego simultâneo dos conceitos que separadamente analisa confere à norma incriminadora, no resultado da sua soma, uma abertura incompatível com o dever que a

Constituição impõe ao legislador de levar a descrição do comportamento proibido ao ponto necessário a assegurar a «*cognoscibilidade acerca de quais as condutas puníveis*» (Acórdão n.º 545/2000).

Pelas razões que procurarei sintetizar nos pontos seguintes, tal dever está, quanto a mim, longe de poder ter-se por observado.

5. Na versão do Código Penal decorrente da Lei n.º 69/2014, de 29 de agosto, comete o crime previsto no respetivo artigo 387.º do Código Penal quem, «*sem motivo legítimo, infligir dor, sofrimento ou quaisquer outros maus tratos físicos*» a «*qualquer animal detido ou destinado a ser detido por seres humanos, designadamente no seu lar, para seu entretenimento e companhia*». Excetuando, porventura, a inflição de «*dor*», todos os demais conceitos utilizados no tipo são indeterminados. São-no quer aqueles que descrevem o objeto da conduta incriminada $\frac{3}{4}$ «*qualquer animal detido ou destinado a ser detido por seres humanos [...], para seu entretenimento e companhia*» (artigo 389.º, n.º 1) — , quer aqueles que definem o conteúdo da ação proibida $\frac{3}{4}$ «*infligir [...] sofrimento ou quaisquer outros maus tratos físicos*» a animal que se encontre naquelas condições, «*sem motivo legítimo*» (artigo 387.º, n.º 1).

Ao contrário do que sucede com o conceito de «*pessoa*» pressuposto pela condição de vítima do crime de «*“maus tratos físicos ou psíquicos”*» punível pelo n.º 1 do artigo 152.º do Código Penal — que o Acórdão a dado passo utiliza como elemento de comparação —, o conceito de *animal de companhia* é, não apenas indeterminado, como de muito difícil determinação. Se a tentativa de delimitar o universo das ações puníveis tomar como critério referencial a aptidão do animal para providenciar companhia aos seres humanos «*manifestada em certos patamares mínimos de capacidade para estabelecer com eles relações afetivas ou quando menos de interação recíproca com algum grau de consciência*», o comportamento proibido ficará restringido «*a condutas sobre mamíferos e a mais alguns vertebrados (v. g., aves), por nestes ser mais desenvolvido o sistema nervoso e serem mais sensíveis às ações suscetíveis de causarem sofrimento*» (v. Pedro Mendes Lima e Pedro Soares de Albergaria, “Sete vidas: a difícil determinação do bem jurídico protegido nos crimes de maus-tratos e abandono de animais”, *Julgar*, n.º 28, p. 158-159). Por não possuírem essa capacidade, ficarão fora do âmbito de proteção da norma animais como as rãs, os peixes, as aranhas ou as serpentes, ainda que efetivamente detidos pelo homem, «*designadamente no seu lar, para seu entretenimento e companhia*». O problema reside no facto de não ser esta a única via consentida pela moldura semântica do texto legal. Sem com isso ultrapassar o limite traçado pelo sentido possível das palavras empregues na construção do tipo, a delimitação do universo das ações puníveis pode assentar, ao invés, no *critério da destinação*, caso em que passarão a integrar o conceito de animais de companhia todos aqueles que forem *efetivamente* detidos pelo homem para esse fim, independentemente da sua maior ou menor potencialidade para a interação recíproca com o respetivo detentor. Assim, e desde que efetivamente detidos pelo homem, «*designadamente no seu lar, para seu entretenimento e companhia*», também as rãs, os peixes, as aranhas ou as serpentes poderão considerar-se abrangidos, o que fará incorrer quem lhes «*infligir dor, sofrimento ou quaisquer outros maus tratos físicos*» em responsabilidade criminal. Ora, esta incerteza quanto à delimitação do universo dos *animais de companhia*, para além de substancialmente agravada pela abertura do conceito a qualquer animal «*destinado a ser detido por seres humanos, designadamente no seu lar, para seu*

entretenimento e companhia», não é nem compensada nem atenuada pelos conceitos, igualmente indeterminados, que descrevem o *conteúdo da ação criminalmente relevante*. A ação punível, que consiste em, «*sem motivo legítimo, infligir dor, sofrimento ou quaisquer outros maus tratos físicos*», é, quanto mais não seja em virtude desta modalidade residual de execução típica, compatível à partida com a provocação de lesões no corpo de animais pertencentes a todas as classes de animais vertebrados, desde as aves e os mamíferos até aos anfíbios e aos répteis (pense-se, por exemplo, no desferimento de um pontapé no dorso de um lagarto, detido pelo homem no seu lar, para seu entretenimento e companhia). Por outro lado, compreendendo a infligência de «*dor, sofrimento ou quaisquer outros maus tratos físicos*» um amplíssimo conjunto de ações, de conteúdo muito distinto e com potencial lesivo muito diverso, a delimitação do que é proibido e do que é permitido acaba por contar apenas com o contributo que decorre, respetivamente, da ausência de «*motivo legítimo*» e da exclusão dos *maus-tratos psicológicos*. Ora, é justamente o emprego simultâneo deste vasto conjunto de conceitos indeterminados, sem que qualquer deles exerça sobre os demais um efeito de clarificação, delimitação e ou contenção recíprocas, que torna, quanto a mim, evidente a violação do princípio da legalidade criminal. A fluidez do tipo consentida pelo carácter vago e impreciso da conduta descrita no artigo 387.º do Código Penal, na versão da Lei n.º 69/2014, constitui demonstração inequívoca de que a norma incriminadora dos maus tratos a animais de companhia não se encontra formulada «*de modo ao seu conteúdo se poder impor autónoma e suficientemente, permitindo um controlo objetivo na sua aplicação individualizada e concreta*» (cfr., António Castanheira Neves, "O Princípio de Legalidade Criminal. O seu problema jurídico e o seu critério dogmático", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, I, Coimbra, 1984, pág. 334)» (Acórdão n.º 93/2001). O que é o mesmo que dizer que foi violada a exigência de *lei certa*.

6. Ao invés de contribuir para a *cognoscibilidade e previsibilidade* da norma de comportamento pressuposta na incriminação dos maus tratos a animais de companhia, a revisão do Código Penal levada a cabo pela Lei n.º 39/2020 apenas veio tornar ainda mais complexa e espinhosa a captação dos «*critérios do ilícito penal*» (Acórdão n.º 427/1995) no âmbito das atuações empreendidas sobre animais.

Segundo decorre agora dos artigos 387.º, n.º 3, e 389, n.ºs 1 e 3, do Código Penal, comete o crime de maus tratos a animais de companhia quem, «*sem motivo legítimo, infligir dor, sofrimento ou quaisquer outros maus tratos físicos*» a «*qualquer animal detido ou destinado a ser detido por seres humanos, designadamente no seu lar, para seu entretenimento e companhia*», ou a animais «*sujeitos a registo no Sistema de Informação de Animais de Companhia (SIAC) mesmo que se encontrem em estado de abandono ou errância*». Ora, de acordo com o artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 82/2019, de 27 de junho, encontram-se sujeitos a registo no SIAC os *cães, gatos e furões* (n.º 1), bem como os animais de qualquer das espécies referidas na parte B do anexo I dos Regulamentos (UE) n.ºs 576/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de junho de 2013, e 2016/429, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de março de 2016, cuja obrigatoriedade de identificação tenha sido determinada por despacho do diretor-geral de Alimentação e Veterinária com «*fundamento na necessidade de implementar medidas de natureza sanitária para combate a surtos de doenças epizoóticas ou zoonoses*» (n.º 2).

Em face da inclusão no âmbito de proteção da norma incriminadora dos animais *sujeitos a registo no (SIAC), mesmo que se encontrem em estado de abandono ou errância, o fim da incriminação dos maus tratos a animais de companhia* e, sobretudo, a *identidade do bem jurídico* cuja proteção através dela se prossegue tornam-se de difícil (ou mesmo impossível) apreensão pelos respetivos destinatários. Dificuldade (ou impossibilidade) tanto mais radicais quanto por certo se tenha que, ao remeter indiferenciadamente para os animais «*sujeitos a registo no Sistema de Informação de Animais de Companhia*», a norma incriminadora não deixa de atribuir relevância típica às ações perpetradas sobre animais cuja inscrição do SIAC é decidida pelo diretor-geral de Alimentação e Veterinária como medida de combate a surtos de doenças epizoóticas ou zoonoses (tais como a brucelose, o dengue e a Febre Q), caso em que, de acordo com a parte B do anexo I dos Regulamentos acima referidos, poderão ser colocados sob o âmbito de proteção da norma os *animais invertebrados* (exceto abelhas e *Bombus spp.*, abrangidos pelo artigo 8.º da Diretiva 92/65/CEE, e moluscos e crustáceos tal como definidos respetivamente no artigo 3.º, n.º 1, alínea e), subalíneas ii) e iii) da Diretiva 2006/88/CE), *animais aquáticos ornamentais* (tal como definidos no artigo 3.º, alínea k) da Diretiva 2006/88/CE e excluídos do âmbito dessa diretiva pelo seu artigo 2.º, n.º 1, alínea a)), *anfíbios, espécimes de espécies aviárias* (que não sejam as referidas no artigo 2.º da Diretiva 2009/158/CE) e, de entre os mamíferos, os *roedores e coelhos* (que não sejam os destinados à produção de alimentos e definidos como «lagomorfos» no Anexo I do Regulamento (CE) n.º 853/2004). Ora, em qualquer destas hipóteses, o estatuto de animal de companhia para efeitos criminais, na medida em que é determinado pela «*necessidade de implementar medidas de natureza sanitária para combater surtos de doenças epizoóticas ou zoonoses*», passa a fundar-se em razões inteiramente distintas daquelas que poderiam ainda deduzir-se do *bem jurídico* que, como o Acórdão bem esclarece, está na base da opção político-criminal que conduziu a Lei n.º 69/2014 a introduzir o Título VI do Código Penal.

Apesar de assim ser, poderia sempre argumentar-se que o problema de compatibilidade com a Constituição, a existir, residiria apenas no segmento da lei que estende a punição dos maus tratos aos animais «*sujeitos a registo no Sistema de Informação de Animais de Companhia (SIAC) mesmo que se encontrem em estado de abandono ou errância*», afetando somente a norma do n.º 3 do artigo 389.º do Código Penal e sempre por razões relacionadas, não com a exigência de lei certa, mas com o carácter fragmentário e a natureza subsidiária do direito penal. Contudo, esse não é o único efeito gerado pela nova configuração do tipo incriminador. Ao conferir o estatuto de animal de companhia *quer aos animais detidos ou destinados a serem detido por seres humanos, designadamente no seu lar, para seu entretenimento e companhia*», *quer aos animais «sujeitos a registo no Sistema de Informação de Animais de Companhia (SIAC) mesmo que se encontrem em estado de abandono ou errância*», o legislador de 2020 veio lançar sobre os destinatários da norma incriminadora dúvidas, fundadas e legítimas, sobre *qual é afinal* o verdadeiro *quid* da tutela prosseguida através do artigo 387.º, n.º 3, do Código Penal. Desde logo porque o conceito de *animal de companhia* não assume na construção do tipo legal uma função qualquer: fixando o *objeto* da ação punível, ele concorre de forma determinante para a *definição do conteúdo do ilícito*, sendo a apreensão do seu significado indispensável para que os cidadãos possam alcançar, com o mínimo de segurança e fiabilidade, a *espécie de desvalor* que o tipo legal exprime, exercendo, nessa medida, a respetivo poder de autodeterminação. Conclusão tanto mais evidente quanto presente se tiver que em causa

está a criação do regime de tutela penal de um bem jurídico que, não sendo reconduzível às dimensões existenciais da pessoa, individuais ou coletivas, só pode ser correta e fidedignamente apreendido através da descrição da conduta proibida. Ora, a ampliação do conceito de animal de companhia, já de si altamente indeterminado, operada pela Lei n.º 39/2020 mediante a inclusão dos animais «*sujeitos a registo no Sistema de Informação de Animais de Companhia, ainda que em estado de abandono ou de errância*», veio aumentar exponencialmente a dificuldade de perceção do âmbito e do fim de proteção de *toda a norma incriminadora*, impossibilitando a representação do *desvalor da ação* que nela se procura exprimir.

7. De acordo com a maioria, perante a «*hipótese de uma previsão extravagante [...] o juiz penal sempre poderá, interpretando o tipo objetivo nos termos gerais, limitar a remissão em termos ajustados ao círculo de proteção da norma*», o que corresponderá a «*um uso normal das regras de interpretação, que não prejudica a conclusão de que o [...] objeto [da norma incriminadora] é suficientemente determinável*».

Tal conclusão, em minha opinião, está longe de colocar a norma incriminadora a salvo da violação do princípio da legalidade penal.

Vale a pena recordar que, segundo a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, a *previsibilidade* da norma de comportamento que o legislador penal está obrigado a assegurar por força do artigo 7.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem «[...] tem um alcance variável, dependendo em larga medida do conteúdo da norma incriminadora concretamente em causa, do âmbito ou domínio que pretenda regular, bem como do número e condição dos respetivos destinatários. De todo o modo, tal exigência deverá considerar-se satisfeita onde quer que os sujeitos possam conhecer, através do texto da lei — complementado, se necessário, pela respetiva interpretação jurisprudencial, assim como pelo recurso a aconselhamento técnico especializado —, quais os atos e omissões suscetíveis de os responsabilizar. *Tal complementação será compatível com o artigo 7.º da Convenção sempre que o resultado da clarificação jurisprudencial dos elementos que integram a infração for consistente com a essência do ilícito e pudesse ser razoavelmente previsto pelos destinatários da norma* (cf., entre outros, *Radio France and others v. France* e *Vasiliauskas v. Lithuania*)» (Acórdão n.º 606/2018, itálico aditado).

Ora, perante o conjunto de dúvidas e incertezas suscitadas pelo texto da lei em qualquer uma das suas sucessivas versões, não é possível afirmar que os conceitos empregues na formulação da norma incriminadora requeriam uma *simples* ou *mera clarificação* por parte dos tribunais; como também não é possível afirmar que essa tarefa, que é a única cometida ao poder judicial, encontre na formulação do tipo as condições necessárias para assegurar a consistência do seu resultado com a «*essência do ilícito*», sobretudo em termos razoavelmente antecipáveis pelos cidadãos. Na verdade, o juiz que for chamado a decidir se, em face do disposto no artigo 387.º do Código Penal, na redação introduzida pela Lei n.º 69/2014, e ou do artigo 387.º, n.º 3, do mesmo Código, na versão decorrente da Lei n.º 39/2020, o desferimento de um pontapé no dorso de um lagarto, detido pelo arguido no seu lar, para seu entretenimento e companhia, consubstancia ou não um crime de maus tratos a animais de companhia, não estará seguramente a fazer um mero «*exercício aplicação do direito*». Qualquer que seja a resposta que vier a encontrar para o problema, ele estará necessariamente a substituir-se ao legislador na determinação do *critério do ilícito*, preenchendo o espaço que este deixou indevidamente vazio ao não ter formulado a *fattispecie* que

incrimina os maus tratos a animais de companhia «*de modo ao seu conteúdo se poder impor autónoma e suficientemente, permitindo um controlo objetivo na sua aplicação individualizada e concreta*».

9. A confrontação das normas sindicadas com disposições congêneres de outros ordenamentos jurídico-penais revela, além do mais, que a possibilidade de levar a descrição da conduta proibida a um ponto consentâneo com a exigência de *lei certa* se encontrava plenamente ao alcance do legislador nacional.

Atente-se, por exemplo, no direito espanhol.

Até à modificação operada pela *Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo*, Código Penal espanhol previa a punição de «*quem, por qualquer meio ou procedimento, maltrate injustificadamente, causando-lhe lesões que prejudiquem gravemente a sua saúde ou submetendo-o à exploração sexual: a) um animal doméstico ou domesticado; b) um animal que geralmente é domesticado, c) um animal que viva temporária ou permanentemente sob controle humano; ou d) qualquer animal que não viva na natureza*» (artigo 337.º). Tendo presente, *inter alia*, a «*prática processual, onde continuavam a observar-se dificuldades e lacunas que careciam de ser resolvidas, reduzindo os problemas interpretativos*» (v. o respetivo Preâmbulo), a *Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo*, modificou a configuração do tipo legal, passando a prever-se no Código Penal a punição de «*quem, fora das atividades legalmente reguladas e por qualquer meio ou procedimento, incluindo atos de natureza sexual, cause a um animal doméstico, amansado, domesticado ou que viva temporal ou permanente sob controlo do homem, lesão que requeira tratamento veterinário para o restabelecimento da sua saúde*» (artigo 340.º bis).

Independentemente da questão de saber se o bem jurídico protegido pelo direito penal espanhol coincide inteiramente com aquele a cuja tutela se dirigem as normas sob fiscalização, o que importa reter aqui — porque só isso releva no plano da determinabilidade — é que, perante uma formulação como esta, não só os destinatários da norma incriminadora estariam em condições de apreender o desvalor expresso no tipo legal, como o juiz encarregue de o aplicar, ao julgar o autor de um pontapé desferido no dorso de um lagarto detido no respetivo lar, não teria dúvidas em considerar preenchido o tipo objetivo do ilícito se a lesão provocada no animal tivesse requerido tratamento veterinário. Com a certeza de que, ao dar essa ou qualquer outra resposta, estaria a fazer, «*ainda e sempre, um exercício de aplicação do direito*» e não um exercício «*de criação de direito*» em substituição do legislador.

Joana Fernandes Costa

DECLARAÇÃO DE VOTO

1. Vencido. Considero que não existe fundamento constitucional para criminalização dos maus tratos a animais de companhia, tal como se decidiu nos Acórdãos n.ºs 867/2021 e 781/2022.

2. O princípio do bem jurídico, que decorre do que expressamente se consagra no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição, implica que o direito penal só possa intervir para proteger direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Não se trata de um formalismo estéril. É, pelo contrário, uma garantia essencial da liberdade, assegurando que o *ius puniendi* não é usado pelas maiorias circunstanciais para lá dos valores que constituem o pacto fundamental. Assim se protegem os cidadãos *do Estado*: a aplicação de uma pena, enquanto medida mais drástica cometida contra pessoas, só pode ocorrer pelas razões mais irrefutáveis. E é na Constituição — e não em convicções ou sentimentos de uma maioria conjuntural — que estão esses valores.

Assim, o problema que se põe é o de saber se a Constituição *material* respalda o bem-estar dos animais de companhia. Importa identificar, na Constituição, o direito ou interesse que o tipo criminal visa proteger. Como se sublinhou no Acórdão n.º 781/2022, não se trata de exigir um bem jurídico explicitamente preceituado, pois é evidente que não existe base constitucional expressa; o que se impõe é encontrar na Constituição um bem jurídico *implicitamente consagrado* que dê guarida a esta criminalização.

3. O Acórdão não consegue reconhecer o valor constitucional visado por este crime, limitando-se a assinalar (ponto 2.4.4.) que, para alguns, será o ambiente; para outros, a responsabilidade para com os animais que perderam as suas defesas por ação do homem, desvelada do princípio da dignidade da pessoa humana; para outros ainda, a solidariedade. Não cumprindo, em meu juízo, a obrigação que se impunha ao Tribunal Constitucional: indicar o *direito ou interesse constitucionalmente protegido* (n.º 2 do artigo 18.º da Constituição) que suporta a aplicação de uma pena de prisão.

De resto, a discórdia parece-me elucidativa. O dissenso quanto a saber qual é, afinal, o bem jurídico protegido por este crime — aglomerando-se ideias divergentes e contraditórias na busca de um qualquer suporte constitucional para a punição — reforça a ilação de que não há, na Constituição, fundamento para a criminalização dos maus tratos a animais de companhia.

3.1. Não pode ser o direito ao *ambiente*, já que o tipo criminal tutela o bem-estar individual *de cada animal*, e não a sua contribuição para «*um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado*» (artigo 66.º da Constituição). Sendo particularmente revelador, por um lado, que se não protejam as espécies em vias de extinção, mas as que correspondem aos *animais de companhia*; e, por outro lado, que a versão introduzida pela Lei n.º 69/2014 (cuja constitucionalidade é aqui apreciada), não puna a *morte do animal*, mas a *inflicção de dor* — não visando a biodiversidade e subsistência das espécies.

3.2. Do mesmo passo, nunca poderia estar em causa a *dignidade da pessoa humana*, enquanto fonte do bem jurídico *bem-estar dos animais que foram hominizados*.

Desde logo, porque «*qualquer norma incriminatória poderia justificar-se, praticamente sem ulterior especificação normativa, em nome da proteção da dignidade da pessoa humana ínsita no artigo 1.º da Constituição*» (Acórdão n.º 134/2020). Justamente por força da sua elevadíssima densidade, fica por perceber em que medida ela constitui um *interesse constitucionalmente protegido*, no sentido pressuposto pelo n.º 2 do artigo 18.º da Constituição. A dignidade da pessoa humana é, outrossim, um princípio central para decifrar e dar sentido ao acervo de *direitos e interesses constitucionalmente*

consagrados — conceito este necessariamente mais tangível. Sob pena, de resto, de aquela poder abrir-se a qualquer argumentação para sustentar a (neo)criminalização de condutas.

Em qualquer caso, e mesmo que assim não fosse, sempre faleceria a invocação de que está aqui em causa o bem-estar *de certas espécies que o homem domesticou*. A partir da definição de animal de companhia, torna-se óbvio que são criminalizados os maus tratos a animais que *não alteraram o comportamento nem perderam defesas* — como sucede se alguém for cruel para com o seu cão.

3.3. Também o valor da *solidariedade*, referido na parte final do artigo 1.º da Constituição, não contém bem jurídico apto a suportar a criminalização. É que, como se explicou no Acórdão n.º 781/2022, o sentimento, a responsabilidade ou a solidariedade são conceitos cuja valia depende do seu objeto: «*Se o objeto for valioso (ou, para o que aqui releva, acolhido como valioso pela Constituição, seja explícita seja implicitamente), assim o serão também o sentimento, o dever ou a responsabilidade de zelar pela sua proteção. Se o objeto for irrelevante ou desvalioso, assim estes o serão também. Erigir o sentimento, dever ou responsabilidade em algo valioso em si mesmo é dar por demonstrado o que carece de demonstração*». Nessa medida, a invocação da *solidariedade* não responde à questão que se põe: a de saber se a Constituição, expressa ou implicitamente, tutela o bem-estar dos animais de companhia.

4. O legislador decidiu criminalizar a maldade para com certos animais que têm com o homem uma certa relação. Considerou não ser razoável que o ser humano perpetre atos cruéis sobre um ser vivo de outra espécie em relação ao qual assumiu um vínculo; e quis aplicar pena de prisão a quem o fizer.

Simplesmente, a censura social de um comportamento — independentemente do juízo que qualquer um de nós possa fazer sobre o ato de infligir dor aos animais — não é razão suficiente para o punir. O direito penal não serve para castigar condutas indecentes, obscenas ou imorais; nem para promover o património cultural e civilizacional adquirido pela sociedade atual; nem tampouco para impor o reconhecimento de um valor, enquanto «*direito penal propulsor e criador de valores sociais, morais e, como tal, um direito penal de prima ratio*» (SUSANA AIRES DE SOUSA, “Argos e o direito penal — uma leitura «dos crimes contra animais de companhia» à luz dos princípios da dignidade e da necessidade”, *Julgar*, n.º 32, 2017, p. 159).

Por imperativo do artigo 18.º da Constituição, o bem jurídico protegido *tem de ter assento constitucional*, não podendo sobrepor-se a uma noção de *razoabilidade*. Era dever do Tribunal Constitucional reafirmar a linha inultrapassável do poder punitivo do Estado, limitando-o aos casos em que conseguisse identificar na Constituição (expressa ou implicitamente) o valor tutelado; e sem levar em consideração o que cada um dos Juízes pense sobre o carácter ignóbil de certa conduta.

Em contraposição, é ao legislador constituinte de revisão que cabe decidir se «*a progressão do sentimento comunitário relativamente aos animais*» (ponto 2.4.1. da fundamentação) deve conduzir, como sucedeu nos vários sistemas jurídicos ilustrados no Acórdão, à sua consagração como bem jurídico constitucional.

5. Resta-me aditar que, ainda que pudesse encontrar-se um bem jurídico constitucional aqui protegido, considero ter sido violado o princípio da legalidade criminal, na sua exigência de *lei*

certa (n.º 1 do artigo 29.º da Constituição), no essencial, pelas razões expostas pelo Senhor Conselheiro Vice-Presidente GONÇALO ALMEIDA RIBEIRO na sua declaração de voto.
Afonso Patrão

DECLARAÇÃO DE VOTO

Vencido em relação ao primeiro fundamento da decisão de não inconstitucionalidade, não acompanhando a conclusão expressa nos itens 2.4.4. e 2.6., por considerar que não existe um bem jurídico constitucionalmente ancorado que sirva de base às normas incriminatórias contidas no artigo 387.º do Código Penal (redação introduzida pela Lei n.º 69/2014, de 29 de agosto) e no n.º 3 do artigo 387.º do Código Penal (redação introduzida pela Lei n.º 39/2020, de 18 de agosto).

As razões do meu dissídio são as explanadas no Acórdão n.º 867/2021, salientando especialmente a conclusão da sua fundamentação – quando põe em evidência ser «inevitável concluir pela **inexistência de fundamento constitucional para a criminalização dos maus tratos a animais de companhia**, previstos e punidos no artigo 387.º do Código Penal. Não exprime este juízo de inconstitucionalidade uma visão segundo a qual a Constituição da República Portuguesa sempre se oporá, por incontornáveis razões estruturais, à criminalização de uma conduta como essa. **Exprime simplesmente uma visão segundo a qual essa criminalização não encontra suporte bastante na vigente redação da Constituição da República Portuguesa**, que é aquela que se impõe ao Tribunal Constitucional como parâmetro de avaliação das normas aprovadas pelo legislador.» (19.; destacados meus).

Conclusão que, em meu entender e ainda de acordo com as palavras desse aresto, se funda designadamente no facto de que «[o] princípio do direito penal do bem jurídico constitui – pode dizer-se com segurança – um elemento sólido da jurisprudência deste Tribunal Constitucional» (7.), sendo «na Constituição que cumpre indagar a existência de direitos ou interesses capazes de fundamentar a privação da liberdade de seres humanos pela prática de maus tratos (...) contra animais em causa nestes autos» (11.).

José Eduardo Figueiredo Dias

DECLARAÇÃO DE VOTO

Vencida nos termos que, no essencial e de forma abreviada, seguidamente se expõem.

Relativamente à questão do bem jurídico protegido, tal como tivemos ocasião de afirmar no Acórdão n.º 843/2022 (e, ulteriormente, no Acórdão n.º 9/2023), que relatámos, admite-se, a partir de uma leitura atualista e dinâmica do texto constitucional, a tutela constitucional do bem-estar animal, valor este que se encontra hoje em dia inscrito na consciência jurídica coletiva.

A nossa divergência diz, pois, respeito, fundamentalmente, à questão da determinabilidade de algumas das normas contidas na disciplina jurídica relativa à tutela dos animais de companhia. Sobre esta questão do incumprimento das exigências mínimas de determinabilidade da lei penal decorrentes do princípio da legalidade acolhido no artigo 29.º, n.º 1, da CRP, remetemos para a declaração de voto da Senhora Conselheira Joana Fernandes Costa.

Maria Benedita Urbano