

A VIOLÊNCIA RELACIONAL ÍNTIMA: REFLEXÕES CRUZADAS ENTRE O DIREITO PENAL E A CRIMINOLOGIA*

ANDRÉ LAMAS LEITE

Such duty as the subject owes the prince
Even such a womanoweth to her husband;
And when she is forward, peevish, sullen, sour,
 And not obedient to his honest will,
What is she but a foul contending rebel
 And graceless traitor to her loving lord?
I am ashamed that women are so simple
To offer war where they should kneel for peace;
 Or seek for rule, supremacy and sway,
When they are bound to serve, love and obey.

WILLIAM SHAKESPEARE¹

Não existem atentados aos direitos humanos [no âmbito da violência entre pessoas próximas] que não tragam ignomínia para todos.

ANTÓNIO TEIXEIRA FERNANDES²

Resumo: O presente artigo analisa alguns aspectos de regime do crime p. e p. pelo art. 152.º do Código Penal, apenas no que contende com a «violência relacional íntima», ou seja, aquela que é perpetrada entre cônjuges ou quem vive em condições análogas. Partindo das concepções de «violência» e de «violência doméstica» tal como elas têm sido entendidas na Criminologia, o autor aprecia, criticamente, os dados estatísticos disponíveis e desenvolve, depois, uma reflexão sobre o bem jurídico protegido, a hermenêutica do segmento «infligir maus tratos»

* Correspondem, com algumas alterações, ao texto que nos serviu de base à intervenção nas *Jornadas de Direito Penal. Crimes no Seio da Família e sobre Menores*, realizadas a 7 e 8-5-2010, em Ponta Delgada, sob a organização dos Senhores Juízes Drs. JOSÉ FRANCISCO MOREIRA DAS NEVES e PEDRO SOARES DE ALBERGARIA, apoiadas pelo Governo Regional dos Açores (Secretaria Regional do Trabalho e Solidariedade Social, Direcção Regional da Igualdade de Oportunidades) e pela Associação Sindical dos Juízes Portugueses. Agradecemos, de modo sincero, o tão honroso convite e a proficiente, calorosa e inesquecível organização e Amizade de todos os que, directa ou indirectamente, contribuíram para as *Jornadas*. Uma palavra de reconhecimento é também devida a ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, JOÃO CONDE CORREIA, JOSEFINA CASTRO e PEDRO SOARES DE ALBERGARIA pelos comentários que tiveram a amabilidade de dirigir a uma versão anterior do trabalho ora publicado.

¹ *The Taming of the Shrew* (Acto V).

² «Os Direitos do Homem nas Sociedades Democráticas. A Violência na Família», sep. da *Revista da Faculdade de Letras da Universidade do Porto. Sociologia*, IV (1994), p. 41.

e questiona a natureza de crime público, propendendo para a sua alteração no sentido de passar a constituir um delito público atípico. São ainda feitas incursões em domínios processuais da Lei n.º 112/2009, de 16-9.

Palavras-chave: violência (teorias sobre a), violência doméstica, violência relacional íntima, bem jurídico protegido, maus tratos (preenchimento hermenéutico do conceito de), natureza pública do tipo legal de crime, vitimização secundária, medidas de coacção processual, «encontro restaurativo».

I — INTRODUÇÃO. DELIMITAÇÃO DO OBJECTO

Propomo-nos analisar alguns aspectos conexionados com o delito de violência doméstica, tal como ele se apresenta hoje previsto no art. 152.º do Código Penal³, não apenas sob a perspectiva da dogmática criminal, mas também da Criminologia, no concerto da *Gesamtestrafrechtswissenschaft*.

Não nos debruçaremos sobre toda a extensa e complexa problemática recortada pelo tipo objectivo do crime assinalado, mas somente sobre a violência no seio das relações entre os cônjuges ou quem vive em situações análogas, independentemente do carácter hetro ou homossexual⁴ do relacionamento. Quedar-nos-emos, em uma palavra, pelo que vem sendo designado por «violência conjugal», ou melhor, por «violência relacional íntima», como lhe preferimos chamar, atenta a sua maior plasticidade e rigor terminológico em face da vertente do tipo que optámos estudar.

Mesmo assim delimitado o objecto, respigarémos somente alguns dos elementos deste *topos* problemático. Donde, começaremos por contextualizar a noção de *violência relacional íntima* no vasto domínio da *violência* e, de jeito mais restrito, da violência doméstica. De seguida, embora com as conhecidas reservas científicas às estatísticas oficiais disponíveis em Portugal sobre o fenómeno criminal, imperioso se torna apreender a realidade conhecida (são grandes as «cifras negras» nestes delitos) e situá-la no contexto geral da criminalidade. Por fim, abordaremos alguns dos escolhos que o intérprete enfrenta na interpretação e aplicação do art. 152.º no que contendе com a violência relacional íntima, fazendo-o do prisma penal substantivo, com uma ou outra brevíssima incursão no Direito Processual Penal.

³ Daqui em diante, toda a referência a um comando legal desacompanhada de indicação do diploma a que pertence, deve entender-se por atinente ao Código Penal.

⁴ Desconhecem-se estudos específicos no nosso País em que se compare a prevalência do fenómeno nestes pares. Nos Estados Unidos da América (EUA), algumas investigações sugerem que a dimensão do problema é relativamente a mesma. A *The National Coalition of Anti-Violence Programs* vem promovendo sucessivos *annual report*s on *lesbian, gay, bisexual, transgender domestic violence*, os quais apontam, ao invés do que sucede no nosso País com os casais heterossexuais, para uma diminuição, nos últimos anos, do número de casos reportados (3319 em 2007, 3839 em 2006, 5092 em 2002, 5034 em 2001, 3327 em 1997). Outros estudos citados em tais *reports* referem uma prevalência entre os 25% e 33%, comparável aos casais heterossexuais. O acesso às instâncias formais de controlo torna-se ainda mais complexo nos casais LGBT, atento o preconceito com que em regra ainda são vistos e as próprias representações sociais adquiridas. Vide <http://www.ncavp.org> (todos os sítios da internet consultados estavam acessíveis em Abril de 2010).

Enunciado o ângulo de visão do tema, comece por se sublinhar, como é usual fazer-se quando se analisa esta modalidade de violência, que a *privacidade* e a *intimidade* surgem como inimigos do conhecimento científico do fenómeno em dimensão aproximada à realidade, certo como é que a ciência nunca pode aspirar ao absoluto analítico na factualidade social.

II — DO MULTÍMODO DAS «VIOLÊNCIAS»

1. Seria tarefa estultícia e imprestável para os desideratos a que nos propomos, descrever, ainda que em apressado esboço, as grandes correntes de pensamento sobre a violência⁵. É por demais sabido que o *desejo de poder* é uma das bases da actuação humana, senão mesmo o fundamento último de toda a direcção do agir⁶. Natural se torna, assim, que entre *violência* e *sagrado* se tenha já estabelecido uma relação biunívoca⁷, ou que se tenha identificado um *homo violens* em todo o ser humano.

A exteriorização da violência é, por certo, uma *forma de comunicação*. O Prémio Nobel KONRAD LORENZ foi um dos pioneiros neste domínio, já na década de 60 do século anterior, partindo dos ensinamentos da Biologia e da Etiologia. Conclui aquele autor que, na natureza, a luta, a *agressão*⁸, é uma realidade sempre presente e que, em si mesma, é «uma parte essencial dos instintos de organização da preservação da vida»⁹. A partir de cerca da década de 30 da centúria transacta, a mera restrição do conceito à noção de «instinto de agressão» é rejeitada, atento o seu nulo valor heurístico¹⁰.

⁵ Cf., por todos, JEAN-CLAUDE CHESNAIS, *Histoire de la Violence en Occident de 1800 à nos Jours*, 2.ème ed., Paris: Éditions Robert Laffont, 1981, *passim*. No capítulo em especial dedicado à violência no seio da família, após verificar que a célula societária básica é um local de paradoxos («Centro de afectos, refúgio contra o adversário, é também o primeiro *foyer* da violência, o único local onde cada um pode descobrir, sem disfarces, o seu verdadeiro rosto», *ibidem*, p. 100), o Autor sublinha a constância do fenómeno na História e apresenta dados estatísticos de acordo com os quais é mais provável ser-se vítima de homicídio no círculo familiar que fora dele (*ibidem*, pp. 101-102). Quanto a este último ponto, com enfoque nos EUA, COLIN SHEPPARD, «The Violent Offender: Let's Examine the Taboo», in: *Federal Probation (FP)*, 35 (1971), pp. 12-18. Entre nós, para um conspecto histórico da violência doméstica, ISABEL DIAS, *Violência na Família. Uma Abordagem Sociológica*, Porto: Edições Afrontamento, 2004, pp. 64-73.

⁶ Veja-se o notável ensaio de ROGER DADOUN, *La Violence. Essai sur l'«Homo Violens»*, Paris: Hatier, 1993, em que esta característica é apresentada como intrinsecamente definidora do ser do Homem, apreendida aquando das erupções violentas que se alimentam de magmas profundos, testando o Autor a sua hipótese por intermédio do estudo de «três figuras extremas da violência» (*ibidem*, p. 7): a Génese, o Extermínio e o Terrorismo. Conclui DADOUN que toda a arte é uma evocação do violento, desde tempos pré-históricos (*ibidem*, p. 75).

⁷ RENÉ GIRARD, *La Violence et le Sacré*, Paris: Éditions Bernard Grasset, 1972. Central na obra é a ligação entre a álea, o sagrado e a violência, encontrando nos ordálios um dos pontos de contacto (*ibidem*, p. 471), bem como a «teoria da vítima emissária» (*ibidem*, em esp., pp. 474-475) que, no nosso objecto de estudo, seria «a mulher batida».

⁸ Manifestação de uma pulsão agressiva endógena que se acumula e se exterioriza como descarga — PIERRE KARLI, *L'Homme Agressif*, Paris: Éditions Odile Jacob, 1987, pp. 27-34.

⁹ KONRAD LORENZ, *On Aggression*, London / New York: Routledge, 1996, p. 39.

¹⁰ Claramente, PIERRE KARLI, *L'Homme Agressif*, pp. 34-35.

Ao longo da História, a violência, de desejada passou a tolerada e, por fim, a *intolerável*¹¹ («aberração caótica e escandalosa», para GILLES LIPOVETSKY¹²). A resolução dos litígios, em especial no domínio penal, foi-se despendo da violência física extrema ao fazer-se transitar o *ius puniendi* para o Estado, do mesmo passo que a liberdade constitui, ainda hoje, a par do património, os direitos fundamentais que as sociedades ocidentais aceitam restringir em virtude do facto criminoso.

A violência doméstica encerra uma *comunicação falhada* (como o demonstraram os autores do «construtivismo social»¹³) que persiste ao longo dos tempos e a que só podemos aceder se dela tivermos uma perspectiva dinâmica e localizada em um tempo e espaço específicos¹⁴). Da mesma forma que muito do que sobre ela se produz ainda se não libertou de uma discursividade mitológica incapaz de a perceber como fenómeno transversal a todas as classes sociais e económicas¹⁵. Donde, embora se possa traçar o perfil do ofensor, bem como da vítima¹⁶, será este dado operativo? Numa perspectiva estritamente preventiva, poder-se-á julgar que sim. Todavia, a natureza amiúde «intra-muros» do crime em análise hipoteca muita dessa operatividade. A que acrescenta a generalização apressada e, quantas vezes, que os programas preventivos se centrem em um específico grupo e não na sociedade como um todo.

Ora, é um dado da Criminologia moderna que todo o fenómeno da *déviance* só admite a apreensão do seu sentido através de uma abordagem biopsicossociológica, em grande medida adoptada pelo paradigma sistémico. Como bem lembra CÂNDIDO DA AGRA¹⁷, a partir de estudos empíricos de LEWIN, «quer o autoritarismo quer o anarquismo conduzem à violência e à improdutividade», ao passo que em um «grupo no qual foi criado um clima de participação activa [no referido estudo], mas com liderança e regras (grupo democrático), não existiu violência e a tarefa confiada [foi] levada a bom termo».

¹¹ A algo de similar se assiste hoje com a crescente intolerância à álea que sempre acaba por existir em algumas hipóteses penais, o que tem sido com razão apontado como uma das causas de uma neo-hipertrofia da intervenção criminal — cf. JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *La Expansión del Derecho Penal: Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*, 2.ª ed., Madrid: Civitas, 2001, pp. 45-49.

¹² *A Era do Vazio. Ensaio sobre o Individualismo Contemporâneo*, Lisboa: Relógio de Água, 1989, p. 183.

¹³ Sobre esta perspectiva, SALLY A. LLOYD / BETH C. EMERY, *The Dark Side of Courtship. Physical and Sexual Aggression*, Thousand Oaks / London / New Delhi: Sage Publications, 2000, pp. 22-37.

¹⁴ É esta uma conclusão comum e já do domínio da evidência. *Inter alia*, MANUEL LISBOA (coord.), *Violência e Género. Inquérito Nacional sobre a Violência Exercida contra Mulheres e Homens*, Lisboa: CIG, 2009, p. 23.

¹⁵ Cf. ISABEL DIAS, «Exclusão Social e Violência Doméstica: que Relação?», in: *Sociologia*, 8 (1998), pp. 189-205, no sentido da inexistência de uma ligação directa e inelutável entre violência doméstica e exclusão social ou a desestruturação familiar.

¹⁶ Para o efeito, vide a revisão da literatura existente sobre o assunto em SALLY A. LLOYD / BETH C. EMERY, *The Dark Side of Courtship...*, pp. 5-8.

¹⁷ «A Violência “Hard” e a Violência “Soft”. Exercício para uma Teoria Crítica das Violências», in: sep. de *Trabalhos de Antropologia e Etnologia*, XXXIX, 3-4 (1999), p. 21.

Ainda de acordo com aquele autor¹⁸, a violência doméstica é um dos exemplos da passagem de uma violência que designa por «soft» — uma vis conatural ao Homem e mesmo desejável porque impulsionadora à acção — a uma violência «hard», *i. e.*, o invisível, o inconsciente e até uma violência de que nos orgulhamos, cedeu lugar a um seu sucedâneo «visível, consciente, indesejável, (...) que nos envergonha», «aquelle que, no fundo, cristaliza e projecta a nossa profunda angústia existencial e o medo da morte».

Mais úteis serão (*maxime* para a prevenção) os factores de risco que a literatura tem abundantemente descrito, e dos quais nos permitimos salientar o abuso de substâncias, a agressividade na adolescência, o abandono escolar precoce, a baixa tolerância à frustração, baixo auto-controlo¹⁹ e o ciúme excessivo²⁰.

2. Subjacente ao que vem de dizer-se está o conceito de *poder*, em particular em sociedades como as nossas que reclamam a protecção da *privacidade* (entendida como *controlo da informação* ou como *intimidade*²¹) e que, em domínios como os da violência doméstica, são forçadas a conviver com uma abertura do meio relacional ao Estado punitivo. Várias têm sido as tendências criminológicas que buscam nas relações de poder o fulcro da actividade criminosa e, de modo mais amplo, da *déviance*. A imposição de violência àquele com quem se partilha uma relação íntima seria uma forma de mostrar a superioridade do agente do delito, em regra incapaz de se afirmar de outro modo. Essencial seria, então, que a regulamentação encontrada pelo ordenamento jurídico fosse apta a recuperar o *balance of powers* ou o *empowerment* da vítima.

Dentro destas «análises de poder» merecem destaque as *concepções psicológicas evolucionistas* que, reclamando-se do «paradigma biológico», tentam encontrar no atacante estatisticamente mais frequente — o homem — características genéticas e fisiológicas explicativas dessa maior prevalência. Os Autores mais modernos que se reclamam desta orientação, por seu turno, juntam-lhes factores psicossociológicos, sublinhando a interacção dos aspectos biológicos e ambientais. Assim enquadrados, entendem que o facto de o homem não poder ter a certeza absoluta, sem recurso à ciência e à técnica, de o filho ser seu ou de outro, cria-lhe um sentimento de menor ligação emo-

¹⁸ CÂNDIDO DA AGRA, «A Violência “Hard”...», pp. 24 e 27.

¹⁹ Se bem que existam estudos que mostram o inverso, ou seja, que a violência doméstica, *maxime* aquilo que apelidamos de violência relacional íntima não apresenta menores índices de auto-controlo que os demais crimes perpetrados — cf. TERRIE E. MOFFITT *et al.*, «Partner Abuse and General Crime: How Are They the Same? How Are They Different?», in: *Criminology*, 38, 1 (2000), pp. 199-232.

²⁰ Entre tantos, vejam-se os estudos referidos em RUI ABRUNHOSA GONÇALVES, «Agressores Conjugais: Investigar, Avaliar e Intervir na Outra Face da Violência Conjugal»; in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 14, 4 (2004), pp. 547-551.

²¹ Para a discussão destes conceitos, *vide* ROSA EHRENREICH, «Privacy and Power», in: *The Georgetown Law Journal*, 89 (2000-2001), pp. 2047-2062.

cional à mulher e à criança. A menor ligação seria um aspecto favorável à maior ocorrência de comportamentos violentos por parte dos homens. Em consequência também, a existência de filhos de anteriores ligações seria um factor de risco na violência do homem sobre a mulher com quem mantém uma relação próxima (nos EUA, entre 34% e 55% das mulheres mortas pelos seus maridos/companheiros tinham filhos de anteriores relações, segundo um estudo de DALY *et al.*). Acresce o sentimento de posse e de ciúme, em particular quanto a mulheres jovens, o que seria visível, segundo esta teoria, no facto de a violação ocorrer, em maioria, na idade fértil da mulher, entre os 15 e cerca dos 35 anos. Tal «sentimento proprietarista» justificaria ainda que um factor de risco fosse a ameaça, pela mulher, de deixar o seu companheiro, o que a tornaria mais vulnerável nos dois meses após a separação, quando concretizada²².

Seria, por outro lado, fastidioso e imprestável para os objectivos a que nos propusemos enunciar a plethora de outras teorias explicativas da violência familiar e, como uma sua componente — não totalmente coincidente, como já se sublinhou —, da violência relacional íntima. Todavia, anotar-se-á que autores existem que propendem para a concepção da «aprendizagem social», de acordo com a qual quem tivesse experienciado mais violência, tenderia a repeti-la mais do que aqueles que a tivessem vivenciado em menor grau (quantitativo ou qualitativo). Este mecanismo de aprendizagem seria atingido através de três mecanismos: modelação/imitação, «acompanhamento directo» (*direct tuition*) e reforço/punição. A família seria um local de treino da violência²³. Há importantes dados resultantes de um estudo comparativo entre os EUA e a Suíça que militam no sentido de anteriores experiências de victimização do agente serem um dos factores favoráveis à violência doméstica (a par da natureza da relação entre arguido e ofendido, do abuso de álcool ou de substâncias estupefacientes e da situação económica do ofensor²⁴).

Outras, crismadas de «teorias sociais-situacionais ou do stresse e coping²⁵», fazem depender a expressão da violência do maior ou menor nível de recursos psicológicos, culturais ou económicos, algo próximas da «teoria

²² MOLLY J. WALKER WILSON, «An Evolutionary Perspective on Male Domestic Violence: Practical and Policy Implications», in: *American Journal of Criminal Law*, 32, 3 (2005), pp. 291-309 e 322. Vide, também, ROBERT L. BURGESS / PATRICIA DRAPER, «The Explanation of Family Violence: The Role of Biological, Behavioral, and Cultural Selection», in: LLOYD OHLIN / MICHAEL TONRY (ed.), *Family Violence*, Chicago / London: The University of Chicago Press, 1989, pp. 74-79, e R. EMERSON DOBASH / RUSSELL P. DOBASH, «The Nature and Antecedents of Violent Events», in: *British Journal of Criminology (BJC)*, 24, 3 (1984), pp. 273-274. Em geral, sobre as perspectivas biológicas, entre muitos, S. GIORA SHOHAM *et al.*, *Violence. An Integrated Multivariate Study of Human Aggression*, Aldershot / Brookfield / Singapore / Sydney: Dartmouth, 1995, pp. 1-23.

²³ ROBERT L. BURGESS / PATRICIA DRAPER, «The Explanation of Family Violence...», p. 65.

²⁴ VÉRONIQUE JAQUIER, *Multidimensionnalité des Violences Envers les Femmes. La Suisse en Regard des États-Unis: Pertinence et Validité d'une Comparaison*, diss. de doutoramento em Criminologia pela Faculté de Droit et des Sciences Criminelles de l'Université de Lausanne, 2009.

²⁵ Optou-se por manter o original inglês, na medida em que «lidar com» ou «gestão» não traduzem toda a carga da palavra.

dos recursos», para a qual, sendo a violência algo de imanente a todo o ser humano, quanto menos recursos materiais ele possuir, mais propensão e necessidade tem na «passagem ao acto». A «teoria da frustração-agressão», de igual modo parte do princípio de que a agressividade é uma tendência inata ao Homem que surge sempre que um obstáculo a algo de importante é erigido, focando-se essa tendência naquele ou naquilo que impede o desiderato ou em outro que, para o sujeito, é mais «seguro», isto é, que lhe não opõe qualquer dificuldade na obtenção do que pretende²⁶. A «teoria da troca» consiste na pura análise *costs-benefits*: violenta-se sempre que as vantagens daí decorrentes suplantem as desvantagens, em especial quando o fenómeno em causa é amiúde tido como «assunto privado» e em que existe um maior potencial de ausência de desvelamento. Mais do que isto, enquanto a reciprocidade de comportamentos entre os indivíduos se mantém, a violência tende a não surgir, por se ter atingido uma espécie de «ponto de equilíbrio»²⁷. Terminando esse sinalagma relacional, como o designamos, aparece a hostilidade, o ressentimento, a fúria e a ira. As «teorias feministas», por seu turno, entendem a «violência conjugal» como apenas mais um dos vários fenómenos de «violência de género»²⁸ e como manifestação de uma sociedade patriarcal e ainda mal convivente com uma plena igualdade entre homens e mulheres²⁹. A investigação, para além das causas, tem-se debruçado sobre os processos de desenvolvimento. As «teorias sistémicas», em especial a partir dos trabalhos de GILES-SIMS³⁰, delimitam, na violência doméstica, seis fases: na primeira, estabelece-se o padrão do sistema familiar, a que se segue o primeiro incidente violento. A resposta importará ou uma estabilização ou um renovar da agressão (terceira fase), seguindo-se-lhe, por vezes,

²⁶ ROBERT L. BURGESS / PATRICIA DRAPER, «The Explanation of Family Violence...», p. 64.

²⁷ ROBERT L. BURGESS / PATRICIA DRAPER, «The Explanation of Family Violence...», p. 66.

²⁸ Sobre o surgimento do conceito, cf. LUIS MIGUEL REYNA ALFARO, «Género, Violencia y Derecho Penal Sexual», in: FRANCISCO BUENO ARÚS *et al.*, *Derecho Penal y Criminología como Fundamento de la Política Criminal. Estudios en Homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, Madrid: Dykinson, 2006, pp. 1014-1015. A «violência de género» é internacionalmente definida como toda aquela que «é dirigida contra uma mulher pelo facto de ela o ser, ou a violência que afecta as mulheres de modo desproporcionado [quando comparado com os homens]. Inclui actos que inflijam dor ou sofrimento físico, mental ou sexual, ameaças destes actos, coacção e outras privações de liberdade» — cf. ONU, *In-depth Study on All Forms of Violence Against Women. Report of the Secretary-General*, p. 15, disponível em <http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/violenceagainstwomenstudydoc.pdf>. Veja-se, ainda, a Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres, de 20-12-1993, acessível em <http://www.un.org/documents/ga/res/48/a48r104.htm>, onde ela é definida como «qualquer acto de violência baseado no género que resulte ou seja apto a resultar em danos ou sofrimentos físicos, sexuais ou psicológicos para as mulheres, incluindo ameaças de tais actos, coacção ou privação arbitrária de liberdade, independentemente de ocorrer na vida pública ou privada».

²⁹ RICHARD J. GELLES, «Family Violence», in: MICHAEL TONRY (ed.), *The Handbook of Crime and Punishment*, Oxford: Oxford University Press, 1998, pp. 195-199. Para um conspecto das «teorias feministas», cf. SALLY A. LLOYD / BETH C. EMERY, *The Dark Side of Courtship...*, pp. 14-18.

³⁰ Apud ISABEL DIAS, *Violência na Família...*, pp. 196-199.

um incidente que precipita a mudança (quarto momento), no sentido do abandono do sistema (cessação da espiral de violência — quinta fase) e, por fim, a sua efectiva resolução ou a manutenção daquele «modo de vida».

A única conclusão cientificamente honesta neste particular é admitir as insuficiências de todas (e outras) concepções esboçadas. Como em qualquer domínio da investigação em geral, a complexidade do seu objecto de estudo não admite explicações monofactoriais, condenadas que estão a ser um afunilamento da realidade.

3. Entre variadíssimas noções, a *violência* pode ser entendida como «qualquer forma de uso intencional da força, coacção ou intimidação contra terceiro ou toda a forma de acção intencional que, de algum modo, lese a integridade, os direitos e necessidades dessas pessoas»³¹.

Trata-se de um conceito muito amplo e dentro do qual é usual incluir-se a *violência doméstica* e a *violência conjugal*. A primeira surge a partir da década de 70 da passada centúria, na área da investigação sociológica sobre as mulheres maltratadas e por influxo dos movimentos feministas. A Resolução do Conselho de Ministros n.º 88/2003, de 7 de Julho, a qual aprovou o II Plano Nacional contra a Violência Doméstica, definia-a como «(...) toda a violência física, sexual ou psicológica que ocorre em ambiente familiar e que inclui, embora não se limitando a, maus tratos, abuso sexual de mulheres e crianças, violação entre cônjuges, crimes passionais, mutilação sexual feminina e outras práticas tradicionais nefastas, incesto, ameaças, privação arbitrária de liberdade e exploração sexual e económica». Nela se inserem todas as manifestações de violência que tenham a *domus* como cenário, abrangendo como actores os cônjuges ou quem vive em situações análogas, ascendentes, descendentes, outros parentes ou afins, ou indivíduos que não se acham ligados por estes vínculos familiares. Condição essencial é partilharem um dado ambiente físico comum, um dado domicílio ou, no mínimo, uma residência³². Apesar de ser este o conceito que serve de epígrafe ao art. 152.º, não se exige a convivência para que o crime se preencha, o que logo depõe no sentido da incorrecção técnica do *nomen* do delito, tendo o legislador sido sensível, porventura, à designação mais utilizada em ciências como a Sociologia (a par de outras como *spousal abuse*). É certo, todavia, que a literatura tem caminhado no sentido de afastar o conceito da *coabitacão*³³, de algum modo se

³¹ CELINA MANITA (coord.), *Violência Doméstica: Compreender para Intervir. Guia de Boas Práticas para Profissionais e Instituições de Apoio a Vítimas*, Lisboa: Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género, p. 10.

³² Outras noções têm sido utilizadas, como em ISABEL DIAS, *Violência na Família...*, p. 94: «(...) qualquer acto, inclusive de omissão, ou ameaça que provoque nas suas vítimas danos físicos, psicológicos ou emocionais; que é praticado por pessoas com quem aquelas têm uma relação de parentesco consanguíneo, legal ou de facto com uma determinada intenção ou finalidade; e refere-se aos tipos mais frequentes de violência, designadamente à que é cometida contra as crianças, as mulheres e os idosos».

³³ *Inter alia*, CELINA MANITA (coord.), *Violência Doméstica...*, pp. 10-11.

aproximando de um entendimento mais conexionado com os laços de afecto que caracterizam as relações humanas contidas no tipo objectivo. Donde, como indicado *supra*, interessam-nos, de momento, as «relações de intimidade», mas somente aquelas, dentro destas, em que existe algum carácter mais ou menos estável de relacionamento amoroso, embora não nos detendo, *hic et nunc*, sobre as relações de namoro.

Por seu lado, o Conselho da Europa³⁴ propõe como noção de violência doméstica «todo o acto de violência baseada no género, da qual resultem, ou seja provável que resultem, danos físicos, sexuais e psicológicos ou sofrimento para as mulheres, incluindo ameaças de tais actos, coacção ou privação arbitrária de liberdade, ocorra esse acto na vida pública ou privada. Isto inclui, de entre outros, o seguinte: a) violência na família ou no meio doméstico, incluindo, *inter alia*, agressão física e mental, abuso emocional e psicológico, violação ou abuso sexual, incesto, violação entre cônjuges, parceiros e coabitantes habituais ou ocasionais, crimes cometidos por causa da honra, mutilação genital e sexual feminina e outras práticas tradicionais prejudiciais às mulheres, tais como os casamentos forçados». Nos EUA³⁵, alude-se à «violência cometida por um actual ou anterior cônjuge da vítima, por uma pessoa com quem a vítima tenha um filho em comum, por uma pessoa que esteja a coabitar ou que tenha com ela coabitado em situação de conjugalidade, por uma pessoa em situação análoga à dos cônjuges, ou por qualquer outro sujeito contra uma vítima adulta ou jovem que esteja protegida dos actos dessa pessoa de acordo com as leis sobre violência doméstica ou familiar».

III — O «ADMIRÁVEL MUNDO» (*HÉLAS ANTIGO*) DAS ESTATÍSTICAS CRIMINAIS

De entre os instrumentos que a Criminologia vem apontando³⁶ como adequados à medição da criminalidade na violência familiar (conceito mais amplo e não coincidente *in totum* com o ora estudado, como se sublinhou), destacam-se os dados clínicos, as estatísticas oficiais, os inquéritos sociais e os inquéritos de vitimação³⁷, estes últimos tidos como um dos métodos mais

³⁴ Ponto 1 do anexo à Recomendação Rec (2002) 5 do Comité de Ministros dos Estados-membros sobre a Protecção das Mulheres contra a Violência, adoptada em 30-4-2002. Para uma indicação dos variadíssimos instrumentos de Direito Internacional Público sobre a matéria, de entre os quais se salientam os adoptados no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), *vide* TERESA PIZARRO BELEZA, «Violência Doméstica», in: *Revista do CEJ*, 8 (2008), pp. 284-286.

³⁵ *Violence Against Women and Department of Justice Reauthorization Act of 2005*, Sec. 40002, a), 6), disponível em http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=109_cong_bills&docid=f:h3402enr.txt.pdf.

³⁶ *Inter alia*, RICHARD J. GELLES, «Family Violence», pp. 179-181.

³⁷ São conhecidos os *US Department of Justice's National Crime Victimization Surveys* ou os *National Family Violence Surveys*.

aptos a obter-se uma imagem mais aproximada da realidade existente. Quanto aos primeiros, o facto de contenderem com amostras muito reduzidas não nos dá uma perspectiva do fenómeno na sua globalidade. Os últimos enfrentam o «tabu» a que a família se recolhe em matérias como estas. As estatísticas oficiais enfermam de vícios metodológicos, desde logo no tangente à definição utilizada do fenómeno a observar.

É usual, em variadíssimos estudos, comprovar que as mulheres são, de longe, as principais vítimas dos factos criminalizados pelo art. 152.º Todavia, investigações desenvolvidas nos EUA³⁸ concluíram de jeito diverso, com base em inquéritos de vitimação. Encontraram-se taxas similares de vitimação, embora a violência perpetrada pelas mulheres contra os homens fosse, maioritariamente, exercida em legítima defesa, o que, em termos penais, retiraria esses factos do domínio da ilicitude. Verificou-se, ainda, agora em estudos de 90 do século passado, que as mulheres denunciavam às autoridades cerca de dez vezes mais casos de violência relacional íntima do que os homens, o que, de entre outros factores, contende com a representação social de um «homem maltratado»³⁹.

Especificamente em Portugal, vem sendo afirmado — com toda a justeza — que não dispomos, em matéria criminal, de estatísticas fiáveis, em especial se comparadas com outros Estados europeus e do Norte da América. As dificuldades estruturais passam por uma utilização de metodologias e critérios diversificados ao longo do tempo — e até no mesmo ano —, o que torna os resultados incomparáveis e impossível a apreensão de uma tendência e, sobretudo, que não nos possamos satisfazer com a validade científica dos dados recolhidos. Acresce o desnorte nas orientações de registo dos tipos legais de crime por parte dos órgãos de polícia criminal (OPC), não somente em virtude da sempre complexa tarefa de, quantas vezes em face de exiguidade de elementos fácticos, operar uma correcta subsunção jurídica — sempre passível de alteração até ao trânsito em julgado da decisão final —, mas também pelo titubear dos Ministérios da tutela no estabelecimento de normas comuns aos vários OPC em sede de registo das ocorrências. É exacto que, na matéria específica da violência doméstica, os Despachos MAI n.ºs 15 e 16/98, de 9 de Março, procuraram — embora de jeito não totalmente conseguido, como se verá quando analisarmos os dados disponíveis — uniformizar procedimentos de registo estatístico. Porém, falta, ainda, que não seja tratado

³⁸ RICHARD J. GELLES, «Family Violence», p. 186, e IRENE HANSON FRIEZE / ANGELA BROWNE, «Violence in Marriage», in: LLOYD OHLIN / MICHAEL TONRY (ed.), *Family Violence*, pp. 163-218. Em geral, sobre o problema em texto, KATHLEEN DALY, «Gender, Crime and Criminology», in: MICHAEL TONRY (ed.), *The Handbook...*, pp. 85-108.

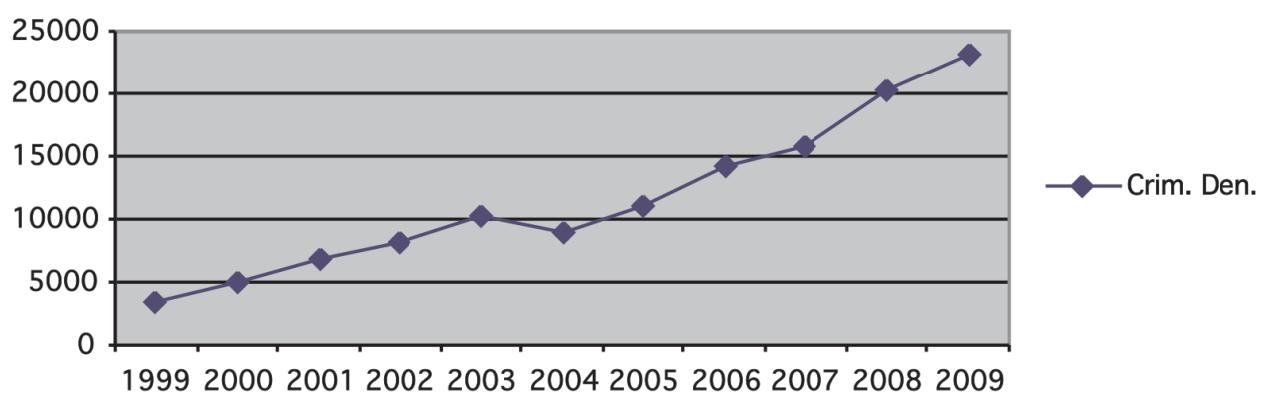
³⁹ Há uma clara negligência da literatura científica no tratamento dos homens maltratados em contexto doméstico e/ou familiar (ELIZABETH A. STANKO / KATHY HOBDELL, *Assault on Men. Masculinity and Male Victimization*, in: *BJC*, 33, 3 (1993), pp. 400-415), não apenas pelo que fica dito em texto, mas também pelo facto de os homens terem mais facilidade em externalizar a raiva e a angústia resultantes da agressão que, tendo muitas vezes origem nesse tipo de violência, são por eles ocultadas, atribuindo-lhes outras motivações.

como uma nova queixa aquela que resulta da prática de mais um acto apto a integrar um concurso de crimes face a uma prévia queixa apresentada pelo mesmo denunciante contra o mesmo denunciado⁴⁰. Assim, a incerteza é uma constante na análise das estatísticas oficiais, *rectius*, das várias e autónomas estatísticas oficiais, porquanto, como colocaremos em destaque, um diferente departamento de um mesmo Ministério fornece dados muito díspares, por vezes na ordem dos milhares...

Analisaremos, mais de espaço, as Estatísticas da Justiça e as conclusões do Inquérito Nacional «Violência de Género», promovido pela CIG (Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género) e desenvolvido pelo Soci-Nova/CesNova, da Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade de Lisboa (FCSHUNL), sob a coordenação de MANUEL LISBOA.

Quer tendo em conta os crimes denunciados aos OPC, quer o número de processos em julgamento findos em 1.^a instância, tendo em atenção a diversa configuração dos tipos hoje prevenidos como de violência doméstica no art. 152.^º, é notória uma tendência ascendente, assim como um «efeito funil» muitíssimo acentuado ao longo das várias fases do processo penal.

Gráfico n.º 1: Número de crimes de maus tratos entre cônjuges ou quem viva em situação análoga ou crime de violência doméstica reportados aos OPC, de 1999 a 2009.

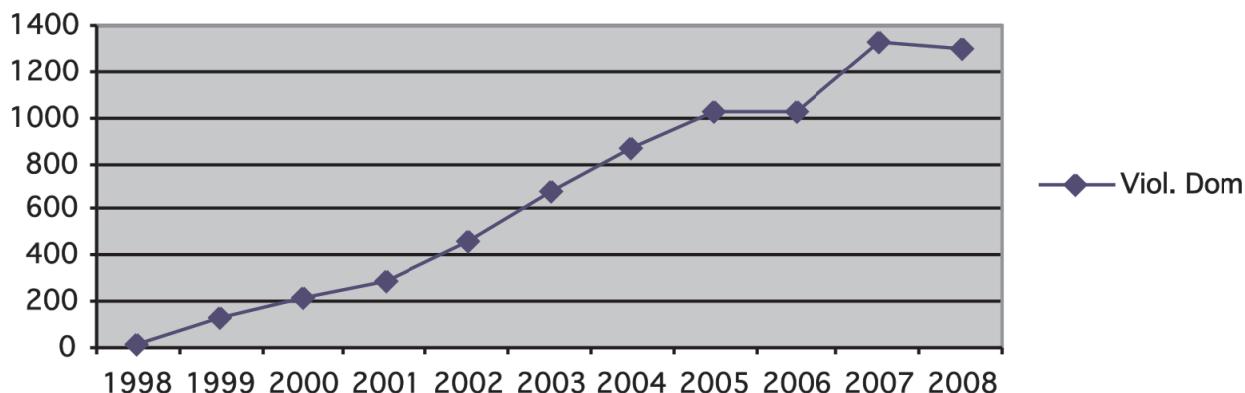


Fonte: Estatísticas da Justiça, disponíveis em http://www.siej.dgpj.mj.pt/webeis/index.jsp?username=Publico&pgmWindowName=pgmWindow_634080605551816449⁴¹.

⁴⁰ Neste sentido, cf. o Despacho n.º 41/2009, de 11-2, da Procuradora Geral Distrital de Lisboa (disponível em http://www.pgd lisboa.pt/pgd/docpgd/files/doc_0092.pdf). Importante é ainda a faculdade de apresentar electronicamente uma queixa-crime, em particular em delitos como os de violência doméstica, em que, tantas vezes, a vivência em comum com o agressor limita o exercício desse direito — cf. a Portaria n.º 1593/2007, de 17-12 (em especial, o seu anexo I, a que se refere o art. 4.^º), e, no específico âmbito do crime que nos ocupa, veja-se o art. 29.^º da Lei n.º 112/2009, de 16-9.

⁴¹ Para os anos de 2009 e 2008, teve-se em conta o campo «violência doméstica»; de 2007 a 2005, o campo «maus tratos a cônjuges ou análogos», e de 2004 a 1999, o campo «maus tratos a menores, incapazes e cônjuges», o que diminui a fiabilidade dos dados, por abrangerem mais fenómenos do que o em estudo. Todavia, incompreensivelmente, nesse período temporal, era essa a única referência ao crime que nos ocupa. Também surpreendente é a circunstância de os dados disponibilizados na página da internet da PSP (<http://www.psp.pt/Pages/programas especiais/violenciadomestica.aspx?menu=2>), em alguns anos indicados no gráfico

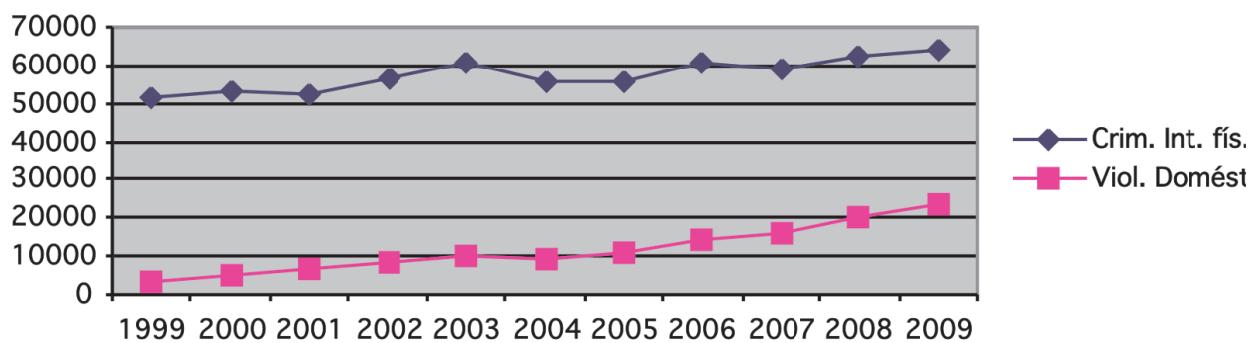
Gráfico n.º 2: Número de processos em fase de julgamento findos, pelo crime de maus tratos entre cônjuges ou quem viva em situação análoga ou crime de violência doméstica, de 1998 a 2008⁴².



Fonte: Estatísticas da Justiça, disponíveis em http://www.siej.dgpj.mj.pt/webeis/index.jsp?username=Publico&pgmWindowName=pgmWindow_634085314163121681.

Vejamos, de seguida, a comparação dos delitos hoje previstos no art. 152.º com os demais crimes contra a integridade física reportados aos OPC e aqueles que se encontram findos, em fase de julgamento:

Gráfico n.º 3: Número de crimes de maus tratos entre cônjuges ou quem viva em situação análoga ou crime de violência doméstica reportados aos OPC, de 1999 a 2009, em comparação com a totalidade dos delitos contra a integridade física reportados.

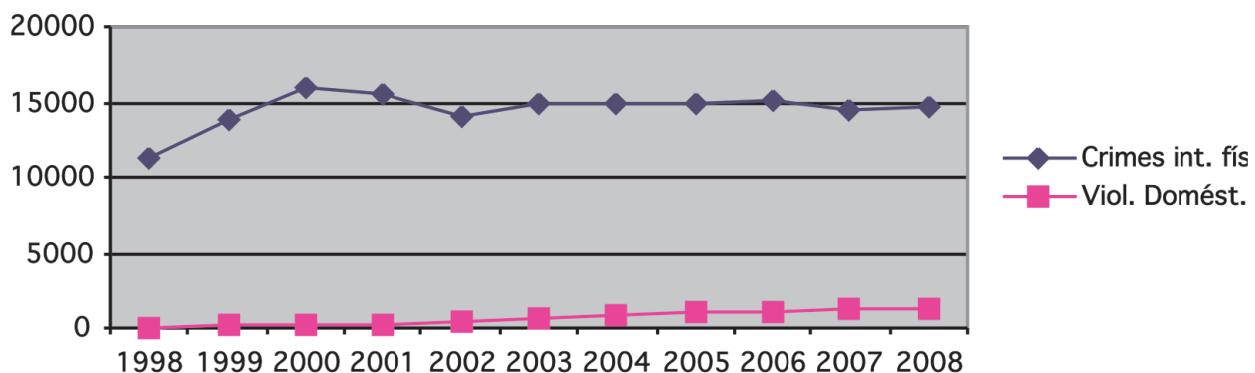


Fonte: Estatísticas da Justiça, disponíveis em <http://www.siej.dgpj.mj.pt/webeis/index.jsp>.

serem, por si só, superiores ao conjunto dos OPC a que as Estatísticas da Justiça se referem, o que é bem demonstrativo das fragilidades do tratamento estatístico da criminalidade em geral no nosso País, como dito em texto. Assim, em 2000 e 2001, são aí assinaladas, respectivamente, 6958 e 7601 ocorrências, número por si só superior ao total das denúncias a todos os OPC (4986 e 6912). Idêntica perplexidade nos assalta ao consultarmos os dados da Direcção-Geral da Administração Interna (disponíveis em 195.23.38.178/cig/portal/bo/documentos/VD_14_Abril_2010.pps) que, p. ex., em 2009, apontam para 30543 crimes de violência doméstica denunciados, contra 23263 (!) nas Estatísticas da Justiça, ou em 2000, em que a diferença é de 11162 para 4986 (!). Não se estranhe, por fim, que os Relatórios Anuais de Segurança Interna (<http://www.mai.gov.pt/index.php?s2=documentos>, disponíveis desde 2004), registem números diversos dos apresentados no quadro, uma vez que aí se não distinguem as várias modalidades de violência doméstica, das quais isolamos, no nosso estudo, a violência relacional íntima.

⁴² Consideraram-se os valores descritos como «maus tratos a cônjuges ou análogo», entre 2006 e 1998. Quanto a 2008 e 2007, fruto da alteração legislativa entretanto ocorrida, soma-

Gráfico n.º 4: Número de processos em fase de julgamento findos, pelo crime de maus tratos entre cônjuges ou quem viva em situação análoga ou crime de violência doméstica, de 1998 a 2008, em comparação com os delitos contra a integridade física.



Fonte: Estatísticas da Justiça, disponíveis em <http://www.siej.dgjp.mj.pt>.

No que diz respeito à manifestação mais extrema dos maus tratos, o dito «homicídio conjugal», nos anos de 2007 e 2008, a sua proporção foi de 13% do total das condenações por homicídio (44 em 334, em 2007, e 40 em 309, em 2008), predominando os tipos simples e qualificado. A esmagadora maioria dos homicidas em relações íntimas foram homens (97.7% em 2007 e 87.5% em 2008)⁴³.

Por seu turno, o citado estudo da FCSHUNL / SociNova / CesNova⁴⁴, realizado em 2007, composto por uma amostra de 1000 homens e 1000 mulheres (com idades iguais ou superiores a 18 anos), usando uma metodologia própria dos inquéritos de vitimação auto-revelada, e permitindo a comparação com idêntico estudo datado de 1995⁴⁵, aponta para uma diminuição do número de episódios de violência em geral considerada e, por isso, não apenas provenientes de cônjuges ou de situações análogas (de 48% em 1995 para 38.1% em 2007, nas mulheres, e de 42.5% nos homens, em 2007). Assim, 38% das mulheres inquiridas, com 18 anos ou mais, revelam ter sido objecto de violência física, psicológica e sexual (cerca de uma em cada três mulheres), ao menos em uma das 54 hipóteses descritas (12.8% no último ano e 39% em anos anteriores). E note-se que, referindo-se ao «último ano», cerca de metade (6.4%) dos actos decorreram no espaço da casa ou foram praticados por familiares ou pessoas próximas com quem existia um vínculo relacional próximo. Nos

ram-se os valores indicados como «violência doméstica a cônjugue ou análogo» e «maus tratos a cônjugue ou análogo». Os dados atinentes a 1997 não foram considerados, uma vez que os valores agregam realidades muito distintas: «maus tratos/sobrecarga de menores, incapazes ou cônjuges». Manifesta-se estranheza pela diferença de critério seguido neste ano particular, por relação aos outros.

⁴³ Fonte: Direcção-Geral da Política da Justiça (<http://www.dgjp.mj.pt/DGPJ/sections/home>). Nos EUA, p. ex., estima-se que entre 20% a 40% dos homicídios sejam perpetrados entre cônjuges ou quem viva em situação análoga (RICHARD J. GELLES, «Family Violence», p. 187).

⁴⁴ MANUEL LISBOA (coord.), *Violência e Género...*, pp. 34-38, 55-56, 115 e 117.

⁴⁵ NELSON LOURENÇO *et al.*, *Violência contra as Mulheres*, Lisboa: Comissão para a Igualdade e para os Direitos das Mulheres, 1997.

homens, esses actos ascendem a 2.3% (quase três vezes menos que nos indivíduos de sexo feminino).

De novo nas mulheres, e de entre os tipos de violência — perpetrada por qualquer ofensor —, destaca-se a psicológica (sendo os actos mais frequentes os gritos e ameaças atemorizadores — da mesma dimensão nas vítimas mulheres e homens — e os comportamentos e insultos para humilhar), a física e psicológica, a psicológica e sexual, a sexual (obscenidades com o objectivo de assediar e tentativa de contacto físico com conotação sexual como actos mais referidos) e a física (actos mais frequentes: bofetadas, murros, pontapés, arranhões, beliscões e mordidelas e sovar), por esta ordem. Claramente que a violência exercida contra mulheres é perpetrada por homens (74.7%; naquela em que os homens são vítimas, os ofensores são em 77.9% outros homens), sendo a diferença mais expressiva face às ofendidas mulheres no domínio sexual e a menos expressiva na violência psicológica.

A *domus* continua a ser (como no estudo de 1995) o local onde as mulheres mais sofrem violência física e psicológica, sendo o arremesso de objectos e as agressões físicas os actos mais frequentes. A reacção mais comum continua a ser nada reportar a instâncias formais de controlo, embora tal seja cada vez em menor dimensão à medida que a gravidade intrínseca da violência aumenta (42% nos gritos e ameaças, contra 37% e 38%, respectivamente, na ameaça de morte e na ameaça com arma de fogo ou arma branca)⁴⁶. Do mesmo passo, o contacto com a polícia vai aumentando com essa gravidade (6% nos gritos e ameaças e 21% na ameaça com armas; mas só 9% nos casos de ameaça de morte). Do lado dos homens vítimas, as reacções mais frequentes são o reagir de jeito violento à agressão, não fazer nada e contactar as forças policiais. Aliás, é bastante maior o número de homens que recorrem às instâncias formais de controlo, se comparado com as mulheres⁴⁷.

No que nos diz agora directamente mais respeito, embora os dados apresentados não se refiram somente às hipóteses de violência entre quem partilha uma relação de conjugalidade ou similar, mas a todos os familiares no âmbito da casa habitada pela mulher vítima, e fixando-se somente no último ano, verifica-se uma manutenção dos actos de violência física, psicológica e sexual na ordem dos 55% (com um ligeiro aumento da psicológica, uma diminuição da sexual e um ligeiro incremento da física). Em todo o tipo de violência — que não apenas aquela abrangida pela violência doméstica —, os maridos ou companheiros(as) das mulheres são os maiores ofensores (41.7%), a que se seguem os desconhecidos (13.6%). Nos homens, os ofensores mais prevalentes são desconhecidos e amigos ou colegas, ambos com 22.8%, sendo as mulheres ou companheiras(os) somente 3.3%. Congruentemente,

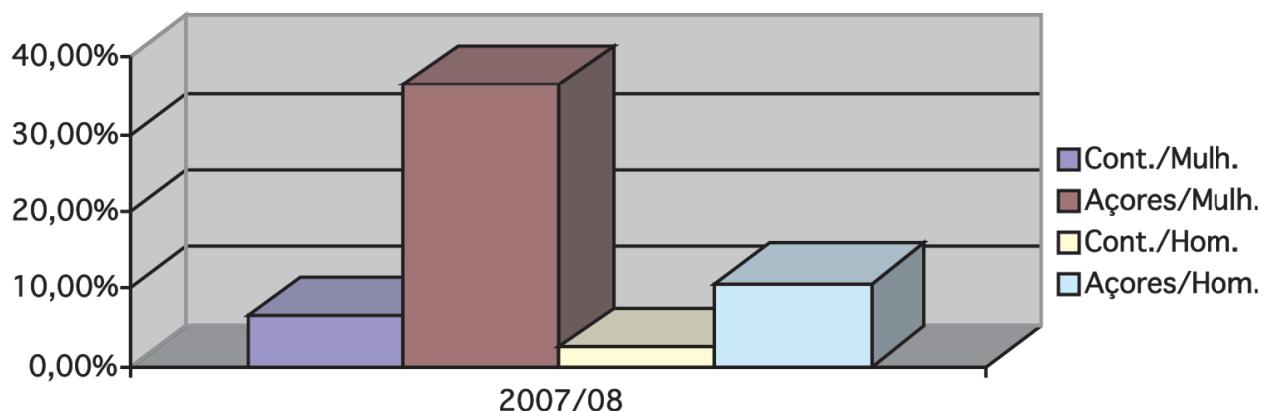
⁴⁶ Em um estudo referido *infra*, em que se analisaram os casos de recurso às Delegações de Coimbra e do Porto do Instituto Nacional de Medicina Legal, relativo a 2000, assiste-se a um número bastante superior das mulheres que apresentaram queixa, se comparado com aquelas que o não fizeram (75.1%).

⁴⁷ MANUEL LISBOA (coord.), *Violência e Género...*, pp. 39-50, 55-60, 64 e 116.

nas inquiridas, o local de vitimação mais referenciado é a residência (60%), seguido da rua (12.8%), ao passo que para os homens são mais perigosos a rua (30.2%) e o local de trabalho (15.9%)⁴⁸.

As mesmas instituições, em parceria com o Governo Regional, adaptaram o estudo nacional que vimos de descrever ao território da Região Autónoma dos Açores, em 2008⁴⁹. A amostra foi constituída por entrevistas a 709 pessoas (358 homens e 351 mulheres), representativas das várias ilhas do arquipélago. De entre as conclusões mais salientes, ressaltamos que o recurso a instâncias formais de controlo é superior nos Açores (12.9%). No conjunto da vitimação contra mulheres com 18 ou mais anos (não apenas violência doméstica), em 2008 ou em anos anteriores registou-se uma prevalência, nos Açores, de 53.3%, contra 38.1%, em 2007, no Continente. O factor que mais contribuiu para esta diferença foi a «violência sociocultural» (Açores: 68.7%; Continente: 52.9%), dado que as violências física, psicológica e sexual foram menores nos Açores, embora com diferenças pouco acentuadas. Naquilo que de modo mais específico se aproxima, em função dos dados do estudo, das factualidades abrangidas pelo art. 152.º, é maior a prevalência naquela Região Autónoma, seja tendo as mulheres como vítimas, seja os homens.

Gráfico n.º 5: Comparação entre a prevalência de factos descritos como violência doméstica no Continente e nos Açores, por sexo.



Fonte: MANUEL LISBOA (coord.), *Inquérito Violência de Género. Região Autónoma dos Açores*, Relatório Final, vol. I, Lisboa: SociNova / CesNova / FCSHUNL, 2009.

Voltando, por fim, a nossa atenção para os dados recolhidos pela APAV (Associação Portuguesa de Apoio à Vítima), comece por se salientar que

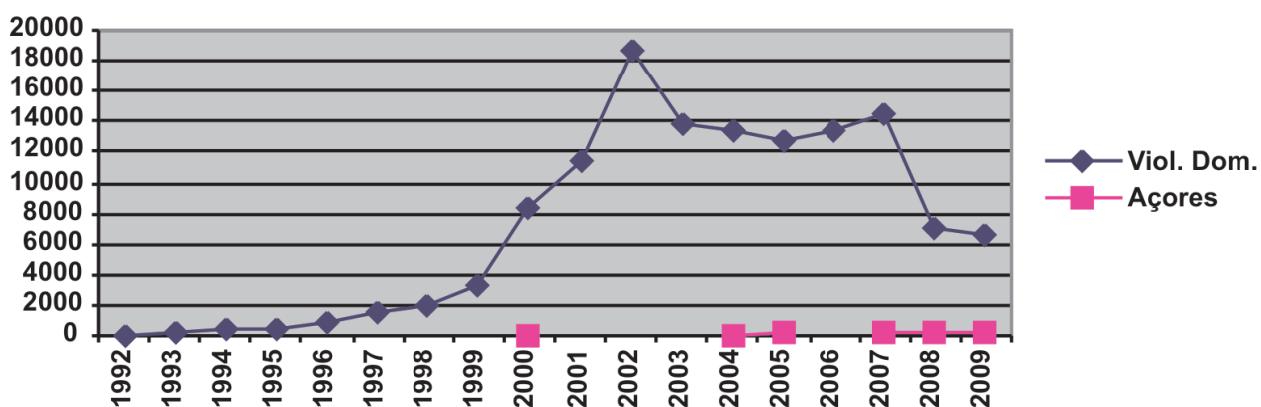
⁴⁸ MANUEL LISBOA (coord.), *Violência e Género...*, pp. 51-54, 61-63 e 117. A Organização Mundial de Saúde publicou, em 2005, o estudo *WHO Multi-country Study on Women's Health and Domestic Violence against Women*, dirigido por CLAUDIA GARCÍA-MORENO *et al.*, o qual decorreu em dez países muito diversos (de entre eles, apenas um europeu — a, na altura, Sérvia e Montenegro). A violência física entre parceiros íntimos oscilou entre os 23% e 49% das mulheres inquiridas, a sexual entre 6% e 59% e a emocional entre 20% e 75%.

⁴⁹ MANUEL LISBOA (coord.), *Inquérito Violência de Género. Região Autónoma dos Açores*, Relatório Final, vol. I, Lisboa: SociNova / CesNova / FCSHUNL, 2009.

elas reflectem o número de processos de acompanhamento a quem se apresenta como ofendida(o) quanto a actos subsumíveis ao conceito de violência doméstica⁵⁰, sem que esteja sempre garantido que, do prisma jurídico-penal, esse enquadramento seja o mais adequado. Não estamos, pois, perante número de denúncias ou queixas apresentadas junto dos OPC ou do Ministério Público (MP), e muito menos perante número de processos criminais em fase de julgamento, com ou sem condenação. Assim, os dados apresentados reportam-se a um tempo a montante da intervenção mais formalizada das instâncias de controlo.

Atentemos, pois, nos gráficos que se seguem:

Gráfico n.º 6: Número de processos por violência doméstica (na definição seguida pela APAV) denunciados àquela associação.



Fonte: <http://www.apav.pt>⁵¹.

Durante o ano de 2000, no Instituto Nacional de Medicina Legal — Delegações de Coimbra e Porto⁵², foram recolhidos dados atinentes às mulheres com 18 anos ou mais de idade que, nesse ano, recorreram àquelas instituições, por actos de violência contra elas exercida. Não se trata apenas da vio-

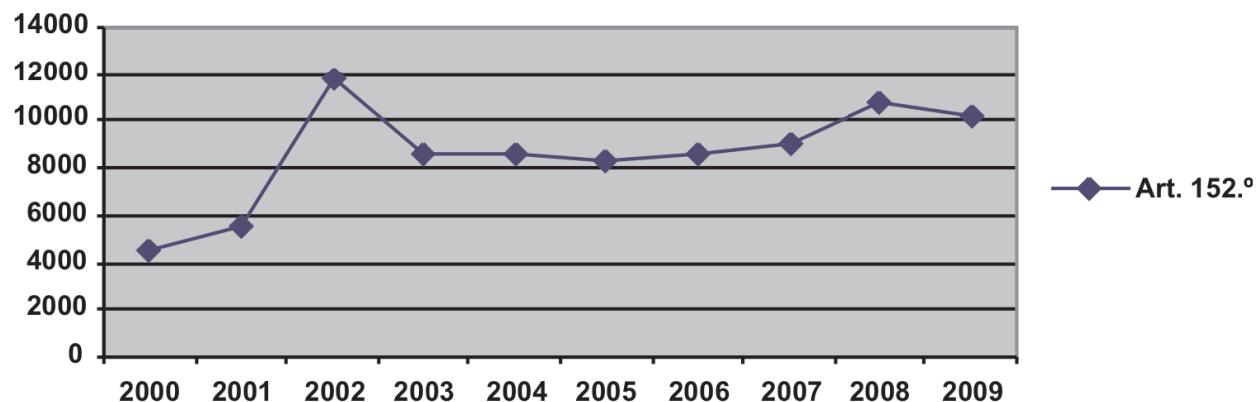
⁵⁰ O conceito usado pela APAV é bem mais amplo que o consagrado no art. 152.º, motivo pelo qual os seus dados estarão necessariamente enviesados, mesmo que deles retiremos, como fizemos no gráfico acima, os delitos de subtracção de menor e de violação da obrigação de alimentos, a que acresce o facto de as ameaças, coacção, injúria e difamação, violação, abuso sexual, homicídio e «outros crimes em meio doméstico» poderem em nada contender com o preceito em causa, seja porque, *ab initio*, o juiz os subsume a esses específicos tipos legais de crime, seja por via da relação de subsidiariedade do art. 152.º com os outros tipos. Assinale-se que, no relatório atinente a 2004, é elaborada uma resenha dos números dos anos anteriores, onde são apresentados dados bastante dissonantes dos atinentes ao relatório do ano respectivo (anos de 2000 a 2002), tendo-se optado pelos valores indicados no documento daquele específico ano. Daí que também tenhamos apresentado um outro gráfico em que somente levamos em conta o que a APAV qualificou como maus tratos físicos ou psíquicos, na medida em que, via de regra, serão aqueles que mais se aproximam do âmbito de aplicação material do crime de violência doméstica.

⁵¹ Quanto aos dados relativos aos Açores, nos anos de 2007 e 2008, registam-se discrepâncias entre as informações do relatório nacional e do gabinete da APAV em Ponta Delgada. Por estarem geograficamente mais próximos do fenómeno em estudo, preferimos estes últimos dados.

⁵² Relatório disponível em <http://socinova.fcsh.unl.pt/textos/IML.pdf>.

lência relacional íntima, mas verifica-se que o domicílio foi o local de maior vítima feminina (67.2%), seguido da rua (23.2%) e do local de trabalho (6%). A violência física surge destacada (83.3%) — dentro dela, os actos com maior prevalência são, respectivamente, as sovas (62.3%), a ameaça de morte e os insultos (9.5%), os empurrões (4.8%), o assalto ou sequestro (4.5%) e a violação (1.9%) —, a que se segue a física aliada à psicológica (14.2%) e a sexual (1.6%).

Gráfico n.º 7: Número de processos por «maus tratos físicos» e «maus tratos psicológicos»,



segundo a caracterização da APAV, denunciados àquela associação.

Fonte: <http://www.apav.pt>.

Interessante estudo⁵³ — que deveria ser levado a cabo nacionalmente — foi publicado em 2007, o qual consistiu em uma análise de *sentencing* das Varas e Juízos Criminais do Porto, entre 1999 e 2003, a propósito dos processos em que estava em causa o crime p. e p. pelo art. 152.º Analisadas 11203 decisões (4020 acórdãos das Varas e 7183 sentenças dos Juízos Criminais), centrados os investigadores nos maus tratos em situações de conjugalidade ou análoga, verificou-se uma elevada percentagem de convolações, em julgamento, do actual delito de violência doméstica em outros, *maxime*, os crimes contra a integridade física (simples ou grave). Dos processos em fase de julgamento, maiores foram as condenações que as absolvições, sendo as primeiras, na maior parte dos casos, em pena substitutiva, em especial a pena de suspensão da execução da pena privativa de liberdade.

Talvez fruto da época relativa novidade do instituto, são raras as penas acessórias de proibição de contactos e afastamento da residência⁵⁴, do mesmo passo que a medida de coacção processual do art. 200.º do Código de Processo Penal — doravante, CPP — (particularmente adequada *in casu*). Nos EUA, por exemplo, medidas deste tipo, com recurso a *electronic monitoring*, têm

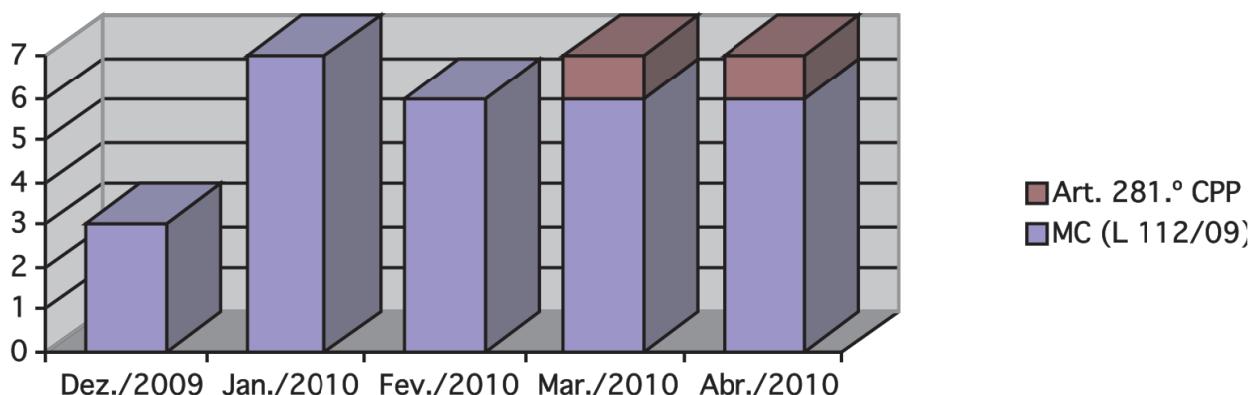
⁵³ *Prevenção da Violência Doméstica. Projectos IMA/N e NOVC/Porto*, Porto: UMAR, 2007, pp. 67-117. Agradecemos, penhoradamente, à UMAR (União de Mulheres Alternativa e Resposta) a oferta desta e de outras publicações à Biblioteca da nossa instituição de ensino.

⁵⁴ O I Plano Nacional contra a Violência Doméstica, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 55/99, de 15-6, no seu ponto 2.8., já defendia a criação de «uma pena acessória que consista na proibição de o agressor se aproximar da vítima».

sido objecto de estudos demonstrativos de elevados níveis de satisfação e eficiência quanto à segurança do ofendido⁵⁵. Em Portugal, está-se ainda em fase experimental da vigilância electrónica em contexto de violência doméstica, a qual se iniciou em Dezembro de 2009, ao abrigo de uma parceria entre a Direcção-Geral de Reinsersão Social (DGRS) e a CIG⁵⁶. O programa abrange várias comarcas dos distritos judiciais do Porto e de Coimbra, com a duração de três anos (Janeiro de 2009 a Dezembro de 2011). Os últimos dados disponíveis, reportados a Abril de 2010, apontam para 7 medidas em execução no âmbito da vigilância electrónica (1.25% do total das penas e medidas)⁵⁷.

Atentemos no gráfico:

Gráfico n.º 8: Número de medidas fiscalizadas através de vigilância electrónica no âmbito de crimes por violência doméstica (MC = medida de coacção prevista na Lei n.º 112/2009, de 16-9, regulamentada pela Portaria n.º 220-A/2010, de 16-4, e suspensão provisória do processo — art. 281.º, n.os 4 e 6, do CPP).



Fonte: Direcção de Serviços da Vigilância Electrónica da DGRS.

IV — ALGUNS ESCOLHOS HERMENÊUTICOS DO TIPO E A NATURALEZA DO CRIME À LUZ DO PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE

A — O tipo-de-ilícito objectivo

1. Interpretação do segmento «infligir *maus tratos físicos ou psíquicos*»

Embora com uma enumeração exemplificativa («castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais»⁵⁸), esta é das tarefas hermenêuticas

⁵⁵ EDNA EREZ / PETER R. IBARRA *et al.*, «Electronic Monitoring of Domestic Violence Cases — A Study of Two Bilateral Programs», in: *FP*, 68, 1 (2004), pp. 15-20.

⁵⁶ Em cumprimento das disposições conjugadas dos arts. 20.º, n.º 5, e 81.º, n.º 2, da Lei n.º 112/2009, de 16-9.

⁵⁷ P. ex., em Março de 2010, eram também 7 medidas em execução no âmbito da vigilância electrónica (1.27% do total das penas e medidas), em Fevereiro eram 6 (1.11% do total), e em Dezembro de 2009, 3 (0.57% do total). Agradece-se, sentidamente, aos Senhores Drs. NUNO CAIADO e TERESA LOPES a disponibilização dos elementos.

⁵⁸ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Edi-

mais complexas do art. 152.⁵⁹, crime *material ou de resultado e de dano* (exige-se a produção de um resultado e de uma efectiva lesão do bem jurídico, como se retira do próprio elemento literal «infligir maus tratos» e do modo como o legislador quis proteger o interesse tutelado). Complexidade acrescida a partir do momento em que passa a ser clara a inexistência do critério de *reiteração* que, até 2007, embora com *nuances*, funcionava como distinção entre os maus tratos entre cônjuges ou equiparados e outros tipos legais de crime que previssem punições menos severas⁶⁰. Destarte, julgamos resolvido em sentido negativo o problema de saber se o crime de violência doméstica é ou não um crime duradouro ou permanente⁶¹. De modo mais preciso, o legislador de 2007 sinalizou que o delito de violência doméstica *não tem, necessariamente, de ser um crime duradoiro*, podendo sê-lo ou não, visto que actos de execução instantânea existem que, pela sua gravidade intrínseca e/ou pela profundidade das suas consequências para o bem jurídico tutelado, caem sob a alçada do segmento de «maus tratos». Estudos disponíveis sobre a realidade portuguesa, embora sobre a vitimação em geral e não a circunscrita à vio-

tora, 2008, p. 405. É, assim, muito discutível a sua necessidade, talvez motivada pela exemplificação também constante do ponto 35 do anexo à Recomendação Rec (2002) 5, de 30-4-2002, do Comité de Ministros do Conselho da Europa.

⁵⁹ *Mutatis mutandis*, o mesmo se diga para o art. 152.^º-A.

⁶⁰ Assim foi, de resto, admitido na acta n.º 12 da Unidade de Missão Para a Reforma Penal (p. 8, acessível em <http://www.mj.gov.pt/sections/newhome/actas-da-unidade-de/>), para o resto sendo imprestável este que deveria ser um essencial constituinte do elemento histórico da hermenéutica jurídica. No sentido hoje propugnado, fazendo um historial da evolução legislativa, doutrinal e jurisprudencial do preceito, veja-se o ac. do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de 2-7-2008, Proc. n.º 07P3861, RAUL BORGES (excepto expressa indicação em contrário, todos os arrestos citados estavam disponíveis em <http://www.dgsi.pt>). Também, o ac. do mesmo Tribunal, de 12-3-2009, Proc. n.º 09P0236, FERNANDO FRÓIS. À luz da redacção originária do actual art. 152.^º (então art. 153.^º), encontrávamos jurisprudência que entendia que os então maus tratos não exigiam uma reiteração, mas que também não se achavam preenchidos com uma única acção — cf. ac. do STJ, de 8-1-1997, Proc. n.º 934/96, citado no atrás referido ac. do STJ de 6-4-2006, Proc. n.º 06P1167, SIMAS SANTOS. Em direcção oposta, exigindo a reiteração e analisando-a até em termos da duração temporal dos maus tratos infligidos, cf. o ac. de 3-11-1999, Proc. n.º 9810911, NAZARÉ SARAIVA. Também exigindo a reiteração, à luz da versão anterior a 2007, vide os acórdãos do Tribunal da Relação do Porto (TRP) de 28-2-2007, Proc. n.º 0616665, ÉLIA SÃO PEDRO, de 4-6-2003, Proc. n.º 0340047, AGOSTINHO FREITAS, e de 31-1-2001, Proc. n.º 0041056, CONCEIÇÃO GOMES. Já com a modificação introduzida pela Revisão de 1995, passou a existir uma corrente jurisprudencial para a qual bastava um único facto, ponto é que suficientemente grave para ser qualificável como «maus tratos» (entre vários, vide o ac. do STJ de 13-11-1997, in: Acs. STJ, V, 3, 235, os acórdãos do TRP de 30-1-2008, Proc. n.º 0712512, MARIA LEONOR ESTEVES, de 11-7-2007, Proc. n.º 0711856, PAULO VALÉRIO, o ac. do Tribunal da Relação de Évora (TRE) de 29-11-2005, Proc. n.º 1653/05-1, PIRES DA GRAÇA). Assim, na doutrina, entre outros, CATARINA SÁ GOMES, *O Crime de Maus Tratos Físicos e Psíquicos Infligidos ao Cônjugue ou ao Convivente em Condições Análogas às dos Cônjuges*, 1.^a reimp., Lisboa: AAFDL, 2004, p. 73, e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal...*, p. 405. Ao invés, propendendo para a exigência da reiteração, TERESA PIZARRO BELEZA, *Maus Tratos Conjugais: o Art. 153.^º 3, do Código Penal*, Lisboa: AAFDL, 1989, p. 21, e TAIPA DE CARVALHO, «Anotação ao art. 152.^º do CP», in: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial*, t. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 334.

⁶¹ No sentido que temos por correcto, cf. já o ac. do Tribunal da Relação de Coimbra (TRC) de 13-6-2007, ELISA SALES, disponível em <http://www.datajuris.pt>.

lência doméstica, apontam para uma maior prevalência de ofensores com trajectória, no que tange à violência contra mulheres (52.6%)⁶².

Um relance de Direito Comparado mostra-nos que a exigência da reiteração continua, todavia, a ser elemento do tipo-de-ilícito em alguns ordenamentos, como sucede com o art. 126, n.º 2, als. *b*, *bbis* e *c*), do Código Penal suíço (*voies de fact*) ou o art. 173, n.º 2, da codificação criminal espanhola.

A lição obtida de outros Códigos, neste caso o suíço, interpela-nos sobre o seguinte: até que momento temporal após a cessação do vínculo matrimonial, de união de facto ou análogo é que o ofendido se mantém no âmbito de aplicação subjectiva do art. 152.º? Responder-se-á: até ao momento em que ainda permaneçam laços de alguma proximidade. É uma resposta insatisfatória⁶³ e que, note-se, pode significar uma punição mais severa por via da cláusula de subsidiariedade do crime de violência doméstica. Assim, como sucede na Suíça (art. 126, n.º 2, als. *b* a *c*), do Código Penal), dever-se-ia estabelecer um limite temporal máximo (de um ano) após o divórcio ou a separação, consoante o vínculo que ligue o agente e o ofendido. Apenas um critério como este asseguraria a certeza e segurança jurídica imprescindíveis à diversa penalização do delinquente.

Situações como gritar em uma discussão⁶⁴, rasgar, na sua presença, fotografias do parceiro(a) ou de um seu ente querido são tidos como «violência emocional e psicológica» por alguns autores das áreas da Psicologia⁶⁵ e da Sociologia, mas que, ao que cremos, não encontram guardada no tipo legal⁶⁶. E com

⁶² ZÉLIA BARROSO, «Trajectórias de Violência de Género no Feminino», in: MANUEL LISBOA (coord.), *Violência e Género...*, pp. 65 e 70. Nos EUA, essa reiteração é apontada como um padrão na violência doméstica — RICHARD J. GELLES, «Family Violence», pp. 185-186.

⁶³ Ainda que se admitisse a importação, para o âmbito penal, do critério previsto no art. 1782.º do Código Civil para a separação de facto: «quando não existir comunhão de vida entre os cônjuges [ou equiparados] e [houver] da parte de ambos, ou de um deles, o propósito de não a restabelecer».

⁶⁴ Referimo-nos, é evidente, às hipóteses em que o par desenvolve «rituais de interrupção» destinados a fazer cessar a escalada de conflito e a reparar as suas consequências. Sobre o conceito, e sobre as fases típicas da evolução da violência nas relações íntimas, identificadas por LENORE WALKER (1979), (a) ciclo da violência — aumento da tensão; ataque violento ou episódio de violência; apaziguamento ou reconciliação, e *b*) evolução em frequência, intensidade e perigosidade), cf. MARIA JOSÉ MAGALHÃES, *A Violência nas Relações de Intimidade. Um Contributo para a Definição de Alguns Conceitos*, pp. 5-11, disponível em http://www.umar-feminismos.org/index.php?option=com_content&view=article&id=23&Itemid=24, e AA. VV., *Medico-Legal and Social Aspects of Injuries and Violence. Oporto Seminar*, Porto: Universidade do Porto, 2001, pp. 65-66, e CELINA MANITA (coord.), *Violência Doméstica...*, pp. 26-30.

⁶⁵ De novo, CELINA MANITA (coord.), *Violência Doméstica...*, p. 16. Outros componentes aí identificados abrangem o «isolamento social» e o «abuso económico» — *ibidem*, pp. 18-19.

⁶⁶ Recorrendo a um exemplo pedido à jurisprudência, somente no quadro de outros comportamentos e com o seu concurso é que se poderá admitir que «o repetido bater com força a porta do frigorífico e as loiças» (ac. do Tribunal da Relação de Lisboa — TRL — de 27-2-2008, Proc. n.º 1702/2008-3, CARLOS ALMEIDA) integre o conceito de maus tratos, hoje violência doméstica, porquanto *per se* considerados, não os temos como suficientes para preencher o tipo. De modo correcto, tendo em conta o vertido em texto, porque recente, veja-se o ac. do TRC de 28-1-2010, «Não comete o crime p. e p. pelo artigo 152.º, n.º 1, al. *a*), mas o p. e p pelo artigo 143.º, n.º 1, ambos do CP, quando apenas resulta provado que num determinado dia

isto não estamos a patrocinar — muito longe disso — que o(a) violentado(a) só não se liberta da situação porque não quer ou que exista qualquer «acquis tradicional-comunitário e proprietarista»⁶⁷ desresponsabilizador da conduta.

Os «maus tratos físicos ou psíquicos» devem, a nossos olhos, ser interpretados como *lesões graves, pesadas da incolumidade corporal e psíquica do ofendido*, diríamos que no campo de tensão entre os tratamentos crueis, degradantes ou desumanos e a tutela da integridade física e moral⁶⁸. Aliás, sendo certo que o ordenamento jurídico-penal alemão não dispõe de uma norma paralela à do nosso art. 152.º, tratando a *häusliche Gewalt* no domínio de outros tipos legais, *maxime a Körperverletzung* (lesão da integridade física), também é exacto que existe uma outra norma jurídica — a do § 225 do StGB — *Strafgesetzbuch* — Código Penal alemão (*Mißhandlung von Schutzbefohlenen*), a qual protege quem pertença ao *Hausstand* («espaço ou meio doméstico»⁶⁹ contra «torturas ou maus-tratos crueis» (*quält oder roh mißhandelt*), em perspectiva próxima da que defendemos⁷⁰. Em tais hipóteses, o consentimento é irrelevante (na Alemanha, *Einwilligung* — § 228 do StBG: *guten Sitten*, «bons costumes» —, e em Portugal — art. 38.º, n.º 1, *in fine*). Em França, inexistindo também um crime autónomo de violência doméstica, a comissão de delitos como *v. g.*, «torturas e actos de barbárie» contra «o cônjuge, concubino (*le concubin*) da vítima ou o companheiro ligado à vítima por um pacto civil de solidariedade» (art. 222-3, 6.º, do Código Penal), são circunstâncias agravantes⁷¹.

o arguido colocou com força a mão na zona do pescoço da assistente e que, por essa forma lhe causou lesões».

⁶⁷ Ressalta o último designativo, aludindo a estudos científicos, TODD K. SHACKELFORD *et al.*, «When We Hurt the Ones We Love: Predicting Violence Against Women from Men's Mate Retention», in: *Personal Relationships*, 12 (2005), pp. 447-463, em esp., p. 462. Com interesse, ainda, LUNDY BANCROFT / JAY G. SILVERMAN, *The Batterer as Parent. Addressing the Impact of Domestic Violence on Family Dynamics*, Thousand Oaks / London / New Delhi: Sage Publications, pp. 11-16.

⁶⁸ «(...) aquelas [ofensas] que se revistam de uma certa gravidade, (...) que, fundamentalmente, traduzam crueldade ou insensibilidade, ou até vingança desnecessária por parte do agente» — ac. do STJ de 14-11-1997, in: *Colectânea de Jurisprudência (CJ)*, 1997, 3, p. 235; ac. do TRC de 29-1-2003, SERAFIM ALEXANDRE: «(...) O que importa é que os factos (...) coloquem a pessoa ofendida numa situação que se deva considerar de vítima (...) de um tratamento incompatível com a sua dignidade e liberdade, dentro do ambiente conjugal». Se bem interpretamos — e sendo exacto que não se pronunciam *ex professo* sobre a questão em texto —, é também esta a posição de JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, t. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 279, ao aludirem ao crime do art. 152.º

⁶⁹ A tradução é meramente aproximada, na medida em que é difícil encontrar um termo homólogo em Português. De modo literal, *Hausstand* significa «situação de(a) casa».

⁷⁰ Para referir apenas alguns, HANS JOACHIM HIRSCH, § 225 StGB, in: BURKHARD JÄHNKE *et al.* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, 6. Band, 11. Auflage, Berlin: De Gruyter Recht, 2000, Rn 11-15, pp. 89-92, PAEFFGEN, § 225 StGB, in: URS KINDHÄUSER *et al.* (Hrsg.), *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, Band 2, 2. Auflage, Baden-Baden: Nomos, 2005, Rn 13-16, pp. 3930-3932, e STREE, § 225 StGB, in: SCHÖNKE / SCHRÖDER / CRAMER (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. Auflage, München: Verlag C. H. Beck, 2006, Rn 12-13, p. 1941.

⁷¹ O mesmo sucede quanto a outros crimes previstos na codificação penal gaulesa: art. 132-80 «violences» (algo similar às nossas ofensas à integridade físicas agravadas pelo evento morte) — art. 222-8, 6.º; ainda, arts. 222-10, 6.º, 222-11, 6.º, 222-13, 6.º), violação (art. 222-

Essas lesões devem ser avaliadas tendo em conta alguns critérios que julgamos poder adaptar do art. 149.º, n.º 2: «(...) os meios empregados e amplitude previsível da ofensa», interpretados todos de forma *objectiva* e não *subjectiva*, i. e., sendo exacto que entre o resultado e a conduta intercede uma relação de imputação *objectiva*, é indefensável que, em virtude da maior ou menor resistência física do ofendido, estejamos ou não perante a consumação do art. 152.º Somente uma exasperada concepção do ilícito *objectivo* — e mesmo assim tendo contra si os momentos analisadores *in abstracto* e *in concreto* que preenchem o juízo de imputação *objectiva* — consentiria tal posição⁷². Apesar de o art. 149.º, n.º 2, se tratar de norma atinente à integridade física, esses padrões podem, *cum grano salis* ser usados no preenchimento do conceito de maus tratos psíquicos. Com a vantagem — em ambos os casos — de se lançar mão de âncoras hermenêuticas com expressa previsão legal. Assim interpretada a cláusula, a inexistência de reiteração como elemento típico acaba por não dificultar sobremaneira a tarefa interpretativa, na medida em que a gravidade das lesões tanto pode suceder em hipóteses reiteradas ou únicas, como vinha sendo entendido por uma parte da doutrina e jurisprudência.

Donde, uma bofetada que provoque um hematoma ou um insulto apto a lesar a honra, mas que não contenda com o fundamento último da dignidade do ofendido não está recoberto pelos maus tratos do art. 152.º, sendo antes sancionado pelas disposições dos arts. 143.º, n.º 1, e 181.º, n.º 1, respectivamente⁷³. Já uma sova perpetrada pelo marido sobre a mulher, donde resulte a fractura de um membro e a afectação da capacidade de trabalho preenche o tipo da violência doméstica que, contudo, é afastado pela aplicação do art. 144.º, al. b), por via da cláusula de subsidiariedade do art. 152.º, n.º 1, *in fine*. Assinale-se, todavia, que a tarefa do juiz é ainda mais complexa por via das disposições conjugadas dos arts. 145.º, n.os 1, al. b), 2, e 132.º, n.º 2, al. b). A especial censurabilidade ou perversidade do agente é indiciada, em termos de exemplo-padrão, pela conjugalidade ou relação análoga, o que bem pode tornar, na prática, de mais ampla aplicação a ofensa à integridade física qualificada que a do art. 144.º (a do art. 143.º está afastada pela subsidiariedade em face do art. 152.º).

O que nos impele à conclusão de que o programa de tutela penal do legislador pátrio em sede de violência relacional íntima é de amplo espectro⁷⁴,

-24, 11.º), outras agressões sexuais (art. 222-28, 7.º). Em vários destes delitos, a agravação abrange as hipóteses em que o agente seja um antigo cônjuge, concubino ou companheiro (art. 222-48-1).

⁷² Advogada, não obstante, por CATARINA SÁ GOMES, *O Crime de Maus Tratos...*, p. 60.

⁷³ De relação de especialidade fala TAIPA DE CARVALHO, «Anotação ao art. 152.º do CP», p. 336. Concordante, RICARDO JORGE BRAGANÇA DE MATOS, «Dos Maus Tratos a Cônjugue à Violência Doméstica: um Passo à Frente na Tutela da Vítima?», in: *Revista do Ministério Público (RMP)*, 107 (2006), pp. 97-98.

⁷⁴ Também do prisma dos crimes de prevenção e investigação prioritárias — cf. arts. 3.º, n.º 1, al. a), e 4.º, n.º 1, al. a), da Lei n.º 38/2009, de 20-7 (objectivos, prioridades e orientações

ao reservar uma punição mínima de um a cinco anos de prisão sempre que se esteja em face de maus tratos.

Por outras palavras, ciente das inúmeras hipóteses de concurso aparente, o legislador consagrou uma *relação de subsidiariedade expressa geral*⁷⁵ entre o art. 152.º e delitos como as ofensas à integridade física, a ameaça, a coacção, o sequestro⁷⁶ e os crimes contra a honra⁷⁷. Verifica-se, pois, que as características da *dignidade e carência penais* são essenciais na interpretação da matéria proibida, assim como a contextualização dos comportamentos no seio do modo de relacionamento entre os indivíduos em causa, questão já contendente, em especial, como o tipo-de-ilícito subjectivo.

Já se questionou⁷⁸ se esta forma de concurso aparente é a que melhor responde às necessidades preventivas (*maxime* gerais), ao determinar o afastamento do art. 152.º, norma prenhe de significado na luta contra o flagelo de que curamos. Assim não o entendemos, porquanto surgiram espaços de relativa impunidade ao dispensar a cláusula de subsidiariedade, em paradoxo irresolúvel com a própria sinalização de fenómeno social grave que se pretende atribuir à violência doméstica. Sempre que o tipo legal de delito em relação de concurso de normas com o art. 152.º previr uma punição menos severa, afastar a subsidiariedade importaria que, para a mesma materialidade dos factos (v. g., injuriar gravemente o cônjuge), se corresse o risco de uma interpretação menos cuidada do aplicador reconduzir à punição, neste exemplo, com a pena do crime de injúria, quando a factualidade imporia considerar-se tais

de política criminal para o biênio 2009-2011; já o eram à luz do diploma anterior — cf. os mesmos artigos da Lei n.º 51/2007, de 31-8) — utilizando, nas palavras desses normativos, como critérios de escolha, a dignidade dos bens jurídicos, a necessidade de proteger as potenciais vítimas, de prevenir a reincidência e a gravidade dos crimes em si considerados. Em muitos dos casos de violência doméstica, os ofendidos cairão no âmbito do art. 5.º da citada lei, sendo os delitos violentos contra as pessoas figuras de proa nas orientações político-criminais (art. 6.º, al. a)). Estão ainda previstos planos de policiamento de proximidade e programas especiais de polícia neste domínio — art. 8.º, n.º 1, als. a) e b) — e, já na fase de execução das sanções, os serviços prisionais «desenvolvem (...) programas específicos para a prevenção e controlo da violência de género e da violência doméstica» (art. 14.º, n.º 4, al. b)), em termos preventivos-especiais.

⁷⁵ EDUARDO CORREIA entendia que esta categoria do concurso aparente nada acrescentava ao problema, porquanto a própria lei imediatamente determinava a aplicação de outra em hipóteses de punição mais severa, enquadrando-a, assim, na consunção ou consumo (*Direito Criminal*, vol. II, reimpr., Coimbra: Almedina, 1996, p. 206, e *A Teoria do Concurso em Direito Criminal*, 2.ª reimpr., Coimbra: Almedina, 1996, pp. 145-146). MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal. Parte Geral*, vol. I, 4.ª ed., reimpr., Lisboa: Verbo, 1997, p. 531, rejeitando também a autonomia da subsidiariedade, acobertava-a à categoria da especialidade, dentro da «convergência de normas», expressão que preferia à de concurso de normas (*ibidem*, p. 528).

⁷⁶ Ao invés, um correcto exemplo da existência de concurso real entre o actual crime de violência doméstica e o delito de sequestro pode encontrar-se no ac. do TRP de 14-4-2004, Proc. n.º 0345574, ANTÓNIO GAMA.

⁷⁷ Um caso (delito de injúria) foi analisado pelo ac. do TRL de 15-10-2003, Proc. n.º 1500/2003-3, CARLOS SOUSA, discordando-se somente da caracterização da hipótese como de «especialidade», quando deveria ser de consunção pura.

⁷⁸ PLÁCIDO CONDE FERNANDES, «Violência Doméstica: Novo Quadro Penal e Processual Penal», in: *Revista do CEJ*, 8 (2008), pp. 313-314.

condutas como «maus tratos psíquicos». Dir-se-á que a relação de consunção levaria, a final, à aplicação do crime mais grave (no caso *sub judice*, o art. 152.º e não o delito de injúria). Se isto é exacto, prever uma cláusula de subsidiariedade acrescenta uma espécie de *norma de garantia* da correcção do processo hermenêutico, porquanto estabelece uma *reserva de sanção mínima* que o intérprete não pode ignorar. O elemento histórico também assim depõe: a subsidiariedade faz a sua primeira aparição em 1995, só quanto ao art. 144.º, o que se manteve em 1998 e 2000, para, em 2007, se alargar a todo e qualquer crime. Breve, entendemos que para bens jurídicos em que o legislador pretende um programa de tutela mais amplo e que reduza as hipóteses de erros ao nível da aplicação, a técnica da subsidiariedade comporta inegáveis vantagens dogmáticas e, sobretudo, político-criminais.

Todavia, acompanhamos a crítica⁷⁹ de que a relação de subsidiariedade conduz, à luz do regime vigente, a uma inaplicabilidade das penas acessórias do art. 152.º, n.os 4 e 5 (o n.º 6 não releva para o nosso objecto de estudo, mas o mesmo vale para ele), sempre que a norma concorrente com a violência doméstica se aplique. E isto, repare-se, mantendo-se incólumes as acertadas razões político-criminais que fundaram a sua previsão. Donde, *de iure condendo*, propomos que, em hipóteses de funcionamento da subsidiariedade do art. 152.º face a outros tipos legais de crime, as penas acessórias aí prevenidas se continuem a aplicar. Os fundamentos de culpa e de prevenção são os mesmos e as medidas acessórias em questão constituem um instrumento de enorme valia⁸⁰ na luta contra a reincidência e na reorganização da vida do ofendido.

2. Bem jurídico

Essencial para uma melhor apreensão do que sejam «maus tratos físicos ou psíquicos» é a identificação do *bem jurídico protegido*, penhor de uma interpretação teleologicamente orientada. Aqui aumentam os escolhos, porquanto difícil será apontar um tipo legal em cuja base se encontre um bem jurídico tão multímodo como o da violência doméstica⁸¹. *Ergo*, entendemos que uma boa parte do trabalho da doutrina e da jurisprudência⁸² deve concentrar-se na busca de um *bem jurídico* suficientemente amplo e operativo.

⁷⁹ PLÁCIDO CONDE FERNANDES, «Violência Doméstica...», pp. 313-314.

⁸⁰ Mesmo que, como bem observa PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal...*, p. 407, quanto à pena acessória de «obrigação de frequência de programas específicos de prevenção da violência doméstica», a mesma enferme de inconstitucionalidade material, atenta a inexistência de limite temporal, ao invés do que sucede com as outras duas constantes do art. 152.º, n.º 4, e da prevista no n.º 6 (cf. art. 29.º, n.º 3, da Constituição).

⁸¹ Como em outros casos, a inserção sistemática do art. 152.º no capítulo atinente aos crimes contra a integridade física, *in casu*, abrange somente uma parte dos comportamentos proibidos.

⁸² Em sentido concordante com a doutrina, *inter alia*, cf. o ac. do STJ, de 30-10-2003, Proc. n.º 3252/03 -5.ª, in: *CJ-STJ*, t. 3, 2003, pp. 208 e ss., no qual se considerou que «O bem jurídico protegido pela incriminação é, em geral, o da *dignidade humana*, e, em particular, o da saúde, que abrange o bem estar físico, psíquico e mental» (nosso itálico). *Vide*, ainda, o ac. do STJ de 5-11-2008, Proc. n.º 08P2504, MAIA COSTA, citado no ac. do STJ de 6-4-2006,

No nosso modo de ver, o fundamento último das acções e omissões abrangidas pelo tipo reconduz-se ao *asseguramento das condições de livre desenvolvimento da personalidade de um indivíduo no âmbito de uma relação interpessoal próxima, de tipo familiar ou análogo*. Embora mais à frente aponte a saúde como bem jurídico complexo⁸³, em momento anterior da sua anotação, TAIPA DE CARVALHO não nos parece longe deste pensamento, ao delimitar como função do tipo a saúde — é certo —, mas orientada «para o desenvolvimento harmonioso da personalidade»⁸⁴. A assim não ser — i. e., a adoptar-se um entendimento restrito da saúde —, não só ele seria insuficiente como *Oberbegriff* dos factos da vida social que o legislador criminalizou, como estaria autorizada a interpretação segundo a qual quase todos (ou mesmo todos) os crimes contra as pessoas seriam, a final, delitos violadores da saúde ou, ao menos, de uma específica dimensão da saúde. Não é este o sentido que razoavelmente se impõe retirar do preceito do art. 152.º (cf. o art. 9.º, n.º 3, do Código Civil — CC). Talvez esta concepção que temos por menos correcta advenha da hermenêutica do § 225, 1 e 2, do StBG (*Mißhandlung von Schutzbefohlenen*), onde se desenha a saúde como interesse protegido⁸⁵, mas onde se não prevê um tipo legal como o do nosso art. 152.º, embora, em alguns aspectos, dele se aproxime. Contudo, repita-se, as exigências logo ao nível do tipo objectivo daquele inciso germânico são muito diversas das previstas no nosso crime de violência doméstica, o que não admite uma importação do bem jurídico protegido.

Da mesma forma, o bem jurídico que identificámos é uma concretização do direito fundamental da integridade pessoal (art. 25.º da Constituição)⁸⁶,

Proc. n.º 06P1167, SIMAS SANTOS. Cf., por fim, o ac. do TRL de 15-11-2007, Proc. n.º 1587/07-9, MARIA DA LUZ BAPTISTA.

⁸³ Alinhando pelo mesmo diapasão, MARIA MANUELA VALADÃO E SILVEIRA, «Sobre o Crime de Maus Tratos Conjugais», in: *Revista de Direito Penal*, I, 2 (2002), pp. 32-33 e 42, e AUGUSTO SILVA DIAS, *Materiais para o Estudo da Parte Especial do Direito Penal. Crimes contra a Vida e a Integridade Física*, 2.ª ed., Lisboa: AAFDL, 2007, p. 110. Por último, escrevendo à luz da redacção vigente, e entendendo inexistirem razões para a mudança do bem jurídico identificado, PLÁCIDO CONDE FERNANDES, «Violência Doméstica...», p. 305, embora se refira à dignidade da pessoa humana e à garantia contra «tratos cruéis, degradantes ou desumanos». Também JORGE DOS REIS BRAVO, «A Actuação do Ministério Público no Âmbito da Violência Doméstica», in: *RMP*, 102 (2005), p. 66. Antes destes escritos, embora não coincidente *in toto*, RICARDO JORGE BRAGANÇA DE MATOS, «Dos Maus Tratos a Cônjugue...», p. 96.

⁸⁴ «Anotação ao art. 152.º do CP», p. 329 (itálicos acrescentados). Concordante, se bem interpretamos, RICARDO JORGE BRAGANÇA DE MATOS, «Dos Maus Tratos a Cônjugue...», p. 120. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal...*, p. 404, prefere apontar um conglomerado de bens jurídicos. Já o ac. do TRC de 27-6-2007, Proc. n.º 256/05.2GCAVR.C1, GABRIEL CATARINO, advoga estarmos perante «uma pluralidade de bens jurídicos como sejam as ameaças, as coacções, as agressões, as injúrias».

⁸⁵ A título exemplificativo, HARDTUNG, § 225 StGB, in: KLAUS MIEBACH / GÜNTHER M. SANDER, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 3, München: Verlag C. H. Beck, 2003, Rn 20-24, pp. 789-790, e HORN / WOLTERS, § 225 StGB, in: HANS-JOACHIM RUDOLPHI *et al.*, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, II, 7. Auflage, Neuwied: Luchterhand, 2003, Rn 18, pp. 56-57.

⁸⁶ Em sentido próximo, mas referindo-se somente ao art. 25.º da Constituição, *vide* J. F. MOREIRA DAS NEVES, *Violência Doméstica — Bem Jurídico e Boas Práticas*, 2009, pp. 12-14, disponí-

mas também do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 26.º, n.º 1, da Constituição), nas dimensões não recobertas pelo art. 25.º da Lei Fundamental⁸⁷, ambos emanações directas do *princípio da dignidade da pessoa humana*⁸⁸. E encarando ambos os dispositivos constitucionais não somente em uma perspectiva negativa abstencionista *erga omnes*, mas, outrossim, de índole positiva prestacionista face ao Estado⁸⁹, o que importa inconstitucionalidade de formas de infra-protecção quanto à violação do desenvolvimento da personalidade. De tal modo que a sua vulneração ou não é, na hermenêutica que propomos *supra* para o conceito de «maus tratos», a linha divisória entre o delito do art. 152.º e aquela constelação criminosa que com ele estabelece relações do clássico «concurso aparente». A degradação, centrada na pessoa do ofendido, desses valores jurídico-constitucionais deve ser a pergunta operatória no *distinguo* entre o crime de violência doméstica e todos os outros que, por via do até aqui designado «concurso legal», com ele se relacionam.

Se bem interpretamos, não é outro, aliás, o posicionamento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, o qual, em vários arrestos, condenou já alguns dos Estados vinculados pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem, por não terem empreendido as acções necessárias a assegurar um adequado nível de protecção da dignidade de quem vive em relação íntima com outrem⁹⁰.

Para além de nele caberem os vários destinatários da norma, a sua abrangência permite recobrir a integridade física e psíquica, a liberdade, a autodeterminação sexual, entre outros. Em jeito de crítica, dir-se-á que o «livre desenvolvimento da personalidade humana» é, *per se*, finalidade última de todo o Direito Penal, o que tornaria o bem jurídico imprestável. Assim seria se ao mesmo se não juntasse a referência a uma *relação interpessoal* domi-

vel em http://www.verbojuridico.com/doutrina/2009/moreiraneves_violenciadomestica_bemjurídico.pdf. De jeito similar ao texto, AA. VV., *Ousar Vencer. A Violência sobre as Mulheres na Família*, Lisboa: Associação Portuguesa de Mulheres Juristas, 2005, pp. 18-20.

⁸⁷ J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 463.

⁸⁸ JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, pp. 268 e 282.

⁸⁹ Sublinham-no J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 457, e JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, p. 269. Cf., ainda, CRISTINA QUEIROZ, *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*, Coimbra: FDUP e Coimbra Editora, 2002, pp. 96-106. Sobre a ligação entre os direitos fundamentais e os direitos de personalidade, LUÍSA NETO, *O Direito Fundamental à Disposição sobre o Próprio Corpo*, Coimbra: FDUP e Coimbra Editora, 2004, pp. 142-154. A Recomendação Rec (2002) 5, de 30-4-2002, do Comité de Ministros do Conselho da Europa (disponível em <http://www.coe.int>) aponta no sentido interventor dos Estados na prevenção e repressão de actos de violência (ponto II), bem como o ponto 13 da Resolução da Assembleia Geral da ONU n.º 64/141, aprovada em 18-12-2009.

⁹⁰ *Inter alia*, cf. o ac. *Opuz c. Turquia* (Proc. n.º 33401/02), de 9-6-2009, disponível em <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=violence%20%7C%20domestique%20%7C%20dignit%E9&sessionid=54452389&skin=hudoc-fr>, e arrestos aí citados.

nada por vínculos familiares (conjugalidade ou hipóteses análogas, coabitação) ou análogos, neste último designativo se incluindo a previsão da al. c) do n.º 1 do art. 152.º Especiais cuidados se exigirão, na interpretação orientada pelo e para o bem jurídico, na caracterização de uma hipótese como recoberta pela analogia com uma relação de tipo familiar, atenta a específica natureza do Direito Penal. Natureza que, *in casu*, não esbarra no voto absoluto do art. 1.º, n.º 3, visto que as hipóteses típicas estão recobertas pela enumeração taxativa das alíneas do n.º 1 do art. 152.º

Outra virtualidade que identificamos no bem jurídico preconizado consiste em assinalar, *ab initio*, na hermenêutica do tipo, a especial relação⁹¹ que intercede entre o agente e o ofendido, a qual é sempre de *proximidade*, se não física, ao menos *existencial*, ou seja, de partilha (actual ou anterior) de afectos e de confiança em um comportamento não apenas de respeito e abstenção de lesão da esfera jurídica da vítima, mas até de atitude pró-activa, por quanto em várias das hipóteses do art. 152.º são divisáveis deveres legais de garante. Sublinhe-se que dizemos *em várias delas* e não em todas, o que impede que se tenha no núcleo valorativo nodal dos delitos omissivos impróprios⁹² o fundamento para o bem jurídico a identificar no crime de violência relacional íntima.

É essa específica relação entre agressor e agredido que justifica uma relação de subsidiariedade entre as normas convocadas, no sentido de que a especial censura objectiva e subjectiva, em termos de ilicitude e de culpa, respectivamente, justificam que o programa protector seja o mais amplo possível, reservando uma certa punição — a do art. 152.º — como patamar mínimo punitivo conforme às exigências do art. 40.º, n.º 1, patamar esse que se «auto-derroga» por via de outros específicos tipos que exprimem mais severos conteúdos de antinormatividade. Dito de modo breve, é da adição entre essa especial relação de confiança que deve existir entre quem partilha vivências próximas e que torna mais reprovável a conduta do art. 152.º quando comparada com outras constelações típicas similares e a degradação da dignidade da pessoa em que consistem as factualidades abrangidas no tipo que resulta o núcleo fundamentador do delito, justificador do recorte do interesse juridicamente tutelado.

⁹¹ Em sentido próximo, em face dos dispositivos espanhóis, cf., entre uma literatura hoje inabarcável, em especial no que contendem com o âmbito mais lato da «violência de género» (Ley Orgánica n.º 1/2004, de 28-12), entre tantos, ELENA IÑIGO CORROZA, «La Violencia Doméstica en España: el Delito de Malos Tratos en el Seno Familiar», in: *RMP*, 102 (2005), p. 9. Em tom crítico, em especial atenta a elevação das penas e os fenómenos de «vitimização secundária» a que a legislação espanhola nesta área tem dado origem, FELIPE LUIS MELÉNDEZ SÁNCHEZ, «El Agresor como Víctima. A Propósito de la Tolerancia Cero en la Violencia de Género», in: FRANCISCO BUENO ARÚS *et al.* (dir.), *Derecho Penal y Criminología...*, pp. 1253-1259.

⁹² Sobre a matéria, cf. o nosso *As «Posições de Garantia» na Omissão Impura. Em Especial, a sua Conformidade com o Princípio da Determinabilidade Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, *passim*.

B — O tipo à luz do princípio da oficialidade

Assim entendido o bem jurídico protegido, foquemos a nossa atenção sobre a (in)conveniência político-criminal em se ter optado pelo *carácter público do crime* de violência doméstica.

Nesta, como em outras matérias, surpreende-se um distinto *papel propulsor ou promocional do Direito Criminal*⁹³, típico de um entendimento do Estado de Direito na sua feição social. Como é impostergável que a mundividência e a ideologia que se patrocinem impelem o intérprete em um ou em outro sentido, de modo especial quando o Direito intervém em domínios que deveriam ser perpassados pelos afectos e que, ao invés, são tomados pelo crime. Por outras palavras, hoje é inquestionável — e muito bem — que não estamos perante um *Rechtsfreiraum* nas hipóteses em que a violência domina as relações de intimidade entre quem partilha um relacionamento amoroso, independentemente de existir ou não coabitação⁹⁴ ou do sexo daqueles que se relacionam. Exige-se, isso sim, uma certa estabilidade em tal relação interpessoal, que se não presume apenas e tão-só do vínculo formal do casamento (pode não existir comunhão de um projecto de vida, partilha de afectos, mesmo que separados fisicamente um do outro, por motivos profissionais ou outros⁹⁵), mas da existência de uma *proximidade existencial efectiva*. Do mesmo passo, meros namoros passageiros, ocasionais, fortuitos, *flirts*, relações de amizade, não estão recobertas pelo âmbito incriminador do art. 152.º, n.º 1, al. b)⁹⁶. Por outras palavras, sublinhamo-lo de novo, ter-se-á de provar que há uma *relação de confiança entre agente e ofendido*, baseada em fundamentos relacionais mais ou menos sólidos, em que cada um deles é titular de uma «expectativa» em que o outro, por via desse laço, assuma um dever acrescido de respeito e abstenção de condutas lesivas da integridade pessoal do parceiro(a).

O Estado «apropriou-se do conflito», para usar a expressão consagrada de NILS CHRISTIE⁹⁷, e transformou-o em *crime público*, obrigando a vítima⁹⁸ a um processo judicial que, afora a solução de consenso e oportunidade pre-

⁹³ Sobre esta função, em especial a sua aplicação aos delitos omissivos impuros — aqui também configuráveis —, *vide*, entre tantos, o nosso *As «Posições de Garantia»...*, pp. 115, ss.

⁹⁴ No mesmo sentido do patrocinado pelo nosso CP, cf. o art. 148, 4, do CP espanhol (enquadrado no capítulo sobre «as lesões»), assim como o art. 153, n.º 1.

⁹⁵ É configurável, p. ex., que, por telefone ou outro meio de comunicação à distância, o cônjuge, emigrado em outro país, injurie e ameace a mulher, de tal modo que esses actos constituam maus tratos para efeitos do art. 152.º, n.º 1.

⁹⁶ Já CATARINA SÁ GOMES, *O Crime de Maus Tratos...*, pp. 62-63, e, mais recentemente, PLÁCIDO CONDE FERNANDES, «Violência Doméstica...», p. 310.

⁹⁷ «Conflicts as Property», in: *BJC*, 17, 1 (1977), pp. 1-15.

⁹⁸ Usamos o conceito com a abrangência proposta pelo Conselho da Europa, na sua Recomendação Rec (2006) 8, de 14-6-2006 (ponto 1.1.) — acessível em <http://www.coe.int>: «toda a pessoa singular que sofreu um dano, aí compreendido um atentado à sua integridade física ou mental, um dano moral ou um prejuízo económico, causado por acções ou omissões violadores do Direito Penal de um Estado-membro (...).» É esta, praticamente, também, a noção decalcada pelo legislador pátrio no art. 2.º, al. a), da Lei n.º 112/2009, de 16-9.

venida no art. 281.º, n.º 6, do CPP, havendo indícios para tal, desembocará em julgamento. Esta opção leva ínsito um dado entendimento do modo como a comunidade encara este crime: não já como um «assunto privado», um «problema de família», mas sim como uma realidade que afecta a estrutura social no seu conjunto. Mais ainda, é seguro que a evolução legislativa do delito⁹⁹, à luz do princípio da oficialidade, de crime público (na versão originária do Código), para semi-público (em 1995), depois «semi-público mitigado» (1998), para, desde alteração de 2000, voltar ao carácter público, é reflexo da legítima pressão exercida por alguns sectores sociais.

Apesar de ser a opção legislativa vigente, não a temos como a melhor em termos do sempre complexo equilíbrio entre a punição de comportamentos inaceitáveis no interior de relações de conjugalidade ou análogas e o respeito pela *autonomia de vontade do ofendido*¹⁰⁰. Detectamos algum *paternalismo estatal* sob o manto respeitável da tutela dos direitos das vítimas, aqui na sua maioria mulheres, tudo em linha com um modelo que tem alçado a vítima ao «pedestal judicial», na expressão de FAGET e para cujos excessos temos chamado a atenção¹⁰¹. O modelo adoptado em 1998 (art. 152.º, n.º 2, 2.ª parte), através do qual se mantinha a natureza semi-pública do crime, mas se atribuía a faculdade de o MP dar início ao processo penal quando o interesse da vítima o determinasse, mantendo, contudo, o ofendido o poder de se opor ao prosseguimento do procedimento criminal¹⁰², o que, por necessidades de operacionalização do processo, seria exercitável até à dedução da acusação, surge-nos como uma melhor concordância prática dos interesses em presença. Experimentamos sérias dificuldades em entender qual o desiderato estatal em fazer prosseguir o processo até julgamento *contra a vontade do titular do bem jurídico violado*.

Todavia, deixar a concretização prática do que seja o «interesse da vítima» (art. 152.º, n.º 2, 2.ª parte, da redacção de 1998) ao MP¹⁰³ não é,

⁹⁹ Para a história do crime em estudo, cf. TERESA PIZARRO BELEZA, *Maus Tratos Conjugais...*, pp. 25-39, e *Mulheres, Direito, Crime ou a Perplexidade de Cassandra*, Lisboa: AAFDL, 1993, pp. 363-375, e CATARINA SÁ GOMES, *O Crime de Maus Tratos...*, pp. 11-26.

¹⁰⁰ Também crítico do actual regime, J. F. MOREIRA DAS NEVES, *Violência Doméstica — um Problema sem Fronteiras*, 2000, pp. 12-13, disponível em <http://www.verbojuridico.com/doutrina/familia/violenciadomestica.html>. Mais longe, julgando tratar-se, até, do sentido mais conforme ao art. 8.º, n.º 2, *in fine*, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, CATARINA SÁ GOMES, *O Crime de Maus Tratos...*, p. 46. Escrevendo à luz da redacção do CP de 1998, TAIPA DE CARVALHO, «Anotação ao art. 152.º do CP», p. 337, entendia estarmos perante «uma solução de compromisso».

¹⁰¹ Vejam-se os nossos *A Mediação Penal de Adultos: Um Novo «Paradigma» de Justiça? Análise Crítica da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, *passim*, e «Justiça Prêt-à-Porter? Alternatividade e Complementaridade da Mediação Penal à Luz das Finalidades do Sancionamento», in: *RMP*, 117 (2009), pp. 85-126.

¹⁰² Nas acertadas palavras de TAIPA DE CARVALHO («Anotação ao art. 152.º do CP», p. 338), a queixa não era «condição de procedibilidade», mas a «prosseguiabilidade do procedimento criminal» dependia da não-oposição do ofendido. Sobre as distintas figuras, do mesmo autor, *Sucessão de Leis Penais*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1997, pp. 301-305.

¹⁰³ Idênticas dificuldades se experimentavam nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual que tivessem por vítimas menores de 12 anos, em que se consagrava um regime «semi-

ainda, a solução que consideramos mais equilibrada, desde logo pelo ónus que faz impender sobre aquele órgão de administração da justiça. *De iure condendo*, diríamos que o crime se manteria público, *mas com a possibilidade de o ofendido se opor ao prosseguimento do processo penal, desde que o declarasse antes da dedução do libelo acusatório*. Tal não importaria, contudo, que se criasse uma quarta modalidade de delitos à luz do princípio da oficialidade¹⁰⁴, mas apenas que se admitisse expressamente neste tipo legal que existem razões ponderosas (como aquelas que vimos de defender) no sentido de estarmos perante uma sub-modalidade de crimes públicos (designá-la-emos por *delitos públicos atípicos ou especiais*). Aliás, nem sequer se trataria de uma novidade no nosso ordenamento jurídico. Por certo com muito diversas justificações, já no art. 328.º, n.º 3, do CP admite que o ofendido se opõa à prosseguibilidade criminal¹⁰⁵.

A vantagem sobre a solução vigente em 1998 seria a de manter a faculdade de o MP dar início ao processo penal com a *notitia criminis* (art. 262.º, n.º 2, do CPP), assim se maximizando os meios de conhecimento da eventual prática criminosa, mas sem coarctar a voz ao principal interessado na continuação ou não dos termos do processo — o ofendido —, até a um momento processual que se tem por adequado. A partir daí, o ofendido decidiria se (preenchidos os demais requisitos) consideraria melhor para si o recurso à figura de *diversion* do art. 281.º, n.º 6, do CPP, o encerramento do inquérito e os demais trâmites da marcha processual, ou a oposição ao prosseguimento. Repare-se que se não trataria de uma qualquer desistência de queixa¹⁰⁶ — típica dos crimes semi-públicos e particulares *stricto sensu* —, mas de uma figura processual que, reconhecendo o *carácter dual* do bem jurídico (portador de um interesse comunitário e, ao mesmo tempo, individual), atribuísse efeitos jurídicos à oposição à prosseguibilidade penal. Obviamente que no que tange às pessoas indicadas na al. d) do n.º 1 do art. 152.º, atenta a sua especial situação de fragilidade (pensamos sobretudo na idade, deficiência ou doença), em última análise caberia ao representante legal a decisão de se opor ou não, o que acautelaria os interesses

público atípico», em termos do princípio da oficialidade, «se especiais razões de interesse público o impuse[ssem]» (art. 178.º, n.º 2, do CP, na redacção do Decreto-Lei n.º 48/95, de 15-3), embora aí se não previsse, como na redacção do art. 152.º, n.º 2, do CP, dada pela Lei n.º 65/98, de 2-9, que o ofendido se pudesse opor à prossecução processual. O mesmo se diga em face do art. 178.º, n.º 4, do CP, na redacção da Lei n.º 99/2001, de 25-8 («interesse da vítima»).

¹⁰⁴ Não se teria de alterar o art. 48.º do CPP, porquanto o MP continuaria a estar dotado de «legitimidade para promover o processo penal». O que haveria, isso sim, era uma superveniente manifestação de vontade do ofendido que importaria que, a partir daí, falecesse tal legitimidade.

¹⁰⁵ Por todos, sobre esta «estranha condição de prosseguibilidade», concordando-se em absoluto com as críticas aí apontadas, cf. PEDRO CAEIRO, «Anotação ao art. 328.º do CP», in: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense...*, t. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 229-231.

¹⁰⁶ Pelo que o art. 51.º do CPP se manteria incólume, assim como o art. 116.º do CP.

dessa classe de ofendidos, reservando-lhes uma instância decisora que, *in casu*, ajuizaria. Já no que tange às hipóteses prevenidas nos actuais n.ºs 2 e 3, na primeira delas porquanto há um terceiro interesse a ser levado à balança de ponderações — o do menor — e, no n.º 3, dado tratar-se de crimes agravados pelo evento, a natureza pública *tout court* dos crimes manter-se-ia.

Proporíamos, assim, a seguinte redacção, a constituir o n.º 2, do art. 152.º, com a consequente renumeração: «2 — Nos casos previstos nas alíneas a) a c) do número anterior, o ofendido pode opor-se ao prosseguimento do processo desde que o declare antes de ser deduzida acusação».

Neste ponto opor-se-á que o interesse tutelado é, ele mesmo, *exclusivamente* de natureza pública. Mas aí, por paradoxal, tal importa que se erija em bem jurídico a protecção da família ou de núcleos similares de convivência humana¹⁰⁷, ou seja, que se patrocine uma visão «institucionalista» do bem a tutelar. Ora, isto é aquilo que os defensores do carácter público do crime menos desejam, rotulando de ultrapassadas — e bem — as perspectivas que divisam aqui um interesse com alguma rarefacção familiar¹⁰⁸, na medida em que, a assim acontecer, amiúde se cairia no anacrónico «poder-dever de moderada correcção»¹⁰⁹. Donde, patrocinando — como o fazemos — uma perspectiva *também* individualista do bem jurídico (que em nada bole com o facto de o associarmos à dignidade da pessoa humana, visto que esta não pode ser somente perspectivada em dimensão comunitarista, mas também individual, étimo último da humanidade), por decorrência lógica o entendemos mais consentâneo com a respectiva classificação, de *iure condendo*, como *crime público mitigado ou atípico*. Fazemo-lo somente para as als. a) a c), do n.º 1, do art. 152.º, uma vez que a al. d), pela própria natureza das pessoas protegidas, aconselha a que se mantenha o actual *status quo*.

Com a proposta vinda de gizar, manter-se-ia um certo efeito preventivo-geral decorrente da instauração de um processo penal e da contribuição para que a comunidade sinalize a violência doméstica como um verdadeiro crime, a par de um efeito especial-preventivo sobre o agente. Este último, mesmo que o ofendido se opusesse à prosseguibilidade, sentiria o processo como um factor motivador para — nas hipóteses em que o ofendido não pretenda, mesmo assim, cessar a relação próxima que com ele mantém — não reincidir na conduta.

Não nos convence o axioma de que todas as manifestações de vontade em se opor à prosseguibilidade serão sempre condicionadas pelo medo da

¹⁰⁷ Algo que, ao menos a avaliar pela inserção sistemática nos «crimes contra a assistência familiar», resulta do art. 572 do Código Penal italiano (*Maltrattamenti in famiglia o verso familiulli*).

¹⁰⁸ É aliás este o sentido das recomendações de instituições internacionais como o Conselho da Europa (ponto 34 do anexo à Recomendação Rec (2002) 5, de 30-4-2002).

¹⁰⁹ Neste particular, é altamente criticável que a punição correspondente na legislação italiana presuponha que se está perante um «abuso dos meios de correcção ou de disciplina» — cf. a leitura conjugada dos arts. 571 e 572, do Código Penal daquele Estado.

reacção do arguido. Também é certo que a realidade nos diz que tal sucede em vários casos, todavia, o essencial nessas hipóteses passaria por o magistrado do MP se assegurar de que tal vontade é «livre e esclarecida», como já tem de fazer no âmbito da suspensão provisória do processo (art. 281.º, n.º 6, do CPP).

Assiste-se, na matéria da violência doméstica, em algumas das opções legislativas na construção do *modus aedificandi criminis*, a que a tutela penal se converta em uma espécie de «bandeira» da luta — em que todos estamos empenhados — contra este flagelo. Uma «bandeira» nociva, por dotada, *natura propria*, de um arsenal punitivo apto a conduzir a fenómenos de *vitimização secundária*¹¹⁰, auxiliado por um funcionamento processual «pesado» e escrutinador. De jeito curto: qual o sentido político-criminal de vedar a oposição à prosseguibilidade criminal, v. g., a uma mulher que foi vítima de maus tratos pelo seu companheiro e que, no decurso do processo, com ele se reconcilia, dizendo de modo claro — e imagine-se que até documentado por perícia psicológica que junta — que a sujeição ao processo penal até ali é já suficiente e que, a prosseguir, isso a lesará ainda mais? Sabe-se que as relações íntimas constituem emaranhados inextricáveis de emoções em que, por vezes, amor e ódio são realidades interpenetradas, como, entre outros, o sustenta LUHMANN¹¹¹. Será curial exigir-se que se realize o julgamento em que o ofendido se recuse a depor (art. 134.º do CPP) ou, mesmo não se recusando, responda de modo evasivo, o mesmo sucedendo com outros conviventes do agregado familiar, o que importará a absolvição do arguido? Objectar-se-á que, mesmo aí, a comunidade terá ganho uma espécie de reafirmação duplamente simbólica da norma¹¹². Pergunta-se: *na prática*, que vantagens efectivas daí resultam? E à custa de que processos de vitimização secundária, não apenas do ofendido, mas também de outras pessoas próximas do núcleo do facto em juízo?

¹¹⁰ «Entende-se por vitimização secundária aquela que não resulta directamente da conduta criminosa, mas da resposta dada à vítima pelas instituições e pelos indivíduos» — ponto 1.3. da Recomendação Rec (2006) 8, de 14-6-2006, do Comité de Ministros do Conselho da Europa, disponível em <http://www.coe.int>. A Lei n.º 112/2009, de 16-9, tem como critério estruturante que a intervenção no domínio da violência doméstica acautele a vitimização secundária (art. 22.º).

¹¹¹ NIKLAS LUHMANN, *O Amor como Paixão*, Lisboa: Difel, 1991, pp. 87-88. Não se estranhará a concepção deste autor, atenta a teoria sistémica de que parte e em que as relações entre *inputs* e *outputs*, em um ambiente com o qual se (inter)age, comportam *feedbacks* positivos ou negativos que, num dado momento, impelem o sistema à evolução, involução ou destruição.

¹¹² Como já escrevemos em outro local («Ambiente e Direito Penal entre o Símbolo e a Eficácia — do Simbolismo Eficiente ao Eficientismo Simbólico», in: *Tribuna — Jornal da Associação de Estudantes da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 26 (2010), p. 11), (...) fazer da norma criminal uma simples *bandeira* de valores protegidos pela Constituição que se desfralda mesmo conhecendo a sua ineficácia é (...) violar a Lei Fundamental e obnubilar a magna função de qualquer ramo de Direito: resolver *problemas concretos* da vida quotidiana. A proporcionalidade inscrita no art. 18.º, n.º 2, da Constituição e, ao que julgamos, de jeito mais lato, o princípio do Estado de Direito *per se* considerado, depõem, entre outros argumentos, no sentido da inconstitucionalidade».

O *empowerment* da vítima, que poderíamos traduzir por «restituição da relação de forças anterior», tem sido destacado na Criminologia como um dos principais desideratos da intervenção holística — que não só penal — sobre a violência relacional íntima. Um estudo realizado em finais da década de 90 do século passado, no Québec (Canadá)¹¹³, utilizando métodos qualitativos de análise de entrevistas de mulheres vítimas dos crimes em análise, concluiu que se é verdade que o processo criminal em si é já um sinal de *empowerment*, também o será qualquer outra intervenção processual da ofendida, desde logo a vontade de não prosseguibilidade. E que tal deve ser respeitado, na medida em que as estratégias de voltar a «ganhar o senhorio (*mastery*) sobre os seus assuntos»¹¹⁴ pode passar por condutas desse tipo. Mais se conclui que esse processo de «voltar a ganhar o poder» depende, em larga medida, do apoio emocional, da informação sobre as formas e o ciclo da violência, e das acções concretas de apoio e acompanhamento.

Em uma diversa ordem de considerações, sustentar a natureza pública atípica do crime do art. 152.º, n.º 1, als. a) a c), traria ainda, ao que cremos, ganhos em sede de congruência sistemática. Na verdade, o art. 12.º da Lei n.º 61/91, de 13 de Agosto, ao dotar de legitimidade processual as «associações de mulheres que persigam fins de defesa e protecção das mulheres vítimas de crimes», mas apenas «mediante a apresentação de declaração subscrita por aquela [pela ofendida] nesse sentido», concede à vítima a última palavra em sede desta legitimidade extraordinária, prova de que o legislador não foi de todo em todo «surdo» quanto à vontade da real ofendida. E veja-se que a norma é contemporânea de uma época, tal como a actual, em que a factualidade hoje recolhida no art. 152.º constituía delito público (então art. 153.º, n.º 3), motivo pelo qual é ininvocável qualquer revogação tácita do preceito. Do mesmo modo que o art. 7.º da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro, consagra o princípio da autonomia da vontade da vítima como eixo-rector de qualquer intervenção.

Por fim, é forçoso sublinhar que a posição assumida é tributária do modo como se encara a intervenção penal em geral e, de jeito particular, no âmbito das relações de intimidade, em que, sendo certo que o indivíduo não desonera o Estado de o proteger (inclusive através de instrumentos criminais), se nos afigura exacto ser este, *par excellence*, um domínio em que a vontade real do ofendido deve ser respeitada, até por imperativos decorrentes do Estado

¹¹³ DOMINIQUE DAMANT *et al.*, «Analyse du Processus d'*Empowerment* dans des Trajectoires de Femmes Victimes de Violence Conjugale à Travers le Système Judiciaire», in: *Criminologie*, 33, 1 (2000), pp. 73-95.

¹¹⁴ Traduzimos uma parte da noção mais consensual de *empowerment*, da autoria de RAPPAPORT. São identificáveis quatro elementos do conceito: o ganho de poder, a *autodeterminação* do processo (para que apelamos, em especial, no texto), o seu carácter essencialmente de acção e o seu jaez multidimensional, só comprehensível se atentarmos em aspectos objectivos e subjectivos (de novo relevantes para a opinião expressa em texto) — cf. DOMINIQUE DAMANT *et al.*, «Analyse du Processus d'*Empowerment*...», pp. 78-82, onde também são explicitados os principais modelos do conceito (tecnocrático, ecológico e estrutural).

de Direito democrático. Objectar-se-á tratar-se esta de uma concepção hiper-liberal; ao invés, vemo-la como uma *relatio* de respeito mútuo entre o indivíduo e a dimensão comunitarista que impregna a intervenção criminal, na certeza de que o nosso ramo de Direito não pode arvorar-se em agente totalitário, dirigista e omnipresente em círculos dominados por intensos espaços de sub-jectividade.

C — Outras considerações processuais penais

Dissemos *supra* que não nos centraríamos, ao menos *ex professo*, sobre as implicações adjectivas do crime em estudo¹¹⁵. Contudo, gostaríamos de ressaltar algumas medidas deste ramo de Direito que temos por muito importantes na abordagem holística que defendemos para a violência relacional íntima.

1. A medida de coacção processual de afastamento da residência

Esta medida¹¹⁶, prevista no art. 16.º, n.º 1, da Lei n.º 61/91, de 13-8, era, para nós, inconstitucional, na medida em que configurava ainda um resquício da velha categoria dos «crimes incaucionáveis», esconjurada pelo actual CPP. De facto, o elemento literal daquela disposição não consente dúvidas quanto à obrigatoriedade de o juiz aplicar a medida de coacção de «afastamento da residência» nas hipóteses aí prevenidas. Inexistem, à luz do ordenamento jusconstitucional português, medidas de recorte endoprocessual especificamente destinadas a certo tipo legal de crime (o mesmo se não diga quanto a dadas categorias de delitos indicadas em termos mais ou menos abstratos pelo limiar da moldura penal abstracta ou pela caracterização como crimes dolosos).

Para além da inconstitucionalidade detectada, por via do art. 31.º da Lei n.º 112/2009, de 16-9, o legislador operou uma revogação tácita (art. 7.º, n.º 2, do CC), porquanto regulou o mesmo segmento da realidade social, agora de jeito conforme à Lei Fundamental, como veremos.

Embora não já no terreno do Processo Penal, mas sim das consequências jurídicas do crime, no que tange o n.º 2, do art. 16.º, da Lei n.º 61/91, ele é redundante, visto que toda a pena de suspensão da execução da pena privativa de liberdade implica, como condição geral, a não comissão criminosa durante o prazo suspensivo (do mesmo ou de outros delitos).

¹¹⁵ Para o efeito, PLÁCIDO CONDE FERNANDES, «Violência Doméstica», pp. 319-334.

¹¹⁶ Enquadrando-se a violência doméstica na «criminalidade violenta» (art. 1.º, al. *j*), do CPP, é-lhe aplicável o regime da prisão preventiva a que alude o art. 202.º, n.º 1, al. *b*), do mesmo Código. Sobre a medida coactiva em texto, chegaram a levantar-se dúvidas — infundadas — quanto à sua inconstitucionalidade (cf. a Circular da PGR n.º 2/98, de 10-2, acessível em <http://www.pgr.pt>). Sobre a aplicação da medida em texto, com interesse, o ac. do TRL de 9-5-2006, RICARDO CARDOSO, in: *CJ*, XXXI (2006), III, p. 131.

2. A Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro

O diploma epigrafado veio estabelecer «o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à protecção e à assistência das suas vítimas» (art. 1.º)¹¹⁷, introduzindo algumas disposições que aqui suscitam breves comentários.

2.1. O «estatuto da vítima»

Antes de mais, de jeito inovador no nosso ordenamento jurídico, há uma cristalização processual do «estatuto da vítima» (art. 14.º), através da entrega de um «documento comprovativo do referido estatuto, que compreende os deveres estabelecidos na presente lei». Para além das clássicas distinções entre lesado, ofendido e assistente, temos agora a *vítima* alçada a figura processual, sem que seja exacta a sua configuração como sujeito ou participante, porventura se tratando de um estádio intermédio entre um ofendido e um assistente, o que, do prisma dogmático, levanta engulhos. Dir-se-á, todavia, que se trata de uma figura funcionalizada à «armadura» de direitos vertidos na Lei n.º 112/2009 e nada mais que isso. Mas, se assim for, então que vantagens derivam dessa constituição do «estatuto de vítima»? O ofendido já deles não poderia usufruir? Julgamos que sim.

2.2. O regime da detenção

O art. 20.º visa garantir «um nível adequado de protecção à vítima (...) [e outras pessoas] sempre que as autoridades competentes considerem que existe uma ameaça séria de actos de vingança ou fortes indícios de que essa privacidade pode ser grave e intencionalmente perturbada» (n.º 1). Supomos que as «autoridades competentes» são não apenas as autoridades judiciárias, mas também os OPC, atenta a situação de urgência que pode estar em causa. Apesar de se compreender a boa intenção imanente à norma, ela padece de um défice de densificação por via dos conceitos indeterminados que a pulverizam e, sobretudo, da não identificação das medidas protectoras, mau grado o que se dirá já de seguida. Fazemos votos para que a anunciada revisão do Decreto Regulamentar n.º 1/2006, de 25-1 (art. 81.º, n.º 1) lance alguma luz sobre a matéria.

Já se escreveu que as alterações introduzidas em 2007 em matéria de detenção em flagrante delito e fora dele (art. 257.º, n.º 1, do CPP) e, no caso da primeira, a sua articulação com o processo sumário (art. 385.º, n.º 1, do mesmo Código), foram desastrosas em sede de violência doméstica, ao só preverem a probabilidade de apresentação perante autoridade judiciária como

¹¹⁷ A Lei n.º 104/2009, de 14-9, aprovou o regime da concessão de indemnização às vítimas de crimes violentos e de violência doméstica.

factor decisório na manutenção ou não dessa medida cautelar e de polícia¹¹⁸. E o perigo de continuação da actividade criminosa? É certo que as situações mais ostensivamente graves importarão que se aplique prisão preventiva, mas afora esta (de *extrema ratio*, como cada vez mais é configurada), há toda uma panóplia de situações que importariam reforçar-se a detenção, sob pena de mal o OPC abandone o local, a violência doméstica continuar, em geral em efeito de escalada¹¹⁹.

Ora, porventura reconhecendo o carácter certeiro destas observações críticas, o art. 30.º da Lei n.º 112/2009 previu um *regime especial de detenção em flagrante delito e fora dele*, muito mais defensor das vítimas de violência doméstica do que de outros crimes que também o mereceriam, sempre orientado pela imperatividade em afastar o agressor da vítima e de impedir a repetição criminosa. Só assim se comprehende a ampla competência atribuída aos OPC (n.º 3 do art. 30.º).

2.3. Ainda as medidas de coacção processual

No que lhes toca, na violência doméstica elas podem revestir particular acuidade. O Estado só cumpre o dever positivo de salvaguardar a integridade pessoal do ofendido quando faz cessar a oportunidade favorável à continuação da actividade criminosa, quase sempre exacerbada quando o agente sabe que contra si foi movido processo penal e se mantém a convivência com o ofendido. Em tais casos, inaplicar a descrita medida coactiva é o mesmo que afastar por momentos o lobo do cordeiro, advertindo o primeiro de que não deve violentar o segundo, para depois os abandonar, juntos, no mesmo covil.

Na Alemanha, a *Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen (GewSchG)*, de 11-12-2001 (em vigor desde 1-1-2002), estabeleceu, no seu § 1, 1, a possibilidade de o juiz proibir o agente de voltar ao local de residência do ofendido, de permanecer na vizinhança desse lugar, de frequentar locais onde o ofendido se desloca regularmente, de por qualquer outro modo contactar ou se aproximar da vítima (*Schutzanordnung*). Acresce a faculdade de o ofendido pedir ao juiz que decrete que, enquanto decorre o processo judicial, o direito a habitar a residência comum seja somente conferido ao ofendido, em regra durante seis meses, passíveis de prorrogação por igual período de tempo (§ 2, 1 e 2). O uso de meios de monitorização electrónica é previsto nesta lei. A violação dessas decisões judiciais constitui crime punível com prisão até um ano ou multa (§ 4).

¹¹⁸ Salienta-o PLÁCIDO CONDE FERNANDES, «Violência Doméstica...», pp. 328-334.

¹¹⁹ Sobre este efeito, com dados empíricos provenientes de um estudo desenvolvido em Montreal (Canadá), em 1993, cf. SONIA GAUTHIER / DANIELLE LABERGE, «Entre les Atteintes Face à la Judiciarisation et l'Issue des Procédures: Réflexion à Partir d'une Étude sur le Traitement Judiciaire des Causes de Violence Conjugale», in: *Criminologie*, 33, 2 (2000), pp. 31-53.

Voltando ao nosso regime, o art. 31.º inova ao apelidar tais medidas coactivas de «urgentes», o que significa que as nele previstas têm uma natureza algo diversa das constantes do CPP. Nestas, são fundamentalmente objectivos endoprocessuais que se almejam, sem prejuízo de a continuação da actividade delitual ser um dos requisitos gerais da sua aplicação (art. 204.º, al. c), do CPP). Porém, na violência doméstica, o essencial é fazer cessar a situação de perigo em que se encontra a vítima, por se entender que, amiúde, o facto indiciado comporta um elevado potencial reincidente. Donde, em caso de violência relacional íntima traduzida, como tem de ser, em maus tratos, parece bastar uma prova *perfunctória* quanto ao «perigo de continuação da actividade criminosa». Note-se, ainda, que o legislador, por intermédio desta norma, elegeu uma das *condiciones sine qua non* para a aplicação de qualquer medida de coacção (à excepção do termo de identidade e residência): a da primeira parte da al. c), do art. 204.º do CPP. Do despacho que determine essa medida de coacção deve constar a referência aos aspectos de que este último inciso faz depender a sua aplicação: a natureza do crime (aqui, na verdade, o legislador entendeu que, sempre que indiciado o delito p. e p. pelo art. 152.º, este requisito tem-se por preenchido), as respectivas circunstâncias ou a personalidade do agente.

Compreende-se a *ratio legis* do art. 31.º da Lei n.º 112/2009 e se, *prima facie*, nos assaltam dúvidas de conformidade à Lei Fundamental, por este dispositivo nos trazer à lembrança os «crimes incaucionáveis», essas interrogações dissipam-se ao verificarmos que a norma apenas introduz um dever funcional de o juiz *ponderar* uma ou mais das medidas dele constantes, inexistindo qualquer obrigação legal de, efectivamente, a determinar. Aliás, o legislador teve o cuidado de clarificar que nenhuma das «medidas de coacção urgentes» prevalece sobre as medidas de coacção processual gerais. Ainda em confronto com o direito fundamental de propriedade privada (art. 62.º da Constituição), visto do prisma do agente, é operada uma adequada «concordância prática», *maxime* na al. c) do n.º 1 do art. 31.º, porquanto esta medida, por natureza provisória, nem sequer é apta a fazer cessar o direito de propriedade, mas somente a limitá-lo de jeito momentâneo e proporcionado (art. 18.º, n.º 2, da *norma normarum*).

Seja por via do cumprimento das regras de conduta fixadas no domínio da suspensão da execução da pena privativa de liberdade (art. 52.º), seja das injunções impostas ao abrigo do art. 281.º, n.º 6, do CPP, seja, por fim, do catálogo aberto de medidas de coacção urgentes que vimos de analisar, o legislador promove a aplicação de meios técnicos de controlo à distância (arts. 35.º e 36.º, da Lei n.º 112/2009), ainda em fase experimental, conforme notícia *supra*.

2.4. O «encontro restaurativo»

Por fim, a norma do art. 39.º da Lei n.º 112/2009 representa uma *inovação* e mesmo uma *derrogação* (não uma ab-rogação, note-se) do regime geral

prevenido na Lei n.º 21/2007, de 12-6, para a *mediação penal* de adultos. Tendo de entender-se como norma especial em face do regime-regra, ainda por cima posterior no tempo, começa por se admitir o recurso a este meio de resolução alternativa de litígios (RAL) quanto a um *crime público* como o é o previsto no art. 152.º, quando o art. 2.º, n.º 1, da Lei n.º 21/2007 limita esse mecanismo aos crimes particulares *lato sensu*. O «encontro restaurativo», *hoc sensu*, a mediação penal, como seria mais correcto designá-lo, até por coeरênciа com o diploma que deu cumprimento à Decisão Quadro 2001/220/JAI do Conselho, de 15-3-2001, pode intervir em fase de «cumprimento da pena», o que também é novo, porquanto o art. 3.º, n.º 1, da Lei n.º 21/2007 limitou esta forma de RAL à fase de inquérito e somente quanto a um conjunto de delitos (art. 2.º). Acresce que, por via das exclusões do art. 2.º, n.º 3, da Lei n.º 21/2007, sempre que a violência doméstica do art. 152.º, n.º 1, incluir «ofensas sexuais», não se poderá lançar mão desta modalidade de mediação penal, sob pena de se violar a al. b) do n.º 3 do art. 2.º da Lei n.º 21/2007. Do mesmo passo, se o ofendido for menor de 16 anos (al. d)), o que é configurável nas hipóteses da al. d) do n.º 1 do art. 152.º do Código Penal (e eventualmente da al. c), e já não quanto às outras alíneas em face da idade núbil), existe um voto ao recurso ao «encontro restaurativo».

O modo como o mesmo se processará — o que não deverá ser muito diverso do regime-regra previsto na citada Lei e nos diplomas complementares¹²⁰ —, mas, sobretudo, as *consequências jurídicas* que daí advirão permanecem um mistério enquanto a anunciada regulamentação não for publicada. Ao menos o essencial dessas consequências deveria constar da Lei n.º 112/2009 e não ser remetido para sede regulamentar. Do prisma constitucional, entendemos levantarem-se dificuldades se se vier a prever, por exemplo, que do «encontro restaurativo» resulte um acordo que substitua aquele que já tenha sido alcançado por via do art. 281.º do CPP. Aliás, também do prisma processual penal esse resultado seria ilegal se e na medida em que se não adscressem a tal acordo posteriormente obtido as exigências de concordância dos sujeitos processuais e os mecanismos de fiscalização e controlo do instituto da suspensão provisória do processo. O mesmo é dizer que, mau grado a redacção deficiente do art. 39.º da Lei em estudo, deve entender-se que só se recorrerá ao «encontro restaurativo» na fase em que se busca um acordo quanto às injunções e regras de conduta e não já na fase do seu cumprimento. Mesmo do prisma literal, a distinção feita quanto ao específico momento de «durante o cumprimento da pena» depõe nessa direcção. Neste outro ínterim, consagra-se em Portugal, por via de uma lei avulsa e somente para um específico tipo legal, a dita «mediação pós-sentencial», novidade no regime de adultos, *ab initio* criticável por não ter o mínimo rastro no diploma geral sobre a matéria — a Lei n.º 21/2007. Mais grave ainda, repita-se, é inexistir, para já, qualquer previsão sobre as suas consequências

¹²⁰ Portarias n.ºs 68-A a C/2008, de 22-1, e 732/2009, de 8-7.

jurídicas. Será que a mediação nessas hipóteses vai funcionar como um simples momento de catarse? A restauração da paz social alcança-se dessa forma, ou somente uma paz individual? E se, ao invés, como será mais congruente, se previrem verdadeiras consequências processuais, como se articulam elas com instrumentos como o Código Penal e o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade?

Os objectivos desta mediação especial («restaurar a paz social») são mais restritos que os proclamadas nos arts. 3.º, n.º 1, e 4.º, n.º 1, da Lei n.º 21/2007, o que, quanto à figura do art. 281.º do CPP, em nada se justifica, principalmente para quem entenda, como nós, que o actual modelo vertido na Lei de Mediação Penal se aproxima mais, na prática, da suspensão provisória do processo que da desistência de queixa¹²¹. Aliás, a expressa admissão legislativa desta forma de RAL em um outro afloramento do princípio da oportunidade como é a suspensão provisória do processo, milita no sentido que vimos defendendo.

O mérito que, todavia, se pode divisar no art. 39.º da Lei n.º 112/2009, contende com a resolução, em sentido afirmativo, de uma das magnas questões em sede da mediação como modo de *restorative justice*, ou seja, a vantagem ou inconveniente do seu uso na violência doméstica. A literatura sobre a matéria é abundante¹²² e existem já alguns estudos empíricos. Os maiores óbices que se vêm apontando consistem na redução de uma certa «carga simbólica» adviniente desta forma divertida de solver um conflito penal, enviando uma mensagem à sociedade de que não estaríamos perante um verdadeiro crime. Trata-se de um argumento reversível sem dificuldades de maior: ou se assume a mediação como uma *verdadeira forma* de pôr termo a um litígio ou não se o faz. Decidido — como está — que ela é uma modalidade apta para o conseguir, falece essa linha argumentativa. Outro dos principais obstáculos — esse sim, mais ponderoso — diz respeito às dúvidas quanto às condições de segurança em que decorra(m) o(s) encontro(s) restaurativo(s), que o art. 39.º da Lei n.º 112/2009 leva em conta. A este acrescem os maiores inconvenientes, no crime de violência doméstica, em se reunirem as condições para encontros cara-a-cara. É certo que o contacto indirecto, através de mediador (*cactus*), é um expediente conhecido, porém, muitas vezes, a plenitude das finalidades da mediação só se alcança com um contacto directo entre ofensor e ofendido.

Pronunciámo-nos, em outro local¹²³, sobre a vantagem da não abrangência de crimes públicos no regime da mediação penal de adultos, embora logo tivéssemos tido o cuidado de escrever que «as nossas reticências são, no momento, temporárias» e justificadas por razões de prudência, de forma a reu-

¹²¹ Sobre a questão, cf. o nosso *A Mediação Penal de Adultos...*, pp. 94-102.

¹²² Compulsem-se algumas referências no nosso *A Mediação Penal de Adultos...*, n.º 94, pp. 53-55. Com interesse, ainda, HEATHER STRANG / JOHN BRAITHWAITE (ed.), *Restorative Justice and Family Violence*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, *passim*, em esp., pp. 1-22.

¹²³ *A Mediação Penal de Adultos...*, pp. 52-57.

nir o mais amplo consenso possível entre os operadores judiciários em uma fase experimental do programa¹²⁴. Essa posição que assumimos, propositadamente com cautelas, se bem que mantida nos seus traços genéricos e na argumentação aí expendida (*maxime* no que contende com o entendimento do bem jurídico), deve ser algo matizada. E isto no sentido de que crimes públicos existem que, pela sua natureza e pela maior aptidão de admitirem um encontro restaurativo, de preferência cara-a-cara, podem ser, de futuro, incluídos no âmbito material de aplicação da Lei. Entre eles colocaríamos a violência doméstica. Fazemo-lo, para além do mais, na medida em que, como defendido *supra*, não o entendemos, *de iure condendo*, como um delito público puro, mas sim atípico, em que a vontade do ofendido deve ser atendida para efeitos de não prosseguibilidade da acção penal. Ora, é esse relevo da vontade da vítima que, de jeito congruente, deve ser considerado também para efeitos daquela modalidade de RAL.

O que continuamos a afirmar é que os delitos públicos são, *como regra*, o campo menos favorável à mediação penal, pelos fundamentos dogmáticos e político-criminais que nessa outra publicação tivemos ocasião de explanar. Do mesmo jeito que nos continua a parecer acertada a opção legislativa de, em uma fase experimental do projecto, a prudência ter sido boa conselheira ao deixar de fora os crimes públicos. Numa palavra, impor-se-á, em futura revisão da Lei n.º 21/2007, analisar um a um os delitos públicos e decidir quais deles reúnem condições para atingirem os desideratos da mediação gizados nos arts. 3.º, n.º 1, e 4.º, n.º 1.

3. A suspensão provisória do processo

Quanto a este afloramento do princípio da oportunidade (inaplicável às hipóteses do art. 152.º, n.º 3), ao contrário dos demais crimes (excepto os previstos no n.º 7 do art. 281.º do CPP, em que a iniciativa é sempre e só de carácter oficioso, a cargo do MP), a suspensão só é espoletada a «requerimento livre e esclarecido da vítima», o que bem se comprehende¹²⁵. Do mesmo jeito, as exigências a que aludem as als. d) e f) do n.º 1 do art. 281.º do CPP, não são aqui requeridas, ao que cremos porque se terá entendido que o grau pouco elevado de culpa e a adequação do meio ao cumprimento das finalidades preventivas-gerais e especiais devem ser avaliados — e mesmo afastados — pela vítima. É este um ponto de regime que assinala uma vertente «personalista» do bem jurídico tutelado, ou seja, o Estado não se arroga a faculdade de decidir pelo concreto ofendido acerca de uma solução que poderá, no balanceamento a efectuar, representar mais vantagens que pre-

¹²⁴ *A Mediação Penal de Adultos...*, p. 57.

¹²⁵ Idêntica opção foi tomada pelo Código Penal suíço — art. 55a, n.º 1. Veja-se que a anterior redacção do art. 281.º do nosso CPP exigia o «livre requerimento da vítima», resultando o actual regime mais certificador da real vontade do ofendido da redacção operada pela Lei n.º 48/2007, de 29-8.

juízos, em termos de menor publicidade do processo e dos daí decorrentes constrangimentos psicológicos e de estigmatização social. Não temos dúvidas de que inexiste suspensão provisória do processo sem efectiva aplicação de injunções e regras de conduta previstas no n.º 2 do art. 281.º de jeito exemplificativo, não se consentindo outra leitura do n.º 6 do mesmo inciso, sob pena de não estarmos já perante este afloramento de oportunidade e consenso, ao qual são co-naturais tais injunções¹²⁶.

V — A REMATAR

A intervenção penal no fenómeno da violência doméstica não pode ser encarada como *panaceia universal*, mas como parte de uma intervenção em rede, a qual muito ganharia, do estrito prisma jurídico, com a adopção de medidas paralelas às «ordens de protecção» norte-americanas¹²⁷ ou espanholas que, agora referindo-nos a estas últimas, em um mesmo processo¹²⁸, para além da vertente criminal em que a nossa legislação já prevê medidas adequadas (a pena principal — ou de substituição —, as penas acessórias, e antes disso, medidas de coacção orientadas para o afastamento do arguido da residência comum — caso exista — e dos locais frequentados pelo ofendido), consagra medidas de Direito Civil que passam pela atribuição (ainda que temporária) da casa de morada de família (caso exista), estabelecimento do regime de guarda, visitas e comunicação com os filhos, prestação de alimentos e outras medidas protectoras dos menores¹²⁹.

Em conformidade com a nova redacção do art. 544 ter da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, a «ordem de protecção» é decretada «nos casos em que, existindo indícios fundados da comissão de um delito ou falta contra a vida, integridade física ou moral, liberdade sexual, liberdade ou segurança (...) advenha uma situação objectiva de risco para a vítima que requeira a adopção de alguma das medidas de protecção (...)», podendo ser deferida *ex officio* ou a requerimento da vítima ou do MP, e apresentada não só às autoridades judiciárias, mas também, entre outras, aos OPC. O juiz convoca uma audiência urgente (nunca mais de 72 h depois da formulação do pedido) em que estarão presentes a vítima ou representante legal, o requerente (se

¹²⁶ Muito correctamente, PLÁCIDO CONDE FERNANDES, «Violência Doméstica...», p. 327.

¹²⁷ Veja-se o artigo de JEANNIE SUK, «Criminal Law Comes Home», in: *The Yale Law Journal*, 116, 2 (2006), pp. 1-70. Depois de verificar que «o lar está a transformar-se em um espaço no qual o Direito Penal deliberadamente reordena e controla relações e direitos privados ao nível da propriedade e do casamento — não como um incidente da prossecução do delito, mas como o seu objectivo directo», a autora entende as *protection orders* como medidas de «divórcio de facto imposto pelo Estado» (*ibidem*, p. 8), que considera como uma das estratégias de controlo social no domínio da violência doméstica (*ibidem*, p. 69).

¹²⁸ Ley 27/2003, de 31-7.

¹²⁹ De algum modo, esse é um dos objectivos inscritos no III Plano Nacional Contra a Violência Doméstica (2007-2010), aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 83/2007, de 22-6.

diverso da vítima), o MP e o agressor (assistido por advogado). A lei defere ao juiz um amplo campo de escolha de medidas, desde que «adequadas para evitar o confronto entre o agressor e a vítima»¹³⁰. Para além disto, a «ordem de protecção» impõe o dever de informar a vítima sobre a situação processual do arguido, o que, entre nós, já não é novidade — cf. o art. 15.º, n.º 3, da Lei n.º 112/2009, de 16-9, norma concretizadora do art. 480.º, n.º 3, do CPP.

Um tratamento holístico — «transversal e integrad[o], nos dizeres da exposição de motivos do III Plano Nacional Contra a Violência Doméstica (2007-2010)¹³¹ — como este seria, por certo, um instrumento legislativo de vin-cada utilidade.

¹³⁰ De entre as quais, por certo, estão as «casas de abrigo», também existentes em Portugal. Sobre elas e outros centros que concorrem para idênticas finalidades, cf. os arts. 59.º a 76.º, da Lei n.º 112/2009, de 16-9, o Decreto Regulamentar n.º 1/2006, de 25-1, o Despacho n.º 32648/2008, de 30-12 (do qual consta a «Síntese do Relatório de Avaliação das Condições de Funcionamento das Casas de Abrigo», onde se conclui que «(...) a rede pública das casas de abrigo não assegura a cobertura geográfica adequada, (...) nomeadamente nos distritos do interior do país» — ponto 5, a)), a Resolução do Conselho de Ministros n.º 83/2007, de 22-6, e o Decreto-Lei n.º 115/2006, de 14-6. De aplicação mais ampla, cf. o Plano Global para a Igualdade de Oportunidades, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 49/97, de 24-3.

¹³¹ Resolução do Conselho de Ministros n.º 83/2007, de 22-6.