

A Tutela Penal Especial Reforçada da Violência Doméstica

Nuno Brandão

Assistente da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra

1. Após um período de relativa acalmia legislativa que se seguiu às importantes alterações ao regime legal substantivo e processual da violência doméstica introduzidas em 2000 pela Lei n.º 7/2000, temo-nos deparado nos últimos anos com uma considerável actividade legiferante neste campo. Só para citar os exemplos mais relevantes, são de destacar o III Plano Nacional contra a Violência Doméstica¹, a Lei de Política Criminal para o Biénio 2007-2009², as leis de 2007 que procederam à revisão do Código Penal e do Código de Processo Penal, a alteração de 2009 ao regime de concessão de indemnização às vítimas de crimes violentos e de violência doméstica³ e finalmente a Lei n.º 112/2009, que veio estabelecer o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica e à protecção e assistência das suas vítimas. Esta nova abordagem global do fenómeno da violência doméstica parece exigir da doutrina uma consideração integrada do problema, a que as presentes Jornadas fazem jus.

Pela minha parte procurarei reflectir sobretudo acerca da *vertente penal material* da violência doméstica, com vista a ponderar se o direito penal substantivo positivado em 2007 se reflectiu em alterações efectivas e relevantes na repressão desta criminalidade.

2. No domínio da violência doméstica, *hoc sensu*, a revisão de 2007 do Código Penal operou transformações em duas frentes: no âmbito do homicídio qualificado (art. 132.º-2, *b*)), que por sua vez, dada a remissão do art. 145.º, se liga às ofensas à integridade física dolosas; e no até aí chamado crime de maus tratos e infracção de regras de segurança (art. 152.º). É nelas que focarei a minha atenção.

¹ Resolução do Conselho de Ministros n.º 83/2007, de 22/6.

² Lei n.º 51/2007, de 31/8.

³ Lei n.º 104/2009, de 14/9.

2.1 O legislador de 2007 pretendeu *uniformizar o círculo das vítimas* que beneficiam da tutela penal reforçada dos crimes de homicídio qualificado, de ofensa à integridade física qualificada e de violência doméstica, sendo os respectivos catálogos praticamente coincidentes, abrangendo em comum as seguintes pessoas: o cônjuge, o ex-cônjuge, a pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação; o progenitor de descendente comum em 1.º grau; e as pessoas particularmente indefesas, em razão da idade, deficiência, doença ou gravidez. As diferenças dizem respeito apenas às pessoas particularmente indefesas: no crime de violência doméstica exige-se a sua coabitação com o agente, o que, naturalmente, não acontece no homicídio qualificado; e na violência doméstica a especial vulnerabilidade pode decorrer da dependência económica, o que não sucede no homicídio qualificado.

Temos assim que a violência exercida sobre as pessoas incluídas naqueles dois catálogos de sujeitos passivos está em condições de gozar de uma *tutela penal especial*, fundada no *vínculo familiar presente ou passado que as ligue ao agente*⁴. Tutela que se pode manifestar em praticamente todos os graus de violência física ou psíquica praticada sobre tais vítimas, desde o mais ligeiro, como o que configura ofensa à integridade física simples qualificada, até àqueles que assumem crescente gravidade e conformam os crimes de maus tratos, de ofensa à integridade física grave qualificada e no limite de homicídio qualificado. É assim assegurada uma protecção reforçada destas vítimas, que em regra não conhecerá discontinuidades. Vale por dizer que em relação a todas estas formas de violência o regime legal confere a estas vítimas uma tutela mais forte do que a que prevê, via de regra, para outras pessoas que sofram ofensas de natureza semelhante, mas não tenham uma tal ligação familiar, actual ou passada, ao agente⁵.

⁴ Nesta direcção, apontando também “a especial relação que intercede entre os sujeitos activo e passivo da conduta criminosa como o fundamento que parece ter estado na base da previsão do crime de violência doméstica”, RICARDO BRAGANÇA DE MATOS, «Dos maus tratos a cônjuge à violência doméstica: um passo à frente na tutela da vítima?», *RMP*, n.º 107, 2006, p. 97.

⁵ Aqui e nas demais menções em texto, a referência às relações familiares e à família faz-se em sentido amplo, procurando abranger todos os sujeitos indicados nos catálogos inscritos nos arts. 132.º-2, b), e 152.º-1 do CP, mesmo que, em rigor, no plano jurídico-civil não seja de afirmar entre elas e o agente a existência de um efectivo vínculo familiar.

A continuidade desta tutela especial não parece sequer ameaçada pela técnica legislativa dos exemplos-padrão empregada nos arts. 132.º e 145.º do CP para efeitos de qualificação do homicídio e das ofensas à integridade física simples e graves. Se é certo que a constatação do preenchimento de uma circunstância prevista em alguma das alíneas do n.º 2 do art. 132.º não determina imediata e necessariamente a qualificação do facto⁶, também parece seguro afirmar, sobretudo no que respeita ao homicídio e à ofensa à integridade física grave, que tais ofensas típicas praticadas num quadro situacional típico de violência doméstica dificilmente escaparão à qualificação, pois o efeito qualificador indiciado pela verificação do exemplo-padrão mais do que confirmado, será normalmente intensificado pela negativa imagem global do facto, assim impondo a afirmação de uma especial censurabilidade ou perversidade determinante da qualificação.

2.2 Esta ampla tutela especial introduzida pela revisão de 2007 tem sido em geral bem acolhida pela doutrina, tanto quando vista a partir do crime de violência doméstica, como quando perspectivada do lado do homicídio qualificado, embora quanto a este sejam manifestadas reservas em relação à extensão do catálogo dos sujeitos passivos e à sua parificação com o da violência doméstica.

A propósito do círculo de sujeitos passivos destas infracções, fora de discussão está a previsão como exemplo-padrão do homicídio qualificado do facto praticado contra cônjuge ou contra pessoa com quem o agente mantenha relação análoga à dos cônjuges. Este *segmento* da nova alínea *b)* do n.º 2 do art. 132.º do CP é de saudar, sendo certo que só por via da sua expressa consagração como exemplo-padrão seria possível atribuir força qualificadora ao conjugicídio⁷.

Visto à luz do regime do homicídio qualificado, como se impõe, “o efeito qualificador conferido à circunstância de a vítima ser *cônjuge* do agente ou de com ele *manter relação análoga à dos cônjuges*, independentemente da natureza heterossexual ou homossexual da relação, decorre de uma exigência intensificada de respeito pela vida do outro com quem se resolveu constituir família ou formar uma comunhão de vida. A

⁶ Cf., por todos, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense do Código Penal, I*, Coimbra Editora, 1999, art. 132.º, § 2 e *passim*.

⁷ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS / NUNO BRANDÃO, *Comentário Conimbricense do Código Penal, I*, 2.ª ed., no prelo, art. 132.º, § 18.

morte dolosa do cônjuge ou do companheiro comporta, em regra, uma quebra radical da solidariedade que é em princípio devida pelo agente à vítima. O que normalmente será susceptível de indiciar uma especial perversidade, fundada num pesado desvalor de atitude revelado por esta perversão da relação dialógica do «ser-com-o-outro» e do «ser-para-o-outro»⁸.

Justamente por ser este especial dever de solidariedade que permite fundamentar a agravação do homicídio praticado sobre o cônjuge ou sobre o companheiro, revela-se altamente discutível a inclusão neste exemplo-padrão do homicídio qualificado dos factos cometidos sobre ex-cônjuge, pessoa com quem o agente tenha mantido relação análoga à dos cônjuges e progenitor de descendente comum. Houve aqui uma pretensão de equiparação do catálogo de sujeitos passivos do homicídio qualificado ao do crime de violência doméstica. Mas se o alargamento da previsão típica deste último delito aos maus tratos dirigidos contra ex-cônjuge ou pessoa que com o agente tenha mantido uma relação análoga à dos cônjuges faz sentido e é até político-criminalmente aconselhável no âmbito do crime de violência doméstica, não se vê que tenha razão de ser no domínio do homicídio. Com efeito, “finda a convivência comum, não parece haver motivo para fazer subsistir entre os ex-parceiros o especial dever de solidariedade que deve conformar a relação conjugal ou análoga e que, como se referiu, dá corpo à indicição de especial censurabilidade do homicídio conjugal”⁹.

O que parece ter estado em causa no alargamento do âmbito de aplicação do crime de violência doméstica aos maus tratos sobre ex-cônjuges ou ex-companheiros é a necessidade político-criminal de reagir aos comportamentos retaliatórios e fortemente perturbadores da paz do ex-parceiro perpetrados por aquele que não se conforma com o fim da relação ou não o suporta ver assumir um novo projecto de vida autónomo. As proporções consideráveis que este fenómeno, cunhado como *stalking* pela criminologia¹⁰, vem apresentando justificam plenamente a inclusão das relações conjugais ou análogas pretéritas no seio do crime de violência doméstica¹¹. Porém, a sua

⁸ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS / NUNO BRANDÃO, *cit.*, 19.

⁹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS / NUNO BRANDÃO, *cit.*, 20.

¹⁰ CLÁUDIA COELHO / RUI ABRUNHOSA GONÇALVES, «*Stalking*: uma outra dimensão da violência conjugal», *RPCC*, 2007, n.º 2, p. 269 e ss.

¹¹ Também concordante, PLÁCIDO CONDE FERNANDES, «Violência doméstica – novo quadro penal e processual penal», *Revista do CEJ*, n.º 8 (Especial): *Jornadas sobre a Revisão do Código Penal*, 2008, p. 312.

introdução no exemplo-padrão do conjugicídio mostra-se de bondade duvidosa, não só porque carece do fundamento que legitima a previsão do conjugicídio como exemplo-padrão, como ainda por se tratar de previsão supérflua, uma vez que os fenómenos tidos em mente pelo legislador, as mais das vezes determinados por motivações baixas e egoístas, poderiam ser objecto de qualificação em sede de outros exemplos-padrão já anteriormente previstos, como é o caso da morte determinada por motivo torpe ou fútil¹².

3. Apresentando embora esta larga continuidade de tutela específica reforçada, a violência intra-familiar tem claramente o crime de violência doméstica como *ponto de referência* da respectiva resposta normativa. A identificação deste pólo agregador, espécie de denominador comum na abordagem aos comportamentos configuradores de violência doméstica tem notórias vantagens em sede de prevenção e de abertura e prosseguimento do procedimento criminal. Mas coenvolve também o risco de favorecimento dos agressores que, em virtude da normal associação da violência nas relações familiares ao crime de violência doméstica, vêem a sua conduta integrada nesta figura delituosa, apesar de o seu comportamento, pela sua gravidade, dever cair sob a alçada de tipos legais mais severos¹³. Para que este indesejável benefício do infractor não logre impor-se na prática, convém nunca perder de vista que o crime de violência doméstica se integra num quadro legal mais abrangente de tutela da vítima de violência no seio das relações familiares ou equiparadas. É com esta advertência que passarei agora a uma análise mais detida do crime de violência doméstica tipificado no art. 152.º-1 do CP, justificada pela sua centralidade no tema que nos ocupa.

3.1 Uma alteração no bom sentido trazida pela revisão de 2007 foi a autonomização sistemática dos maus tratos exercidos no plano das relações conjugais ou equiparadas, presentes e passadas, através da sua tipificação no art. 152.º do CP, separando-os dos

¹² JORGE DE FIGUEIREDO DIAS / NUNO BRANDÃO, *cit.*, § 20.

¹³ Cf. MIRENTXU CORCOY BIDASOLO, «Delitos contra las personas: violencia doméstica y de género», *in*: *Nuevas Tendencias en Política Criminal*, BdeF / Editorial Reus, 2006, p. 172 e ss.

maus tratos sobre pessoas menores ou particularmente indefesas (art. 152.º-A do CP) e da violação das regras de segurança (art. 152.º-B do CP)¹⁴.

A razão aduzida na exposição de motivos na Proposta de Lei 98-X para esta segmentação foi a diferença de bens jurídicos tutelados por estas várias condutas típicas. Justificação que, em todo o caso, não é propriamente esclarecedora, não só porque nela não se dá qualquer indicação sobre quais os concretos bens jurídicos em causa, como ainda e sobretudo porque têm existido flutuações doutrinárias e jurisprudenciais acerca da identificação e caracterização do bem jurídico tutelado pelo crime de violência doméstica e da modalidade de ofensa do mesmo abarcada pelo tipo-de-ilícito.

Permanecendo estas questões em aberto, apesar do seu relevo decisivo para, além do mais, a interpretação e aplicação do preceito, cremos oportuno fazer aqui um breve ponto do estado da discussão na doutrina e na jurisprudência nacionais em torno do bem jurídico do crime de violência doméstica.

Completamente arredada está a possibilidade de o bem jurídico em apreço estar ligado à tutela da família ou das relações familiares¹⁵. Apesar de ser neste âmbito que se situa o comportamento típico, os interesses protegidos dizem directamente respeito à *pessoa ofendida* e não à instituição família. Será, aliás, interessante notar que mesmo num ordenamento como o italiano, em que o preceito homólogo (art. 572 do *Codice Penale*) está sistematicamente inserido no âmbito dos delitos contra a família, é actualmente dominante, sobretudo na jurisprudência, o pensamento de que a integridade psicofísica do sujeito passivo tem relevo autónomo como bem jurídico do crime de maus tratos no contexto familiar¹⁶.

De outra banda, é entre nós recorrente, em especial na jurisprudência, a afirmação de que a *dignidade humana* é desde logo o bem jurídico protegido pela incriminação da violência doméstica. É frequente a afirmação de que “o bem jurídico

¹⁴ Também aplaudindo esta autonomização, TERESA PIZARRO BELEZA, «Violência Doméstica», *Revista do CEJ, n.º 8 (Especial): Jornadas sobre a Revisão do Código Penal*, 2008, p. 288. Preconizando-a já antes, JORGE DOS REIS BRAVO, «A actuação do Ministério Público no âmbito da violência doméstica», *RMP*, n.º 102, 2005, p. 71.

¹⁵ Assim, na doutrina e jurisprudência nacionais, respectivamente, por todos, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Comentário Conimbricense do Código Penal, I*, Coimbra Editora, 1999, art. 152.º, § 4., e Ac. do STJ de 05-11-2008 (Proc. n.º 08P2504, disponível, tal como os demais referidos em nota, em www.dgsi.pt).

¹⁶ Cf. ZAIRA SECCHI, in: Tulio Padovani, *Codice Penale*, II, 4.ª ed., Giuffrè, 2007, art. 572, 1., e MELISSA MIEDICO, in: Emilio Dolcini / Giorgio Marinucci, *Codice Penale Comentato*, II, 2.ª ed., IPSOA, 2006, art. 572, § 1 e s.

protegido pela incriminação é, em geral, o da dignidade humana, e, em particular, o da saúde”¹⁷. Trata-se contudo de entendimento dificilmente sufragável esse o de que o bem jurídico a que o crime de violência doméstica se encontra adstrito é em primeira linha a *dignidade humana*. O intento de prevenir e reprimir as ofensas que rebaixem de modo socialmente insuportável a dignidade pessoal da vítima está por certo na base da criminalização específica dos maus tratos domésticos¹⁸. *O que não significa, porém, que a dignidade humana deva ser erigida a específico bem jurídico da violência doméstica.*

A dignidade humana como valor fundante e transversal a todo o sistema jurídico não está em condições de desempenhar a função de específico referente e padrão crítico da criminalização que deve ser própria de um bem jurídico-penal¹⁹. Para quem queira, ainda assim, conferir-lhe o estatuto de bem jurídico-penal, será em todo o caso mais prudente reservar-lhe esse eventual papel para situações em que a vítima é submetida a uma condição infra-humana, por acção de um seu semelhante, com um conseqüente absoluto aniquilamento da sua dignidade pessoal²⁰. Ora, o delito em apreço pretende dirigir-se e actuar sobre condutas que estão muito longe de assumir uma tal gravidade. E se uma sua eventual consideração como crime de dano acabaria por esvaziar a sua força de tutela, já que implicaria que fossem deixadas de fora do seu raio de aplicação um sem-número de condutas que embora socialmente censuráveis e carentes de protecção pelo crime de violência doméstica não se traduzem propriamente numa lesão da dignidade humana da vítima; por outro lado a sua configuração como crime de perigo, nomeadamente de crime de perigo abstracto, tornaria vão qualquer esforço de exegese do tipo à luz do bem jurídico, tais são a amplitude e a intangibilidade do valor da dignidade humana.

¹⁷ Cf., entre outros, o Ac. do STJ de 30-10-2003, *CJ STJ*, 2003, III, p. 208 e ss. Na doutrina nacional, atribuindo relevo à dignidade humana como bem jurídico do crime em consideração, AUGUSTO SILVA DIAS, *Crimes contra a Vida e a Integridade Física*, 2.ª ed., AAFDL, 2007, p. 110. Já TAIPA DE CARVALHO, *cit.*, § 4, apesar de frisar que a *ratio* do tipo está na protecção da pessoa individual e da sua dignidade humana, não vai ao ponto de a guindar a bem jurídico do delito de maus tratos.

¹⁸ Cf. TAIPA DE CARVALHO, *cit.*, § 4.

¹⁹ Cf. JOSÉ DE FARIA COSTA, *Direito Penal Especial (Contributo a uma Sistematização dos Problemas “Especiais” da Parte Especial)*, Coimbra Editora, 2004, p. 49 e ss., JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA, «O tráfico de pessoas e o problema do seu bem jurídico», *RPCC*, 2008, n.º 4, p. 460 e s., e JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «“O direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional», *in: XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Coimbra Editora, 2009, p. 41.

²⁰ Em direcção próxima, mas numa perspectiva de direito penal internacional, SUSANA AIRES DE SOUSA, «The legal interest protected in the crimes against humanity», *in: S. Manacorda / Adán Nieto (dir.), Criminal Law between War and Peace*, Ed. de la Univ. de Castilla-La Mancha, 2009, p. 464 e ss., também disponível em www.defensesociale.org.

As objecções dirigidas à compreensão da dignidade humana como bem jurídico do delito de violência doméstica voltam-se directamente contra uma perspectiva próxima e que, em substância, dela não se distingue. Refiro-me à concepção hoje dominante em Espanha, que identifica a *integridade moral* como o interesse protegido pelo crime de violência intra-familiar tipificado no art. 173-2 do Código Penal espanhol. Trata-se de entendimento de algum modo legitimado pela localização sistemática do preceito no âmbito dos delitos contra a integridade moral e que se traduz na afirmação de que com a tutela da integridade moral se dá directa guarida “ao direito de não ser submetido a tratamento desumano ou degradante (art. 15 CE) como manifestação do princípio da dignidade humana”²¹. Além de não contar com o respaldo sistemático do preceito homólogo espanhol e de poder ser inteiramente merecedora das críticas feitas à ideia da dignidade humana como bem jurídico do delito em análise, a transposição deste ponto de vista para o direito nacional soçobra perante uma crítica decisiva que também na doutrina espanhola foi já dirimida contra esta posição, a de que vai aqui implícita uma confusão insanável entre os conceitos de bem jurídico e de direito fundamental de não sofrer tratamentos desumanos ou degradantes²². Dito de outro modo: uma coisa é o direito de não suportar determinado comportamento e outra coisa, não sobreponível, é o interesse ou bem jurídico que justifica o reconhecimento de tal pretensão. Ao misturar os dois planos nada se acrescenta para a densificação do conteúdo do interesse que se procura identificar como bem jurídico e acaba por ficar em aberto a resposta à interrogação fundamental sobre o específico teor deste bem jurídico denominado integridade moral²³.

Mais adequada à teleologia da específica criminalização dos maus tratos intra-familiares, à sua inserção sistemática e à eficácia operativa do preceito parece-me ser a posição claramente dominante entre nós, tanto na doutrina, como na jurisprudência, que

²¹ JOSEP MARÍA TAMARIT SUMALIA, in: Gonzalo Quintero Olivares, *Comentarios al Código Penal, Tomo II: Parte Especial*, 5.ª ed., Thomson, 2008, p. 289. Essencialmente neste sentido, FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 16.ª ed., Tirant lo Blanch, 2007, p. 180 e ss., e J. C. CARBONELL MATEU / J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal. Parte Especial*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, 2008, p. 204 e s.

²² Cf. LUIS GRACIA MARTÍN, in: *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, I, Tirant lo Blanch, 1997, art. 153, § 11 e ss.

²³ Com razão, por isso, GUZMÁN DALBORA, *cit.*, p. 460 e s., apresenta precisamente a “integridade moral” como exemplo de uma tendência presente para usar termos imperscrutáveis para designar bens jurídicos.

aponta a *saúde* como o bem jurídico do crime de violência doméstica²⁴. Objecto de tutela é assim a integridade das funções corporais da pessoa, nas suas *dimensões física e psíquica*. Saber se este bem jurídico do crime de violência doméstica se identifica ou não com o do crime de ofensa à integridade física depende sobretudo do conteúdo que se atribua ao bem jurídico deste tipo legal. Ali onde se considere que na ofensa à integridade física se visa a protecção da saúde não apenas na sua vertente física, mas igualmente no plano psicossomático²⁵, como parece ser a tendência dominante entre nós, não parece haver razão para conferir ao conceito de saúde relevante para o crime de violência doméstica um conteúdo distinto daquele que vale para o crime de ofensa à integridade física. Em causa estará então em ambos os casos, no essencial, a protecção de um estado de completo bem-estar físico e mental. Consideração que, porém e como é óbvio, está longe de ter de significar uma qualquer recondução do facto típico de violência doméstica ao da ofensa à integridade física contida no art. 143.º do CP, sendo para tal suficiente, de modo a evitar essa eventual total sobreposição, que as respectivas condutas típicas representem modalidades distintas de ofensa ao bem jurídico.

É todavia no sentido de que o crime de violência doméstica constitui um *crime de dano* que se inclina parte da nossa doutrina²⁶, assim parecendo fazer depender o preenchimento do tipo da efectiva lesão do bem jurídico eleito. Mas se assim for o delito de violência doméstica não passará de uma forma agravada do de ofensa à integridade física²⁷, o que se por um lado não faz justiça à realidade criminológica

²⁴ Assim, TAIPA DE CARVALHO, *cit.*, § 4, JOSÉ FRANCISCO MOREIRA DAS NEVES, «Violência doméstica – um problema sem fronteiras», *in*: www.verbojuridico.net, 2000, p. 7, JORGE DOS REIS BRAVO, *cit.*, p. 66, RICARDO BRAGANÇA DE MATOS, *cit.*, p. 94 e ss., PLÁCIDO CONDE FERNANDES, *cit.*, p. 304 e ss., e FERNANDO SILVA, *Direito Penal Especial: Os Crimes contra as Pessoas*, 2.ª ed., Quid Juris, 2008, p. 295 e s.

²⁵ Cf. FARIA COSTA, *cit.*, p. 48.

²⁶ TAIPA DE CARVALHO, *cit.*, § 10, embora aparentemente apenas em relação aos maus tratos físicos; e de modo mais claro, ainda que por referência àqueles que reputa serem os bens jurídicos protegidos pela incriminação – integridade física e psíquica, liberdade pessoal, liberdade e autodeterminação sexual e honra –, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal*, Univ. Católica Edit., 2008, art. 152.º, § 2.

²⁷ É isso que, no entanto, sucede no direito suíço, que prevê como agravante das lesões corporais simples (art. 123 do Código Penal) e das vias de facto em caso de reiteração (art. 126 do Código Penal) a circunstância de o facto ser dirigido contra o cônjuge ou equiparado ou contra o ex-cônjuge ou equiparado no ano subsequente ao divórcio ou à separação (§§ 3 a 5 do n.º 2 dos arts. 123 e 126 do Código Penal). A verificação da circunstância agravante não se reflecte, porém, num aumento da pena abstracta, mas tão-só na atribuição de natureza pública ao delito, que ao contrário dos demais casos que não ultrapassam a forma simples, deve ser perseguido de ofício – cf. JOSÉ HURTADO POZO, *Droit Pénal. Part Spéciale*, Schultess, 2009, n.º m. 498 e ss. e 551 e s.

subjacente e do mesmo passo às necessidades político-criminais que determinaram a sua específica e diferenciada previsão, por outro lado implica exigir para o preenchimento do tipo a verificação de circunstâncias que comprometem seriamente a eficácia preventiva da incriminação. Designadamente, estando em causa uma ofensa corporal, a demonstração de uma determinada lesão da integridade física; ou, consistindo a conduta num maltrato psíquico, a demonstração de que como consequência da conduta do agente sobreveio na vítima um estado somático patológico objectivável²⁸. Deste modo, atendendo às exigências dogmáticas postas ao crime de ofensa de integridade física²⁹, ficariam fora da tutela típica da violência doméstica consumada os actos de violência física que não determinassem uma lesão do corpo ou da saúde da vítima³⁰ e as acções na esfera espiritual do ofendido que podendo embora afectar o seu bem-estar psíquico não tivessem como consequência um transtorno da sua saúde psíquica ou mental.

Além de político-criminalmente insustentável, a posição vinda de enunciar não é sequer sugerida pelo teor literal do tipo-de-ilícito inscrito no proémio do n.º 1 do art. 152.º do CP. Como a própria epígrafe indica, o tipo tem em vista actos de violência, traduzidos na inflicção, reiterada ou não, de maus tratos físicos ou psíquicos. Não há nenhuma exigência legal expressa de que a lesão da integridade física ou a produção de perturbações ao nível da saúde psíquica da vítima constituam elementos do tipo-de-ilícito. Uma exegese do preceito conforme com as intenções político-criminais que lhe subjazem e com o polifórmico substrato criminológico do fenómeno da violência doméstica aponta antes para o entendimento de que a ofensa ao bem jurídico

²⁸ Tröndle / FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 57.ª ed., C. H. Beck, 2010, § 223, n.º m. 6c.

²⁹ Cf. PAULA RIBEIRO DE FARIA, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, I, Coimbra Editora, 1999, art. 143.º, § 4 e ss., e Tröndle / FISCHER, § 223, n.º m. 3 e ss.

³⁰ Paradigmático desta concepção é o Ac. do STJ de 02-07-2008 (Proc. 07P3861): “De todo o modo, sempre se impunha concluir que a escassa matéria de facto provada, analisada à luz das considerações antecedentes, não integra a prática pelo arguido do crime de maus tratos a cônjuge (...), uma vez que, por um lado, da mesma não se pode aferir da intensidade da ofensa corporal, o que impede que se considere violado o bem jurídico protegido pela norma em causa, e, por outro, não se provaram as consequências, directas ou indirectas, da conduta do arguido, *não resultando demonstradas quaisquer lesões corporais ou danos psíquicos para a ofendida, nem que aquele comportamento se repercutiu, de alguma forma, na sua saúde física, psíquica, emocional e moral*” (itálico nosso).

Ainda nesta linha, cf. o Ac. do TRP de 28-02-2007 (Proc. 0616665), considerando que “não comete o crime de maus tratos a cônjuge o agente que por duas vezes agride a mulher com murros e puxando-lhe o cabelo, de modo a causar-lhe danos, hematomas e nódoas negras”, dado que “não se provou a prática reiterada (apenas duas vezes), a *dimensão dos referidos hematomas e nódoas negras, nem as consequências directas de tais lesões* na capacidade de trabalho da ofendida” e “as *lesões psíquicas* também não foram minimamente identificadas” (itálico nosso).

tipicamente relevante não deva pressupor a verificação da sua lesão. Nessa medida, em meu modo de ver, o crime de violência doméstica assume não a natureza de crime de dano, mas sim de crime de perigo, nomeadamente, de *crime de perigo abstracto*³¹. É, com efeito, o perigo para a saúde do objecto de acção alvo da conduta agressora que constitui motivo da criminalização, pretendendo-se deste modo oferecer uma tutela antecipada ao bem jurídico em apreço, própria dos crimes de perigo abstracto³². E se a protecção da integridade corporal da vítima constitui um dos planos desta tutela, creio, no entanto, que o desvalor potencial fundamentalmente tomado em consideração para justificar esta específica modalidade de incriminação se prende com os sérios riscos para a *integridade psíquica da vítima* que podem advir da sujeição a maus tratos físicos e/ou psíquicos, sobremaneira quando se prolonguem no tempo.

Sendo dado o devido relevo a este último aspecto justificativo da criminalização da violência doméstica, poderão superar-se eventuais objecções opostas a esta concepção fundadas na dificuldade em explicar por que razão a violência doméstica é punida mais severamente que a ofensa à integridade física se ambas protegem o mesmo bem jurídico e esta constitui crime de dano e aquela mero crime de perigo abstracto, com a concomitante possibilidade de por esta razão a ofensa à integridade física ter prevalência sobre a aplicação da violência doméstica em caso de concurso. Reservas que todavia se mostrarão infundadas se os maus tratos forem encarados na perspectiva da ameaça de prejuízo sério e frequentemente irreversível que os mesmos em regra comportam para a paz e o bem-estar espirituais da vítima³³. Acresce que aqui sim e para este efeito deve entrar em cena a desconsideração pela dignidade pessoal da vítima imanente ao comportamento violento próprio dos maus tratos. Esse desprezo do agressor pela sua dignidade revela um pesado desvalor de acção que agrava a ilicitude material do facto. Tudo o que empresta à violência doméstica um grau de antijuridicidade que transcende o da mera ofensa à integridade física e assim justifica a sua punição mais severa e a sua prevalência em sede de concurso. Do mesmo passo, assim vistas as

³¹ Assim, para o direito espanhol pretérito, perante o então vigente art. 153 do Código Penal, que dispunha de uma redacção muito próxima da do nosso actual art. 152.º-1, GRACIA MARTÍN, *cit.*, art. 153, § 22 e ss.

³² Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral, I*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2007, 11.º Cap., § 45 e ss.

³³ CORCOY BIDASOLO, *cit.*, p. 148 e s., dá mesmo como assente, louvando-se na experiência clínica, que os maus tratos continuados causam necessariamente estados de desequilíbrio mental.

coisas, afigurar-se-ão descabidas as vozes críticas que julgam redutora a opção pela saúde como bem jurídico do crime de violência doméstica.

4. Partindo destas conclusões acerca do bem jurídico a que o crime de violência doméstica se encontra vinculado e da sua específica modalidade de ofensa, procurarei agora avaliar qual o relevo da ressalva introduzida pela revisão de 2007 quanto à questão da *reiteração* das ofensas dirigidas à vítima.

4.1 Antes disso, porém, mas ainda naturalmente sob a luz da posição assumida quanto ao bem jurídico, cumpre avançar algumas breves considerações a propósito do cerne da conduta típica do crime de violência doméstica, designadamente, do que deva entender-se por “maus tratos físicos ou psíquicos” (cf. art. 152.º-1 do CP). Para tal há ainda que ter em conta o segmento densificador do conceito de maus tratos, também introduzido em 2007, que nele faz incluir os castigos corporais, as privações da liberdade e as ofensas sexuais.

A identificação dos comportamentos que podem ser reconduzidos ao conceito de maus tratos encontra-se relativamente estabilizada entre nós. Devem estar em causa actos que pelo seu carácter violento sejam, por si só ou quando conjugados com outros, idóneos a reflectir-se negativamente sobre a saúde física ou psíquica da vítima. A circunstância de uma certa acção poder, *a priori*, integrar o conceito de maus tratos não significa necessariamente que se dê sem mais como preenchido o tipo-de-ílicito do crime de violência doméstica, tudo dependendo da respectiva *situação ambiente* e da *imagem global do facto*.

Entre a multidão de acções que à partida podem ser tidas como *maus tratos físicos* contam-se todo o tipo de comportamentos agressivos que se dirigem directamente ao corpo da vítima e em regra também preenchem a factualidade típica do delito de ofensa à integridade física, como murros, bofetadas, pontapés e pancadas com objectos ou armas, só para citar os exemplos mais correntes, *mesmo que se não comprove uma efectiva lesão da integridade corporal da pessoa visada*³⁴. Mas entram ainda na esfera dos maus tratos físicos agressões de vários tipos que as mais das vezes

³⁴ Mais restritivo é TAIPA DE CARVALHO, *cit.*, § 8, que identifica os maus tratos físicos com as ofensas corporais simples.

são excluídas do âmbito do ilícito-típico das ofensas corporais, como empurrões, arrastões, puxões e apertões de braços ou puxões de cabelos³⁵.

Por sua vez, estão em condições de ser qualificados como *maus tratos psíquicos* os insultos, as críticas e comentários destrutivos, achincalhantes ou vexatórios, a sujeição a situações de humilhação, as ameaças, as privações injustificadas de comida, de medicamentos ou de bens e serviços de primeira necessidade³⁶, as restrições arbitrárias à entrada e saída da habitação³⁷ ou de partes da habitação comum³⁸, as privações da liberdade, as perseguições, as esperas inopinadas e não consentidas, os telefonemas a desoras, *etc.* Para se assumirem como actos típicos de maus tratos, estes comportamentos não têm de possuir relevância típica específica no seio de outros tipos legais de crime³⁹. Seja no sentido de que nem remotamente poderiam ser integrados em qualquer outra previsão típica, seja no de que a conduta seria de molde a preencher um específico tipo-de-ilícito, mas fica aquém do necessário para esse efeito, como se costuma enfatizar em relação às ameaças⁴⁰.

Em 2007, o legislador incluiu ainda expressamente as ofensas sexuais no conceito de maus tratos físicos e psíquicos constante do art. 152.º-1 do CP. Ofensas que, até pelo carácter extremamente amplo do seu enunciado verbal, devem relevar aqui não tanto pela afronta à liberdade sexual da vítima, quanto pelos danos reais ou potenciais que delas podem decorrer para a sua integridade física e psíquica. Não obstante, será questionável a possibilidade de prossecução penal por maus tratos relacionados com ofensas sexuais se não houver queixa da pessoa ofendida, atenta a natureza semi-pública da generalidade dos crimes sexuais contra adultos, quase todos eles punidos mais

³⁵ Cf., v. g., o Ac. do TRP de 30-01-2008 (Proc. 0712512): “e a cada passo, se via a ofendida deitada na cama a descansar, o arguido agarrava-a pelos cabelos e puxando-os arrastava-a para a banheira e punhalhe água fria a correr em cima da cabeça”.

³⁶ Cf. Ac. do TRL de 26-10-2004 (Proc. 3988/2004-5), em caso que abrangeu o impedimento de acesso à caixa de correio da residência.

³⁷ Cf. Acs. do TRC de 13-06-2007 (Proc. 426/05.3GAMMV.C1) e de 21-10-2009 (Proc. 302/06.2GAFZZ.C1).

³⁸ Cf. de novo o Ac. do TRL de 26-10-2004, no qual esteve em causa também uma proibição de acesso a uma arrecadação na garagem.

³⁹ Assim, igualmente o Ac. do TRL de 27-02-2008 (Proc. 1702/2008-2). É esta também a posição largamente dominante em Itália – cf. ZAIRA SECCHI, *cit.*, art. 572, 4., e MELISSA MIEDICO, *cit.*, art. 572, § 13.

⁴⁰ Cf. TAIPA DE CARVALHO, *cit.*, § 8, e pela generalidade da jurisprudência o já citado Ac. do STJ de 06-04-2006.

gravemente que o crime de violência doméstica, e as ponderosas razões de protecção da intimidade da vítima que lhe subjazem.

4.2 Feito este excursão em torno do conceito de maus tratos físicos e psíquicos, retorno à questão antes apresentada relativa à *desnecessidade de reiteração* dos actos de violência para que os mesmos possam ser qualificados como de maus tratos para efeitos de preenchimento do tipo-de-ilícito da violência doméstica.

Ao determinar que para ser tipicamente relevante a inflicção de maus tratos pode ocorrer “de modo reiterado ou não” o legislador tomou posição sobre questão que dividia doutrina e tribunais, inclinando-se para a tese que vinha sendo dominante na jurisprudência, a de que o perfeccionamento do tipo não exige a reiteração da conduta violenta, podendo bastar-se com um episódio isolado.

A exigência implícita da reiteração radicava, segundo Taipa de Carvalho, na própria *ratio* da autonomização do crime de maus tratos⁴¹. Tratava-se, a meu ver, de exigência perfeitamente congruente com a realidade criminológica mais comum da violência doméstica e com as necessidades preventivas que a mesma convoca, não parecendo fazer muito sentido uma intervenção penal por esta via quando o facto teve carácter isolado. Pois ou bem que o facto constitui por si só um outro crime e pode assim ser criminalmente perseguido e punido, se essa for a vontade do ofendido no caso de o respectivo procedimento depender de queixa; ou bem que o facto não tem qualquer relevância criminal fora de uma eventual previsão de maus tratos e não se vê por que razão há-de ocorrer uma intervenção penal para reagir ao primeiro e único comportamento violento no seio do casal ou do ex-casal.

Como quer que seja, é hoje inequívoco que a tutela da violência doméstica prevista no art. 152.º-1 do CP se projecta não apenas sobre os casos de reiteração ou habitualidade de comportamentos violentos, mas é também potencialmente aplicável a uma única conduta violenta.

Provavelmente, na maior parte das vezes este problema nem se colocará, tal é a predominância dos casos de autêntico terror doméstico que são submetidos à apreciação

⁴¹ TAIPA DE CARVALHO, *cit.*, art. 152.º, § 9; e ainda MANUEL LEAL-HENRIQUES / MANUEL SIMAS SANTOS, *Código Penal Anotado*, 2.º Vol., 3.ª ed., Ed. Rei dos Livros, 2000, p. 301, e MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português Anotado*, 17.ª ed., Almedina, 2005, p. 551.

dos nossos tribunais. Na verdade, compulsada alguma jurisprudência, rapidamente se conclui que os tribunais nacionais são quase sempre confrontados com cenários de tirania doméstica, para usar a expressão alemã⁴², com uma galeria de horrores que inclui o habitual cortejo das injúrias e humilhações quotidianas, das constantes agressões físicas, das ameaças de morte e das proibições de entrar ou sair de casa. Para além destes casos extremos, também não levantarão dificuldades de maior aqueles ditos de microviolência⁴³ continuada, em que a opressão de um dos (ex-)parceiros sobre o outro é exercida e assegurada normalmente através de repetidos actos de violência psíquica que apesar da sua baixa intensidade quando considerados avulsamente são adequados a causar graves transtornos na personalidade da vítima quando se transformam num padrão de comportamento no âmbito da relação⁴⁴.

Dúvidas suscitam-se já naquelas situações constituídas por 2 ou 3 episódios de violência relativamente espaçados no tempo, sobretudo quando neles não seja exercida força física. Indiciando esses factos um quadro caracterizado ou claramente em vias de se caracterizar por um estado de degradação da dignidade pessoal da vítima, será em regra de afirmar a existência de maus tratos típicos, em atenção ao risco qualificado que a situação apresenta para a saúde psíquica da vítima.

Encaremos, por fim, a tipologia do facto único. Com a revisão de 2007 foi inequivocamente aberto caminho para a integração de alguns dos seus casos no ilícito-típico de violência doméstica. Na versão final da revisão deixou de constar a referência à intensidade dos maus tratos como alternativa à reiteração, que fazia parte da Proposta de Lei 98-X. Afigura-se-me, porém, evidente que não é qualquer acção isolada de violência exercida no âmbito doméstico que poderá ser qualificada como de maus tratos com vista ao preenchimento do tipo. Pergunto-me, por isso, se não teria sido preferível ter mantido uma referência expressa à intensidade da conduta, assim tornando clara uma

⁴² Cf., por último, HELMUT GROPEGIEßER, *Der Haustyrannenmord*, Dunker & Humblot, 2008, que, a págs. 14, dá nota de que na Alemanha a violência doméstica, em regra sobre mulheres e crianças, constitui um fenómeno com uma expressão massiva. O ordenamento penal não prevê, todavia, um regime específico para os maus tratos domésticos conjugais, assentando a resposta ao problema sobretudo na chamada *Gewaltschutzgesetz* (*Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen*), de 11-12-2001, de natureza civil.

⁴³ Cf. Madalena Alarcão, (des)Equilíbrios Familiares, Quarteto, 2000, p. 304 e s., *apud* RICARDO BRAGANÇA DE MATOS, *cit.*, p. 105.

⁴⁴ Nesta direcção, também o Ac. do TRC de 07-10-2009 (Proc. 317/05.8GBPBL.C2).

exigência que não pode deixar de fazer-se numa interpretação conforme ao bem jurídico e ao princípio da dignidade penal⁴⁵.

Na jurisprudência anterior à revisão era já largamente maioritária a posição de que o crime de maus tratos não pressupunha uma reiteração de condutas, podendo bastar-se com um único comportamento agressivo. Para tal, as mais das vezes, erigiu-se como critério relevante que a ofensa se revestisse de uma certa gravidade, que, fundamentalmente, traduzisse crueldade, insensibilidade ou até vingança desnecessária da parte do agente⁴⁶. Mais recentemente e pela mão da Relação de Coimbra vem aflorando uma outra ideia, ligada à dignidade pessoal da pessoa ofendida e à possibilidade de à mesma ser atribuído o estatuto de vítima, considerando-se que “o que importa é que os factos, isolados ou reiterados, apreciados à luz da intimidade do lar e da repercussão que eles possam ter na possibilidade de vida em comum, coloquem a pessoa ofendida numa situação que se deva considerar de vítima, mais ou menos permanente, de um tratamento incompatível com a sua dignidade e liberdade, dentro do ambiente conjugal”⁴⁷.

Creio que os critérios judiciais expostos apontam na direcção correcta, mas julgo que lhes falta ainda uma clara vinculação ao bem jurídico. Daí que me pareça sempre de exigir que o comportamento violento, visto em toda a sua amplitude, seja um tal que, pela sua brutalidade ou intensidade ou pela motivação ou estado de espírito que o anima, seja de molde a ressentir-se de modo indelével na saúde física ou psíquica da vítima⁴⁸. Admito que, na prática, este crivo acabe por não conduzir a resultados substancialmente distintos daqueles a que a jurisprudência vem chegando, mas o critério proposto já não será, ao menos, de todo inútil se através dele se puder alcançar uma maior nitidez na definição do recorte típico dos maus tratos físicos e psíquicos reportados a uma única actuação violenta.

⁴⁵ Em sentido contrário, RICARDO BRAGANÇA DE MATOS, *cit.*, p. 100 e ss. e *passim*; e na direcção do texto, PLÁCIDO CONDE FERNANDES, *cit.*, p. 306 e ss.

⁴⁶ Assim, desde logo, o Ac. do STJ de 13-11-1997, *CJ STJ*, III, 1997, p. 235 e s.

⁴⁷ Ac. do TRC de 29-01-2003, seguido, *v. g.*, pelos Acs. da mesma Relação de 13-06-2007 e de 28-01-2010 (Proc. 361/07.0GCPBL.C1).

⁴⁸ Essencialmente nesta direcção, cf. já o Ac. do STJ de 04-02-2004 (Proc. 2857/03-3), citado no Ac. do STJ de 06-04-2006 (Proc. 06P1167): “Em regra, o tipo de crime exige uma reiteração da conduta delituosa, só em casos excepcionais bastando um só acto, *se ele for suficientemente grave para afectar de forma marcante a saúde física ou psíquica da vítima*” (itálico nosso).

5. Aqui chegados, quase poderíamos ser tentados a concluir que, tudo ponderado, a revisão de 2007 pouco ou mesmo nada de substancial mudou em sede de tratamento penal material da violência doméstica, nomeadamente, na questão essencial do conteúdo do ilícito-típico do crime de violência doméstica. Pois tirando a sua autonomização sistemática e o acrescento de novos sujeitos passivos, para quem entendesse que já era possível a atribuição de relevância típica a actos violentos avulsos parece que tudo o mais ficou na mesma.

Um olhar mais amplo sobre o quadro normativo que tem por objecto a violência exercida no domínio familiar conduz, no entanto, à consideração de que a principal e mais substancial novidade não reside no crime de violência doméstica, mas na alteração ao crime de homicídio qualificado, concretamente a introdução do exemplo-padrão que actualmente consta da alínea *b*) do n.º 2 do art. 132.º do CP, por sua vez aplicável às ofensas à integridade física. Através desta modificação foi o sistema penal português dotado de um *regime de tutela específica reforçada* em todas as dimensões possíveis do fenómeno da violência doméstica.

Este novo quadro legal parece ser o sinal de uma pretensão legislativa de resposta repressiva sem tréguas à violência intra-familiar.

Resta saber se as melhores intenções do legislador não foram, porém, atraçadas pelo modo como foi tecida esta nova malha repressiva. Isto porque se por um lado o crime de violência doméstica foi erigido como o ponto de referência desse quadro normativo, por outro lado manteve-se a sua natureza subsidiária em relação a crimes mais graves que tutelam a saúde física e psíquica da vítima, através de uma cláusula de subsidiariedade expressa⁴⁹⁻⁵⁰. Refiro-me fundamentalmente às ofensas à integridade física graves.

Ora, neste jogo de concurso, *hoc sensu*, uma aplicação rigorosa das regras da unidade de norma, a que devem ser submetidas as relações de subsidiariedade de tipos legais, conduz ao afastamento da aplicação do tipo de violência doméstica sempre que este concorra com o de ofensa à integridade física grave. Ou seja, precisamente onde é mais imperioso o funcionamento de um conjunto de medidas penais, processuais penais

⁴⁹ Cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*², 42.º Cap., § 12.

⁵⁰ Acentuam igualmente este problema, RICARDO BRAGANÇA DE MATOS, *cit.*, p. 111, e PLÁCIDO CONDE FERNANDES, *cit.*, p. 313 e s.

e extra-penais⁵¹ destinadas a proteger a vítima, a concorrência de normas determina a exclusão da aplicação do tipo legal de violência doméstica.

O problema está em que boa parte desse regime global de protecção da vítima assenta na figura do crime de violência doméstica previsto no art. 152.º do CP, frequentemente através de remissões expressas para este preceito. Circunstância que pode acabar por comprometer o seu funcionamento e deixar desguarnecidas as vítimas que mais necessitam desses mecanismos de protecção. É o que sucede mesmo com as penas acessórias especificamente cominadas para o crime de violência doméstica nos n.ºs 4 a 6 do art. 152.º, que não podem ser aplicadas sempre que o agente deva responder por ofensa à integridade física grave⁵²!

Temos, pois, que os bons propósitos do legislador parecem ter sido traídos por uma deficiente densificação da teia normativa do amplo regime que decidiu formar, o que é tanto mais preocupante quando tais deficiências se fazem sentir justamente nos casos mais graves, cujas vítimas carecem e merecem uma resposta penal sem falhas. O que nos leva a terminar perguntando se não haverá outra vez, *mais uma vez*, necessidade de mudar o regime legal da violência doméstica?

⁵¹ Cf. art. 2.º, a), da Lei n.º 112/2009.

⁵² Assentamos esta conclusão na concepção de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*², 42.º Cap., § 21 e ss., relativa ao regime jurídico da unidade de norma ou de lei, fundado no princípio de que esse regime “deve ir buscar-se somente à norma prevalecente e única concretamente aplicável, não (ou não também) à norma excluída” (§ 21), com a consequência de não “haver lugar para aplicação de penas acessórias ou medidas de segurança criminais previstas unicamente pela lei excluída, não se aplicando ao caso de unidade de leis (...) o disposto no art. 77.º-4” (§ 23).