

Violência doméstica - bem jurídico e boas práticas¹

1) Apresentação do tema

Longe vai o retábulo das Ordenações Filipinas² onde se consagrava o direito do marido castigar a mulher, um verdadeiro direito de correcção, que vigorou até ao século XX.

A violência doméstica é um temário actual, não apenas em Portugal, mas em todos os países do nosso espaço cultural, objecto de particular atenção por banda de políticos, juristas, sociólogos, psicólogos e toda a espécie de curiosos, sobretudo se ligados a grupos de pressão com intervenção social. Apesar disso não se trata de um problema novo, antes de um complexo problema social, de todos os tempos, que o devir comunitário e a crescente consciência colectiva sobre a dimensão e efectividade dos direitos, vem impondo. Isso tem trazido a terreiro novas interrogações, emergentes dos choques e contradições que vão surgindo, ao nível das representações sociais, das tradições e da cultura a muitos títulos ainda dominante na nossa sociedade. Não obstante, por todo o lado se tem vindo a sedimentar a ideia da tolerância zero.

O Conselho da Europa caracterizou a violência doméstica como «acto ou omissão cometido no âmbito da família por um dos seus membros, que constitua atentado à vida, à integridade física ou psíquica ou à liberdade de um ou outro membro da mesma família ou que comprometa gravemente o desenvolvimento da sua personalidade»³. Mas o recorte conceptual assume formas diversas consoante a qualidade do observador, ou se se trata de organização nacional ou internacional, de carácter geral ou dedicada aos temas da igualdade (ou

¹ Comunicação apresentada no dia 20/02/2009, no CEJ, no âmbito do *Curso Breve de Especialização Sobre Violência Contra as Pessoas*.

² Livro V, Título XXXVI.

³ Projecto de Recomendação e de Exposição de Motivos, do Comité Restrito Sobre a Violência na Sociedade Moderna – 33.^a Sessão Plenária do Comité Director para os Problemas Criminais, publicado no *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 335, pág. 5 e segs.

outros congêneres), se o contexto é académico, político, jurídico, etc. Transversal é o exercício do poder, a existência de violência e o contexto familiar, embora este com uma extensão que pode variar muito (podendo estender-se até situações que lhe sendo exteriores com ele têm apenas umnexo).

Para Madalena Alarcão, académica da área da psicologia, «a violência doméstica constitui sempre uma forma de exercício do poder, mediante o uso da força (física, psicológica, económica, política), pelo que define inevitavelmente papéis complementares: assim surge o vitimador e a vítima. O recurso à força constitui-se como um método possível de resolução de conflitos interpessoais, procurando o vitimador que a vítima faça o que ele pretende, que concorde com ele ou, pura e simplesmente, que se anule e lhe reforce a sua posição/identidade. No entanto, e contrariamente ao comportamento agressivo, o comportamento violento não tem a intenção de fazer mal à outra pessoa, ainda que habitualmente isso aconteça. O objectivo final do comportamento violento é submeter o outro mediante o uso da força»⁴.

No que respeita à violência conjugal, a sua etiologia entretece-se em questões de natureza cultural e de mentalidades, com questões de índole socioeconómica e tem uma dinâmica que é necessário estudar para que melhor se lhe possa acudir. Normalmente o lugar da comissão dos actos ilícitos é o lar, espaço exclusivo e excludente, onde convivem relações de afectividade, mas também de dependências. Ora, é sabido que a convivência aumenta o risco de actos violentos, e a afectividade, bem como as dependências (económica, social e psicológica), aumentam a capacidade de resistência à violência.

Estas considerações, de carácter geral, relevam para introduzir o objecto da presente reflexão, que tem como mote as boas práticas, no domínio do judiciário, quando estão em causa comportamentos subsumíveis aos ilícitos de violência doméstica e de maus-tratos. As boas práticas integram, naturalmente, um completo conhecimento e

⁴ Madalena Alarcão, (*des*) *Equilíbrios Familiares*, Quarteto, 2000, pág. 296.

recolha da factologia e das provas relevantes, uma competente interpretação dos factos, uma correcta qualificação jurídica, rigorosa apreciação da prova e adequada escolha da pena e sua dosimetria. Mas antes de tudo isso, também as integram um conhecimento razoável do fenómeno social que subjaz esta problemática e um claro panorama sobre o direito vigente na matéria. Na verdade, de pouco servirá um esforçado empenho procedimental, se não se tiver uma noção suficientemente clara do bem jurídico tutelado pelas normas penais, pois o desnorte nesta matéria poderá comprometer, porventura irremediavelmente, a análise e selecção dos factos relevantes, a recolha das provas, a apresentação do caso em juízo e o alcance de uma decisão justa.

Para uma adequada apreensão desta questão não será desperdício fazer um breve excurso sobre a evolução legislativa e depois uma também sintética referência às opções feitas noutras latitudes.

2) Evolução legislativa (em Portugal)

A Constituição de 1976 veio consagrar a dignidade da pessoa humana como valor estruturante da jovem democracia que então se erguia, e daí decorreu, entre o mais, a consagração de princípios (como o da igualdade, que fez ascender a mulher à condição de cidadã de pleno direito) que vieram impor todo um outro modelo de sociedade. Desenvolvendo aqueles princípios a legislação ordinária foi sequente e progressivamente afirmando direitos e regulando o novo modelo social. No domínio penal, a especificidade, que ainda hoje é por vezes negada, justificou que logo no texto inicial do Código Penal de 1982, que veio substituir o «velho» código de 1886, se tenha inserido um novo tipo de ilícito, de natureza pública, então designado de «maus-tratos». Mas a «novidade», aliada a uma certa incompreensão acerca da sua origem e justificação, veio a determinar uma deficiente interpretação jurisprudencial, que considerava tratar-se este de um crime específico de ofensas corporais e, logo por isso, de natureza semi-pública, excepto nos casos em que se provasse que a conduta seria «devida a malvadez

ou egoísmo» (elemento estes que tinham por referência os maus-tratos a menores dependentes). Tal significou que a novel incriminação não teve a relevância que dela se esperava.

Só em 1995 se veio a alterar o primitivo texto deste tipo de ilícito, procurando-se então corrigir o caminho que a prática vinha trilhando. Aproveitou-se para agravar as penas, desse modo também distinguindo o que estava em causa, e numa cedência à prática tornou-se o procedimento dependente de queixa.

As críticas que foram surgindo, sobretudo quanto à natureza semi-pública do crime, vieram a determinar que na reforma de 1998 (operada pela Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro) se começasse a inverter o caminho. Na verdade, a possibilidade de desistência de queixa por banda da vítima fazia com que uma grande parte dos ilícitos relativos à violência conjugal ficasse impune, em razão justamente dos constrangimentos que o receio de represálias e a dependência económica provocavam na vítima. Tornou-se, então o procedimento independente de queixa, embora deixando à vítima a última palavra quanto ao prosseguimento do processo.

Dois anos depois (Lei n.º 7/2000, de 27 de Maio) o legislador retornou à matriz e o crime de maus-tratos passou a ser público. Pretendeu-se, desta maneira, superar o grande número de arquivamentos de processos por vontade expressa (embora com questionável liberdade) da vítima. Aproveitou-se para se alargar o âmbito de tutela, passando a previsão a abranger os progenitores de descendente comum e introduziu-se a possibilidade de ser aplicada a pena acessória de proibição de contacto com a vítima, incluindo a obrigação de afastamento da residência desta.

Na reforma de 2007, o legislador procedeu a uma separação de matérias que até então estavam sob a mesma epígrafe, tendo deixado no novo artigo 152.º, agora epigrafado de «violência doméstica» (terminologia importada da sociologia, numa escolha infeliz, por não haver uma rigorosa coincidência com o objecto da norma), o crime de maus-tratos sobre o cônjuge ou pessoa com que se mantenha relação

análoga, ainda que sem coabitação, a progenitor de descendente comum e às pessoa particularmente indefesas com quem se coabite. E remeteu para o novo artigo 152.º-A, denominado «maus-tratos», as demais condutas relativas a menores e pessoas particularmente indefesas. Inovatoriamente a primeira das referidas normas refere agora que os maus-tratos de que cura podem ocorrer «de modo reiterado ou não» e descritivamente afirma que aqueles incluem «os castigos corporais, privações de liberdade e ofensas sexuais». A primeira das referidas inovações, plasma em letra de lei o que alguma jurisprudência já reconhecia⁵. E a segunda, afigurando-se igualmente desnecessárias, por nunca ninguém ter suscitado dúvida de que integrassem os maus-tratos, pode lançar a confusão onde se pretende que haja clareza. Também se alargou o universo de situações de tutela, nomeadamente ao dispensar quanto a algumas relações pessoais, expressamente, a existência de coabitação. E no que concerne ao universo das penas acessórias específicas, prevê-se agora a possibilidade de o condenado frequentar programas de prevenção da violência doméstica (intervenção de cariz educacional e ressocializador) e alarga-se o âmbito de protecção da pena acessória de afastamento (que pode passar a incluir o local de trabalho da vítima e a fiscalizar-se o cumprimento da mesma através de meios técnicos).

3) Referências estrangeiras

⁵ Há luz da anterior redacção do tipo legal havia quem considerasse que o tipo legal pressupunha uma reiteração de condutas (Américo Taipa de Carvalho, Comentário Conimbricense do Código Penal; e quem considerasse o contrário, que uma só acção, pela sua intensidade ou características, podia atingir o bem jurídico protegido Na doutrina: Augusto Silva Dias, Materiais para o Estudo da Parte Especial do Direito Penal, Crimes Contra a Vida e a Integridade Física, 2.ª edição, AAFDL, 2007, pág. 111; Maria Manuela Valadão e Silveira, ob. cit., pág. 35. E na jurisprudência, acórdão do STJ, de 13/11/ 1997, CJSTJ, de 1997, t. 3, pág. 235. A «interpretação autêntica» feita pelo legislador através da Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, terá acabado com a controvérsia.

A realidade que nos é cultural e territorialmente mais próxima é, naturalmente, a de Espanha, onde o delito de violência doméstica se reporta à violência física ou psíquica, significando a primeira a que é exercida sobre o corpo de outra pessoa; e a segunda às condutas perturbadoras do desenvolvimento psíquico ou emotivo «vis compulsiva». A vítima é sempre (e só) uma mulher. O delito é visto e tratado como um atentado à integridade pessoal (criação de situação de angústia, de temor e inferioridade, susceptíveis de humilhar e aviltar a vítima). Exige habitualidade (elemento objectivo explícito do tipo de ilícito). Mas não é preciso demonstrar que em cada ocasião a vítima foi humilhada, bastando provar que foi tratada como um objecto, como uma coisa (como um «trapo»). Longe de se limitarem a um desenho e divulgação de estratégias nacionais e outros quadros referenciais, *nuestros vecinos* levaram à prática um programa completo e consequente de prevenção da violência doméstica, o qual integra medidas administrativas e medidas judiciais. No quadro das primeiras a preocupação centraliza-se na sensibilização e prevenção das pessoas em geral e das vítimas (das mulheres) em particular, passa por acções concretas nos domínios da educação e da formação, por medidas de apoio social (que integram centros de informação, centros de apoio, centros de acolhimento, etc.), pelo envolvimento dos serviços de saúde e a criação de um quadro legislativo claro. No domínio das medidas judiciais foi criada uma decisão judicial específica, denominada «ordem de protecção», para os casos em que há indícios sérios de risco para a vítima, constituindo uma intervenção rápida e completa dirigida à protecção da vítima, integrando medidas penais (relativas ao agressor: privativas da liberdade, ordem de afastamento, proibição de comunicação, proibição de voltar à residência da vítima, apreensão de armas ou outros objectos perigosos) e cíveis (atribuição do uso da casa, regime de guarda, de visitas e de comunicação com os filhos, prestação de alimentos, medida de protecção aos menores), activando ao mesmo tempo os meios de assistência e protecção social necessários. Do mesmo passo especializaram-se serviços do Ministério Público que

intervêm nestes casos e foram criados órgãos judiciais próprios para estas situações⁶.

Na Itália o ilícito de maus-tratos está sistematicamente inserido nos crimes contra a integridade da família (junto da bigamia, do incesto, do abandono, etc.). O bem jurídico tutelado é a integridade física e psíquica e também a dignidade física e moral da pessoa que é vítima. Abrange o cônjuge e o consorte de facto (mesmo depois de terminada a convivência) e o concubinato ocasional. Para além desses o âmbito de tutela estende-se a outras pessoas subordinadas, ainda que não sejam da família. E o tipo de ilícito tem como elemento objectivo explícito a habitualidade⁷.

Em França o tipo legal incriminador da violência sobre membros da família é, apenas, um tipo de ilícito qualificado dos crimes contra a integridade física ou psíquica. Abrange o cônjuge e o consorte de facto e outras pessoas subordinadas, ainda que não sejam da família⁸.

Na Suécia, desde 1998, o crime de maus-tratos integra condutas contra a vida e a integridade física e psíquica, contra a liberdade e tranquilidade pessoal e contra a liberdade sexual. Tutela a auto-estima. Abrange a união de facto. E o tipo de ilícito tem como elemento objectivo explícito a reiteração⁹.

Na Alemanha o crime de maus-tratos não abrange adultos. E reporta-se apenas à protecção da integridade física (inclui dano na saúde; mas já não os abatimentos morais). Aplica-se ainda aos casos de maus-tratos brutais e aos incumprimentos de obrigações. Dirige a sua protecção a pessoas especialmente vulneráveis em razão da sua relação com o agente, abrangendo pessoas subordinadas, ainda que não sejam

⁶ Elena B. Marín de Espinosa Ceballos, *La Violência Domestica – Analisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, Granada, Editorial Comares, 2001; Joaquín Delgado Martín, *La Violência Domestica – Tratamiento jurídico: problemas penales y procesales; la jurisdiccion civil*, 2001, Edirorial Colex.

⁷ Elena Espinosa Ceballos, *ob cit.*, pág. 162.

⁸ Elena Espinosa Ceballos, *ob cit.*, pág. 161.

⁹ Elena Espinosa Ceballos, *ob. cit.*, pág. 166.

da família. Mas seguramente que não se reporta à violência na família. A pena prevista vai de 6 meses a 5 anos de prisão¹⁰.

4) Enunciado de um caso

O diverso enquadramento jurídico que já se vê existir nos vários Estados vem, naturalmente, a determinar respostas diversas dos sistemas de protecção social e judicial, quer no concernente ao apoio às vítimas, quer à punição e reeducação do agressor. Isto, que se afigura óbvio, já o será menos se nos ativermos ao âmbito de um mesmo sistema, de um Estado unitário. Mas a verdade é que uma mera diferença de perspectiva, permitida por razões várias, mas onde avulta, pelo menos a meus olhos, uma certa falta de clareza legislativa, poderá levar a resultados completamente diversos. Nada como a análise de um caso concreto para se ver até que ponto isso pode acontecer. O exemplo, real, tirado da prática judiciária, evidencia que as decisões opostas tomadas em ambas as instâncias, têm ambas arrimo na letra da lei e defensores na doutrina.

Depois de ter sido condenado por maus-tratos ao cônjuge, onde lhe foi fixada como condição de suspensão da execução da pena de 18 meses de prisão, com de tratamento do seu alcoolismo, o agente prometeu à sua mulher rectificar a sua conduta para com ela, abstendo-se de a agredir e ameaçar verbalmente. A relação conjugal manteve-se. Menos de um mês depois o arguido já estava a tratar a sua mulher do mesmo modo que lhe tinha sido censurado na sentença que o havia condenado. Passava o dia a chamar-lhe todos os nomes humilhantes que lhe ocorriam, por vezes aos gritos (que se ouviam na rua) e, quando calhava, na frente da filha menor de ambos. De tal maneira que um mês depois a mulher resolveu pôr termo à relação conjugal, o que comunicou ao agressor, vindo dois meses depois a dar entrada do processo de divórcio. Ele, que ingeria quantidades exageradas de bebidas alcoólicas, era em estado ébrio que continuava a

¹⁰ Elena Espinosa Ceballos, ob. cit., pág. 155.

actuar sempre do mesmo modo, apelidando a sua mulher dos piores nomes que lhe ocorriam e batendo com a porta do frigorífico e com as loiças, para deixar bem clara a sua disposição. Uma vez chegou a mencionar que um dia queimaria a casa. E por tudo isso a mulher e a filha andavam num permanente estado de nervos, angustiadas, sofrendo insónias e sempre em estado de excitação e de irritabilidade, sentindo-se inelutavelmente sujeitas aos humores dele.

O juiz do tribunal de comarca a quem o processo foi distribuído, ao interpretar a factualidade apurada, considerou penalmente relevantes apenas as expressões injuriosas que o arguido dirigiu à sua mulher. E por assim entender colocou-se a questão de saber se, nesse caso, as «meras» injúrias, só por si, porque dirigidas ao cônjuge, poderiam levar-se à conta de maus-tratos (ou violência doméstica, como agora refere a lei). A questão era evidentemente relevante, porquanto, se concluísse que o não podia fazer, então, porque as injúrias integram apenas crime particular, não estava o MP legitimado para deduzir acusação. Ademais havia no processo declarações escritas insistentes da vítima onde esta manifestava não pretender o prosseguimento do processo e do mesmo modo declaração do arguido a aceitar a «desistência de queixa». Fazendo um excuro sobre a evolução do crime de maus-tratos e o recorte actual do crime de violência doméstica, o juiz veio a considerar que o legislador ao usar a expressão «incluindo» para se referir aos castigos corporais, às privações de liberdade e às ofensas sexuais, quis fixar um patamar mínimo em termos da sua danosidade – aferida pelas molduras penais respectivas, quando puníveis autonomamente. Isso mesmo é, aliás, sustentado pela circunstância de em alguns ordenamentos estrangeiros, como é o caso da Espanha¹¹ e da Suécia, que excluem expressamente da área de tutela dos maus-tratos os atentados à honra, circunscrevendo-a aos «crimes contra a vida, a integridade e a saúde», os «crimes contra a liberdade pessoal e a paz» e aos «crimes contra a

¹¹ Em Espanha os ilícitos penais contra a honra são, sempre, considerados «faltas», sancionados com «penas leves».

liberdade sexual»¹². E depois de esgrimir outros argumentos complementares, vem a concluir que ainda que por esta via se não pudesse determinar a exclusão destes comportamentos da área dos maus-tratos, sempre a sua inclusão seria violadora do *princípio da proporcionalidade em sentido estrito*, consagrado no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República, pois que, como sabido, o juízo de proporcionalidade entre a gravidade da infracção e a pena cominada, terá de levar em conta as penas cominadas nas outras infracções relativas aos outros bens jurídicos tutelados pelo Código Penal. Para ilustrar o argumento dá o seguinte exemplo: se o sujeito passivo das injúrias em referência não fosse a mulher do arguido mas um colega de trabalho, a punição do comportamento daquele (de acordo com as regras do crime continuado) não poderia exceder os 3 meses de prisão; mas tratando-se do cônjuge o mesmo comportamento seria merecedor de uma pena até 5 anos de prisão. E onde, num caso, a pena mínima seria a de 1 mês de prisão; no outro seria de 1 ano de prisão. Temos, pois, que para um comportamento substancialmente idêntico, a pena mínima seria 12 vezes superior e a pena máxima 20 vezes superior! E isto sem referir que no âmbito dos crimes contra a honra o legislador manifesta uma especial preferência pela pena de multa (veja-se nesse crime a equivalência entre a prisão e a multa). Donde, a dimensão interpretativa do artigo 152.º, n.ºs 1 e 2 do Código Penal, de molde a nele abranger as «meras» condutas injuriosas dirigidas ao cônjuge, sempre seria de recusar, nos termos do artigo 204.º da Constituição, por violação do princípio da proporcionalidade, previsto no artigo 18.º, n.º 2 da Lei Fundamental. A decisão foi, claro, de absolvição.

O Tribunal da Relação de Lisboa¹³, mais preciso na escarpelização do acervo fáctico, veio, em primeiro lugar, considerar que a

¹² Elena Espinosa Ceballos, ob. cit., pág. 176, e n. 303.

¹³ Acórdão de que foi relator o Des. Carlos Rodrigues de Almeida, no proc. n.º 1702/08, da 3.ª Secção, publicado em linha no seguinte endereço electrónico: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ecc/375cbdc3fd137b0680257439004a4fab?OpenDocument>

argumentação da sentença da primeira instância assentava numa situação diferente da descrita na matéria de facto provada. Quer-me parecer que nas particulares circunstâncias do caso esta é uma posição de acompanhar. Efectivamente, se bem se atentar, para além das expressões manifestamente injuriosas que o arguido dirigiu à mulher, está igualmente provada uma ameaça de pôr fogo à casa, bem como outros actos que evidenciam outras ameaças, ainda que expressas sem palavras (que se extraem do bater de porta do frigorífico e do barulho de loiça), tudo a concorrer para provocarem na ofendida (e na sua filha) «estados de nervos constantes, angústia, privação e sono, excitação e irritabilidade permanentes e sentimentos de sujeição aos humores dele». Debalde se colou à referência à ameaça de fogo feita pelo arguido, que «ainda que não fizesse menção de efectivamente fazê-lo...», pois é da conjugação de todas as circunstâncias, indiscutivelmente perturbadoras do equilíbrio emocional da ofendida que se conclui lhe terem sido causados maus-tratos psíquicos. O crime de violência doméstica é, aliás, agravado pela circunstância de os factos (ou pelo menos parte deles) terem sido praticados perante a filha menor de ambos (artigo 152.º, n.º 2 do Código Penal). O Tribunal da Relação de Lisboa veio a condenar o arguido pela prática de um crime de violência doméstica.

O desfecho do caso na Relação vem, no fundo, a assentar numa mais ponderada análise dos factos provados. Mas nem por isso o caso e o rico argumentário da primeira instância é menos interessante. Admitamos, apenas para efeitos de raciocínio, que a actuação do arguido se quedava mesmo nas expressões injuriosas que dirigiu à sua mulher. Sendo rigorosa a proporção aritmética feita na sentença da 1.ª instância, como é, nem por isso, ou mais rigorosamente, nem apenas por isso, o crime deixaria de poder qualificar-se como sendo de violência doméstica, sem haver ofensa ao princípio constitucional da proporcionalidade. E a pedra de toque que arreda aquela conclusão do juiz da 1.ª instância está, justamente, no facto de os bens jurídicos tutelados em ambas as incriminações, nas injúrias e na violência

doméstica, serem distintos¹⁴: no primeiro caso a honra e no segundo a integridade pessoal (bem jurídico autónomo, pluriofensivo, a que alude o artigo 25.º da Constituição).

5) Tipo objectivo e bem jurídico

O tipo objectivo do ilícito de violência doméstica, que tem por referência a infligção de maus tratos ao cônjuge ou pessoa equiparada, inclui as condutas que se substanciem em violência ou agressividade física, psicológica, verbal e sexual que não sejam puníveis com pena mais grave por força de outra disposição legal.

No que concerne ao bem jurídico tutelado pela incriminação o Comentário Conimbricense do Código Penal, pela pena de Taipa de Carvalho¹⁵, (se bem que respeitando à redacção do preceito anterior à Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro) sustenta que é a saúde – bem jurídico complexo que abrange a saúde física, psíquica e mental¹⁶. Parece-me, contudo, uma conclusão que ficará aquém da dimensão que a Constituição dá aos direitos que aquele tipo de ilícito visa tutelar. Aliás, se bem se vir, a própria descrição típica dimensiona um feixe de tutela de direitos que vai muito além do espartilho da inserção sistemática do tipo de ilícito em causa (o crime de violência doméstica está inserido no capítulo do Código Penal dedicado aos crimes contra a integridade física). Abrange *expressis verbis* as limitações à liberdade e a liberdade sexual. Mas tutela igualmente a reserva da vida privada e a honra, como veremos¹⁷.

¹⁴ Assim considerou também o Tribunal da Relação no julgamento do caso.

¹⁵ Tomo I, 1999, pág. 332.

¹⁶ Assim entendendo também Maria Elisabete Ferreira, Da Intervenção do Estado na Questão da Violência Conjugal em Portugal, Almedina, 2005, pág. 103. Também me referi ao bem jurídico nesses termos, em: Violência Doméstica – Um Problema Sem Fronteiras, Outubro de 2000, em <http://www.verbojuridico.net>).

¹⁷ No sentido de o elenco legal dos maus-tratos ser exemplificativo e neles se incluir também a honra, cfr. Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código

A integridade pessoal e física das pessoas é um bem jurídico autónomo, pluriofensivo, previsto no artigo 25.º da Constituição¹⁸. Trata-se de um direito organicamente ligado à defesa da pessoa enquanto tal, umbilicalmente ligado à dignidade da pessoa em que se funda o Estado português (artigo 1.º da Constituição). O princípio da dignidade da pessoa humana constitui a base de todos os direitos constitucionalmente consagrados. «Os direitos fundamentais não têm sentido nem valem apenas pela vontade (...) que historicamente os impõe¹⁹.» Será por isso redutor considerar que a criminalização dos maus-tratos ao cônjuge ou pessoa equiparada se reconduz, afinal, como acontece em França, a uma mera qualificação de outros ilícitos típicos que tutelam outros bens jurídicos, em razão da qualidade da vítima. Quer-me parecer, ao invés, que esta incriminação visará punir condutas violentas (de violência ou agressividade física, psicológica, verbal e sexual), dirigidas a uma pessoa especialmente vulnerável em razão de uma dada relação (conjugal ou equiparada), que se manifestam como um exercício ilegítimo de poder (de domínio) sobre a vida, a integridade física, a liberdade, a honra, etc. do outro, caracterizado as mais das vezes por um estado de tensão, de medo, ou de sujeição da vítima (sendo esta bastas vezes reduzida a uma mera «coisa»)²⁰.

Assim, quando, por exemplo, o comportamento ilícito se quedar em «meras» injúrias, ainda que numa única injúria e, digamos, uma injúria «leve», mas que indubitavelmente afecte a honra, se a vítima for o cônjuge ou figura equiparada (als. b) e c) do n.º 1 do artigo 152.º) será

Penal, Universidade Católica Editora, Dezembro de 2008, pág. 404. Eu próprio também assim o entendi em

¹⁸ Gomes Canotilho e Vital Moreira expressam dúvidas relativamente à susceptibilidade de este direito à integridade pessoal pode ser erguido autonomamente a bem jurídico para efeitos penais.

¹⁹ Vieira de Andrade, Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 3.ª Ed., pág. 110.

²⁰ Neste sentido podem ver-se: Maria Manuela Valadão e Silveira, Sobre o Crime de Maus Tratos Conjugais, Revista de Direito Penal, vol. I, n.º 2, ano 2002, UAL, págs. 32, 33 e 42.

ainda necessário aquilatar se a actuação ilícita o foi com tal intensidade ou em circunstâncias que permitem concluir ter sido atingido igualmente a integridade pessoal do ofendido, a sua dignidade ou o livre desenvolvimento da sua personalidade. Nessa tarefa, o inciso vocabular inserto no n.º 1 do actual artigo 152.º «de modo reiterado ou não», reportando-se ao comportamento ilícito, mais do que turvar o intérprete, poderá servir de alerta para lembrar que a autonomia do crime de violência doméstica sobre o cônjuge (ou figura análoga) não se funda apenas na qualidade da vítima, mas na autonomia do bem jurídico tutelado. Como assim, haverá casos em que uma agressão física ou meramente verbal de um cônjuge (ou pessoa equiparada) ao outro não vá além do crime de ofensa à integridade física, do crime de ameaça ou do crime de injúria. Serão sempre as circunstâncias de facto que demonstrarão, havendo ou não reiteração, se ocorreu ofensa à integridade pessoal, isto é, se os factos, apreciados à luz da especial relação entre agressor e vítima, colocam esta numa situação que se deva considerar incompatível com a sua dignidade e liberdade, dentro do ambiente conjugal ou equiparado. Ou, dizendo de outro modo, se se atingiu o âmago da dignidade da pessoa ou o livre desenvolvimento da sua personalidade, se com tal actuação o agressor procurou reduzir a vítima a uma mera «coisa».

6) Notas prospectivas

A problemática da violência doméstica exige uma resposta social em que a contribuição do judiciário não vá além do estritamente necessário para proteger e acautelar direitos fundamentais das vítimas e punir e encaminhar o agressor para a reinserção. Dar prioridade (e visibilidade) à resposta do sistema judicial é muito pouco. E, por contraproducente, não pode transformar-se o processo criminal, em máscara do mito da segurança total. É, no essencial, a montante (na prevenção) e depois a jusante (na reinserção social) que é preciso investir.

Costuma dizer-se que é melhor ter bons juízes com más leis do que boas leis com maus juízes. E compreendem-se bem as razões do adágio.

As boas práticas podem fazer boas as más leis e as más práticas más as boas leis. Mas o ideal seria ter boas leis e melhores práticas. Vem isto a propósito da notícia²¹ de que estará em preparação uma lei avulsa que versará sobre os aspectos judiciais da violência doméstica, na qual se anunciam algumas inovações, mas onde parece não se preverem aquelas que se me afiguram as prioridades nesta área: previsão de uma medida integral de protecção (como a «ordem de protecção» espanhola²²), a decretar com urgência pelo primeiro juiz a quem for presente o caso, ou sequer apenas uma ordem de afastamento de âmbito mais restrito, à americana (medida civil de urgência com tutela penal); e o protocolo integral de actuação nas situações de emergência (há uma experiência a decorrer nos Açores – Programa Contigo – a que convinha deitar os olhos)²³.

Dir-se-á que a nossa lei já prevê os institutos a que tais instrumentos dão resposta²⁴, o que é correcto, mas não o fazem ainda

²¹ Por exemplo, Diário de Notícias (electrónico), de 7/01/2009, artigo de Céu Neves.

²² Introduzida pela Ley 27/2003, de 31 de Julho, que visou dar protecção integral às vítimas de violência doméstica. A Ordem de Protecção, emitida até 72 horas após o requerimento, outorga à vítima um estatuto de protecção que compreende medidas cautelares de cariz civil e penal, bem assim como medidas de assistência e de protecção social previstas na legislação espanhola. A Ordem de Protecção é decretada pelo juiz (dos tribunais especializados ou de turno, se indisponíveis aqueles) a requerimento da vítima, do MP ou mesmo oficiosamente. Ao conferir uma protecção integral e imediata, remove em grande medida os medos que muitas vezes estão na origem da não denúncia, como sejam os de perder a casa, os filhos, o sustento, etc.

²³ O recente despacho relativo a «boas práticas» do MP em matéria de «violência doméstica», emanado da Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa (Despacho n.º 41/2009, de 11 de Fevereiro) é também um assinalável contributo.

²⁴ É o caso, no domínio penal das medidas de protecção à vítima como sejam a detenção do agressor e as medidas de coacção de afastamento e de prisão preventiva. E como medidas viradas para a recuperação e tratamento do agressor, a suspensão provisória do processo como instrumento mitigador da rigidez decorrente da natureza pública do crime (visando a educação do agressor); e a suspensão da execução da

de modo integrado, isto é, com simplicidade e ao mesmo tempo e, em casos de urgência, decididos pelo mesmo juiz. Esta seria uma oportunidade a aproveitar.

J. F. Moreira das Neves
Juiz de Direito – Ponta Delgada
CEJ – 20 de Fevereiro de 2009

*

* *

pena de prisão sob condição de frequentar programa reeducativo como condição da suspensão ou da liberdade condicional.

Em processo civil têm particular relevância prática os procedimentos definitivos ou cautelares relativos ao estabelecimento da guarda, visitas e sustento dos menores, à prestação de alimentos e à atribuição do uso da casa de morada de família. O núcleo destes procedimentos radica no respectivo direito substantivo, podendo, por isso alargar-se às condições relativas ao efectivo exercício dos direitos. Daí que, por exemplo, para além do direito de utilização da casa de morada de família, poderá alargar-se o pedido à proibição de o agressor praticar qualquer acto susceptível de lesar ou perturbar o direito de morar na referida casa. Neste sentido já decidiu o Supremo Tribunal de Justiça, por exemplo, no Acórdão proferido em 8/4/97, no processo n.º 96A940 (www.dgsi.pt, JSTJ00031771).