

OS CRIMES CONTRA A FAMÍLIA, EM PARTICULAR CONTRA A MULHER: VELHOS E NOVOS PROBLEMAS

Mário Monte

*Professor, Director do Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos,
Escola de Direito, Universidade do Minho, Portugal*

Resumo: O tema que tratamos é o da responsabilidade criminal por comportamentos contra a família e, em particular, contra a mulher, a partir do direito português, com o objectivo de contribuir para a compreensão da revisão, que está em curso, do código penal de Macau.

A abordagem seguirá duas vias: uma, a que se relaciona mais diretamente com a família, destacando aqui os crimes de *violência doméstica*, *bigamia* e *casamento forçado*; a outra, que terá a mulher como principal preocupação, analisará os crimes de *mutilação genital feminina* e de *perseguição* (“Stalking”).

Alguns destes crimes são recentes no ordenamento jurídico português e são fruto do cumprimento da Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, adotada em Istambul, a 11 de maio de 2011; outros são mais antigos. Mas uns e outros levantam velhos e novos problemas que são neste estudo estudados à luz de três premissas: a) o direito penal é a *ultima ratio* na proteção dos respetivos bens jurídicos; b) não só não deve intervir quando não é necessário, mas também quando não cumpre a sua função – por isso, não deve proteger condutas puramente imorais se estas não comprometem bens jurídicos dignos de tutela máxima que é a penal, mas não pode deixar de o fazer quando em causa estão valores de elevada importância na sociedade; e c), finalmente, qualquer intervenção jurídico-penal, norteada pela comprovada dignidade penal e necessidade de pena, deve apelar a uma visão própria da “ciência conjunta do direito penal”, no sentido de que o fenómeno criminógeno, por um lado, e as proposições político-criminais adequadas a esse fenómeno, por outro, hão de ser tão ou mais relevantes que premissas de natureza dogmática.

Estando em curso a revisão do Código Penal de Macau, tentamos sempre e na medida do possível estabelecer relações entre os tópicos que abordamos e

as propostas de revisão anunciadas.

Palavras-chave: Crimes contra a família; crimes contra a mulher; violência doméstica; bigamia; casamento forçado; mutilação genital feminina; perseguição.

1. Foi-me proposto tratar o tema da responsabilidade criminal por comportamentos contra a família e, em particular, contra a mulher, a partir do direito português, com o objectivo de contribuir para a compreensão da revisão, que está em curso, do Código Penal de Macau. A minha intervenção, procurando dar resposta a este honroso e aliciante convite, focará a atenção em três novos crimes que foram introduzidos em 2015 no Código Penal português e convocará outros dois claramente relacionados com estes e com o tema desta intervenção.

2. Começemos por sublinhar algumas premissas que enquadram o nosso entendimento sobre os assuntos que vamos tratar.

À cabeça, convém lembrar que o direito penal, nesta matéria como em outras, não pode deixar de ser a *ultima ratio* na proteção dos respetivos bens jurídicos. Uma visão que transforme a intervenção penal na *prima* ou *sola ratio* naturalmente que violaria princípios básicos do direito penal, entre os quais, os da subsidiariedade, intervenção penal mínima e proporcionalidade.

Sendo função do direito penal, em geral, a de proteger subsidiariamente bens jurídicos, não pode prestar-se a tutelar outras realidades. Por exemplo, na matéria que tratamos, assume capital importância a ideia de que o direito penal não deve proteger condutas puramente imorais se estas não comprometem bens jurídicos dignos de tutela máxima que é a penal¹. Este ponto é importante porque algumas das condutas que vamos tratar podem suscitar problemas de legitimidade penal – embora infundados, como veremos.

Finalmente, qualquer intervenção jurídico-penal, norteadada pela comprovada dignidade penal e necessidade de pena², deve apelar a uma visão própria da “ciência conjunta do direito penal”, no sentido de que o fenómeno crimínógeno, por um lado, e as proposições político-criminais adequadas a esse fenómeno, por outro, hão de ser tão ou mais relevantes que premissas de natureza dogmática³. Veremos

1 Nesse sentido, Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral, T. I, Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 124.

2 Sobre os critérios da dignidade e da necessidade penal, veja-se, por todos, Costa Andrade, «A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina teleológico-criminal do crime», in *RPCC*, Ano 2, Fasc. 2, abril-junho 1992, *passim*.

3 Sobre este assunto já nos pronunciámos detidamente no *nosso* «Da realização integral do direito

que algumas novidades introduzidas no Código Penal português, para além de terem em conta considerandos de natureza criminológica, atinentes aos fenómenos em causa, suportam-se em claras estratégias político-criminais, tão legítimas quanto seriam outrora os fundamentos meramente dogmáticos. A tal ponto que provocam alterações na tipicidade penal, à primeira vista incompreensíveis, quando a análise se fica por uma visão dogmática, mas perfeitamente justificadas quando se buscam razões de política criminal.

3. Dito isto, é tempo de passarmos em revista os principais crimes. Vamos começar pelo novo crime de *casamento forçado*. A liberdade pessoal é o bem jurídico protegido, mas os efeitos de um casamento forçado não são, para o sistema jurídico, menos relevantes que aquele bem jurídico individual. Estes efeitos, sobretudo mediatos, situam-se na ordenação jurídico-familiar e nos vínculos que a permitem constituir.

Independentemente da concepção que se tenha de família – e do casamento, como um dos seus pressupostos possíveis –, com as incidências que as variáveis de tempo e de lugar podem assumir e que sempre condicionam culturalmente o entendimento que se tenha desta instituição, a verdade é que se não duvida que ela assume importância cimeira na vida em sociedade. A demonstrá-lo, do ponto de vista jurídico, está o valor que os instrumentos jurídicos internacionais ou nacionais concedem. A título de exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no artigo 16.º, n.º 3, afirma: “A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado”. Igual determinação surge no artigo 23.º, n.º 1, do Pacto Internacional Sobre os Direitos Cívicos e Políticos. Por sua vez, ao nível estadual, só para citar dois exemplos, a Constituição da República Portuguesa proclama, no artigo 36.º, n.º 1, que “[t]odos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade” e, no artigo 67.º, n.º 1, que “[a] família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à proteção da sociedade e do Estado e à efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros”.

É sabido que existe, entre o direito penal e a Constituição, uma “relação de mútua referência”⁴. Esta surge como referência axiológico-normativa para o direito penal. E, se bem que não existe “uma obrigação de criminalizar actos

penal», in Figueiredo Dias *et. al.*, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Volume III, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 742 e ss., para onde remetemos agora.

4 Figueiredo Dias, *op. cit.*, p. 120. O Autor precisa em que termos seria esta relação: “que não será de ‘identidade’, ou mesmo só de ‘recíproca cobertura’, mas de analogia material, fundada numa essencial *correspondência de sentido e – do ponto de vista da sua tutela – de fins*” – negrito e itálico do Autor.

ofensivos de bens constitucionalmente protegidos”⁵, a verdade é que, na matéria que cuidamos agora, falamos de direitos fundamentais e sociais que não podem deixar de merecer tutela penal quando e onde se verificar a sua necessidade. O que acabamos de dizer tem aplicação nos crimes contra a família: o crime de bigamia (artigo 247.º do CP), o crime de falsificação de estado civil (artigo 248.º do CP português), o crime de subtração de menor (artigo 249.º do CP português) e o crime de violação e obrigação de alimentos (artigo 250.º do CP português).

O crime de casamento forçado levanta acima de tudo, antes ainda de afetar a família e a própria noção de casamento, um problema de relação entre *liberdade e responsabilidade*.

Ninguém é obrigado a casar. O casamento é uma opção inteiramente livre. Mas, uma vez assumido, gera nas pessoas que o contraem um conjunto de direitos e deveres jurídicos, cuja violação gera responsabilidade, inclusivamente penal.

Só assim se compreende o crime de bigamia⁶. O que se destaca neste crime também é um problema de *liberdade e de responsabilidade* que melhor permite compreender o crime de casamento forçado. Sem dúvida que com a incriminação da bigamia se protege a família. E, porque em Portugal – e outros países onde está consagrado⁷ –, secularmente, se assumiu um determinado modelo, é a família monogâmica que se tutela. Assume-se, deste modo, uma visão personalista, mas não individualista, que elege a família, naquele que é o modelo tradicional – o monogâmico –, como interesse de natureza supra-individual de forte referência antropocêntrica a proteger. Outros interesses individuais podem ser reflexamente protegidos com este tipo. Por exemplo, os direitos pessoais e patrimoniais que decorram do casamento para o cônjuge lesado⁸. Mas é a família, na sua feição monogâmica, enquanto valor supra-individual que merece tutela penal.

5 Como explica Faria Costa, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (Fragmenta Iuris Poenalis). *Introdução. A Doutrina Geral da Infracção [A Ordenação Fundamental da Conduta (facto) Punível; A Conduta Típica (O tipo); a Conduta Ilícita (o Ilícito); a Conduta Culposa (a Culpa)]*, 4ª edição, Coimbra: Coimbra editora, 2015, p. 115. Mas o Autor também explica que no texto constitucional é possível descortinar-se imposições constitucionais de criminalização, proibições constitucionais de penalização e limites à criminalização. Em sentido contrário ao das imposições implícitas de criminalização vai, contudo, Figueiredo Dias, *op. cit.*, p. 129 e s.

6 Está previsto no artigo 247.º do CP português, remonta ao Código Penal de 1886, e tem inspiração em outros ordenamentos jurídicos: o artigo 215.º do *StGB* suíço, o § 171 do *StGB* alemão e o § 192 do *StGB* austríaco – cfr., Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª edição atualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 909.

7 Veja-se nota anterior.

8 No mesmo sentido, Damião da Cunha, “Artigo 247.º (Bigamia)”, in Figueiredo Dias (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, T. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 603.

Afastada fica assim a tentação de considerar este tipo desnecessário, por se tratar da tutela de uma opção individual relativamente ao tipo de casamento ou considerar ilegítima uma opção “imposta”, afastando outras, quando em outras culturas estas opções seriam possíveis. Uma tal visão, assente no subjetivismo e na relatividade dos interesses, tornaria ilegítima a intervenção jurídico-penal. Uma tal visão, a nosso ver, estaria errada.

Veja-se⁹ que a revisão do Código penal de 1995, em matéria de crimes contra a família, entre outras coisas, reduziu o leque de condutas puníveis, passando a tutelar praticamente aquelas que afetam bens jurídicos supra-individuais. E este é o *punctum crucis* da questão. Não que os interesses individuais fossem irrelevantes. Pelo contrário, o Estado deve garantir aos seus cidadãos o direito de fazer opções individuais e de as colocar em prática. Mas a verdade é que estamos a falar da proteção de um bem jurídico supra-individual antropocentricamente fundado: a família (monogâmica), “base de toda ordenação jurídico-familiar”¹⁰. E como o tipo objectivo consiste na realização de um casamento, por quem já é casado, ou na realização de um casamento com pessoa casada, vem a ser o casamento como base da instituição da família que vem a ser o objecto da proteção, sendo o bem jurídico, como já se disse, a família (neste caso, a monogâmica). Por isso está justificada a intervenção e a responsabilidade penal nos casos de bigamia.

Mas esta responsabilidade pressupõe, como se disse já, uma total liberdade de decisão e de opção¹¹ quanto à vontade de casar. É muito simples: se há total liberdade quanto à opção de casar ou não, deve haver máxima responsabilidade por essa opção, atento o interesse supra-individual em jogo.

Por isso, é tão valioso que a decisão de casar ou não casar seja uma opção inteiramente livre. A falta de liberdade torna o casamento inválido. E, quando o casamento é forçado, em determinados termos, é agora crime. É tão grave violar o casamento que foi realizado em inteira liberdade, contraindo um novo casamento, como obrigar alguém a casar sem vontade de o fazer.

Dito isto – para além de outras razões –, já se percebe que se tornava inevitável a incriminação do casamento forçado. Se se responsabiliza quem, sendo casado, não respeita o casamento, casando com outra pessoa ou simplesmente casando com pessoa casada, como se poderia responsabilizar quem o faz se na base estivesse um casamento putativo e indesejado? Além disso, em termos puramente fenomenológicos, o facto de a vítima do casamento forçado ser normalmente a mulher precipitou a sua incriminação. Já lá iremos.

9 Como enfatiza Damião da Cunha, *op. cit.*, p. 599 e ss.

10 *Idem*, p. 603.

11 De decisão – querer casar ou não – e de opção – saber qual o regime jurídico a adoptar no casamento civil, i. é, comunhão geral de bens, comunhão de bens adquiridos, separação de bens.

O crime de casamento forçado surge assim no artigo 154.º-B do CP e foi introduzido pela Lei 83/2015, de 5 de agosto, em cumprimento da Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, adotada em Istambul, a 11 de maio de 2011 (doravante, Convenção de Istambul).

Trata-se de um crime contra a *liberdade pessoal*, neste caso, de se autodeterminar no que se refere ao celibato e à vida conjugal. Se à violação do vínculo (casamento) corresponde a responsabilidade (inclusive penal), esta deve pressupor a liberdade. A falta de liberdade aqui é tão séria como é a violação do vínculo. Não pode esquecer-se que a nova tipicidade objectiva consiste em *forçar outra pessoa a casar ou a viver em situação análoga à do casamento*. Certo que no crime de casamento forçado está na mira, também, a união de facto. E, por isso, faz todo o sentido que o crime seja considerado, antes de tudo, um crime contra a liberdade pessoal. Mas, reflexamente, seja pelo casamento, seja pela união de facto, acabam por estar protegidos estes vínculos jurídicos e, como é evidente, a família.

Andou bem o legislador. Não só cumpriu um compromisso assumido na ratificação da Convenção de Istambul, mas também constatou que o recurso a outros tipos legais de crime – como o do 154.º do CP (crime de coação) – não concedia a mesma tutela que agora se oferece, como não autonomizava as situações como agora se faz.

A nosso ver, o legislador, ao proteger a liberdade pessoal, reforça a importância do carácter livre da opção de casamento e situações análogas e da responsabilidade que estes vínculos geram. Assim se percebe melhor – se dúvidas existissem – a relevância da responsabilidade penal das situações de violação do casamento quando este é contraído livremente. E sendo a liberdade o pressuposto do casamento e da responsabilidade penal nos casos da sua violação, compreende-se agora, com mais clareza, que na bigamia se tutele um bem jurídico supra-individual – porque não é a liberdade que é posta em causa, mas a família monogâmica – e no casamento forçado se tutele um bem jurídico individual – a liberdade pessoal, não só pelo valor intrínseco desta, mas porque ela vem a ser a base de toda uma concepção que, arrancando no casamento, permite chegar à tutela da família. Na bigamia, tutela-se um bem jurídico supra-individual e reflexamente interesses individuais; no casamento forçado, tutela-se um bem jurídico individual e reflexamente a família e o modo de a constituir. Os dois crimes, agora, como que se complementam.

Por fim, mas não em último¹², embora se admita que qualquer pessoa

12 Como já referimos mais aprofundadamente no *nosso* “O resgate político-penal da vítima (mulher) em matéria de direitos humanos. Considerações em torno da Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, adotada

possa ser vítima do crime de casamento forçado, é evidente que a realidade fenomenológica evidencia que são as mulheres quem normalmente sofrem este tipo de coação. Por isso, a *especial condição da vítima* foi aqui tida em conta para fundamentar e impor a nova incriminação típica¹³. De tal sorte que não foi indiferente ao legislador a peculiar censurabilidade destas condutas, porquanto a moldura penal do artigo 154.º-B é de prisão até cinco anos, ao passo que a do artigo 154.º (Coação) seria de apenas até três anos.

4. Passemos agora a outra inovação da Lei 83/2015, de 5 de agosto, que deu origem ao artigo 144.º-A do CP: o crime de *mutilação genital feminina*. Sabendo que a base típica da ilicitude já estava protegida por outro tipo legal de crime – o artigo 144.º do CP –, os elementos inovadores do tipo fundamentam-se na *especial condição da vítima*, e não necessariamente no bem jurídico.

O bem jurídico é *integridade física de outra pessoa* que tem como objecto específico o *aparelho genital feminino*. O tipo está inserido nos *crimes contra a ofensa à integridade física* e o legislador aparentemente circunscreveu a ofensa à mutilação corporal, independentemente de qualquer outra intencionalidade ou resultado dessa ofensa. Por isso, o artigo 144.º do CP poderia dar resposta adequada.

A verdade é que a sua autonomização se justifica, não só pelo cumprimento da Convenção de Istambul, mas também porque em termos materiais se terá *pretendido* proteger a integridade psíquica, mental e sexual das vítimas e, mediatamente, a igualdade¹⁴. Tratando-se, portanto, de um crime de ofensa à integridade física (psíquica, mental e sexual) *especialmente grave*, o que agora releva é a necessidade de proteger a mulher de um modo assumidamente especial

em Istambul, a 11 de maio de 2011, e da Lei 83/2015, de 5 de agosto”, no prelo e a ser editado na comemoração do décimo aniversário do Mestrado em Direitos Humanos da Escola de Direito da Universidade do Minho.

- 13 Como salienta o Preâmbulo da Convenção de Istambul, reconhece-se “com profunda preocupação, que mulheres e raparigas estão muitas vezes expostas a formas graves de violência, tais como a violência doméstica, o assédio sexual, a violação, o casamento forçado, os chamados «crimes de honra» e a mutilação genital, os quais constituem uma violação grave dos direitos humanos das mulheres e das raparigas e um obstáculo importante à realização da igualdade entre mulheres e homens” – negrito é nosso.
- 14 Neste sentido, com o qual concordamos, veja-se Maria Clara Sottomayor, “Assédio sexual nas ruas e no trabalho. Uma questão de direitos humanos”, in Conceição Cunha (Org.^a), *Combate à Violência de Género. Da Convenção de Istambul à Nova Legislação Penal*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016, p. 72. Em idêntico sentido, Paula Ribeiro de Faria, “A Convenção de Istambul e a mutilação genital feminina”, in Conceição Cunha (Org.^a), *Combate à Violência de Género. Da Convenção de Istambul à Nova Legislação Penal*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016, p. 105.

perante situações de particular vulnerabilidade e desigualdade¹⁵. Este tipo de tutela é inquestionavelmente legítimo, porquanto as proposições de política criminal muitas vezes justificam a incriminação e algumas vezes sobrepõem-se a puras questões dogmáticas. Problema que ainda assim se poderia colocar seria o de saber se tal tutela não deveria estar acompanhada de outro tipo de medidas. *Brevitatis causa*, não o faremos aqui.

5. Inovador foi a introdução no CP, em 2015, do crime de *perseguição* (“Stalking”), através do artigo 154.º-A, tendo como fonte a Convenção de Istambul.

Apesar da sua importância, este tipo legal de crime também suscita problemas de pertinência (dogmática). Por que razão se autonomizaram as situações de *Stalking* quando para as tratar havia já um conjunto de tipos que, de um modo ou de outro, lhes davam resposta?¹⁶ Há quem entenda curiosa e paradoxalmente – mas corretamente – que esta pode ter sido uma das razões que justificou a autonomização¹⁷.

Aqui também topamos com um problema de *liberdade pessoal*, por isso se compreendendo que seja um crime semipúblico¹⁸. O bem jurídico protegido é tanto a *paz pessoal* como a *liberdade de decisão e ação*, que de algum modo já estava protegido em muitas outras normas.

Só que, bem vistas as coisas, há razões, para além do compromisso emergente da Convenção de 2011, que impunham a sua autonomização. E entre estas, sem dúvida que estão duas que devem ser consideradas: por um lado, a *especial condição da vítima*; por outro, o modo como, em função disso,

15 Veja-se o que se diz no Preâmbulo da Convenção de Istambul, *supra*, nota.

16 Nesse sentido, Rita Braga da Cruz, “O crime de perseguição e a Convenção de Istambul”, in Conceição Cunha (Org.ª), *Combate à Violência de Género. Da Convenção de Istambul à Nova Legislação Penal*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016, p. 94 e s. E para o comprovar é só atender a algumas normas: nomeadamente, o 153.º (ameaça), o artigo 154.º (coação), o artigo 190.º (perturbação da vida provada), o artigo 192.º (devassa da vida privada), o artigo 193.º (devassa por meio de informática), os artigos 180.º e 181.º (difamação ou injúrias), o artigo 199.º (gravações e fotografias ilícitas), os artigos 163.º, 164.º e 170.º (coação sexual violação e importunação sexual) e o artigo 152.º (violência doméstica).

17 Rita Braga da Cruz, “O crime de perseguição...”, p. 94 e s.

18 Não era esta a solução pretendida por uma parte do Parlamento português – cfr. Rita Braga da Cruz, “O crime de perseguição e a Convenção de Istambul”, in Conceição Cunha (Org.ª), *Combate à Violência de Género. Da Convenção de Istambul à Nova Legislação Penal*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016, p. 95. Mas, atendendo ao bem jurídico em causa, cremos que a solução vertida no tipo é a que melhor se adequa aos interesses em crise. Sobretudo porque um crime de natureza pública poderia projetar situações de dupla vitimização quando a vítima não está preparada para enfrentar as implicações do processo penal.

os comportamentos acontecem, causando alarme social e insegurança¹⁹. São, portanto, legítimas e ponderadas razões de política criminal: não há novos bens jurídicos a proteger; não havia propriamente uma lacuna na proteção das situações em causa; portanto, dogmaticamente, podia dizer-se que não havia razões para criar um novo tipo legal de crime. Só que, como já enunciámos, as razões de política criminal – a especial condição da vítima e o especial modo de realizar o crime – são suficientemente fundadas para se proceder a uma autonomização destas situações. Ao direito penal é legítimo operar segundo estratégias político-criminais, quando deste modo o que faz é cumprir (melhor) a sua função: proteger subsidiariamente os bens jurídicos.

Estas razões, a nosso ver, são suficientemente fortes para levar a uma ponderação idêntica na revisão do Código Penal de Macau. *Brevitatis causa*, a proposta de revisão, acertadamente, propõe a criação de um *crime qualificado de coação sexual* e a introdução de um novo *crime de importunação sexual*. Na fundamentação deste novo crime também está o “assédio sexual”. No entanto, se virmos bem, as duas propostas, em particular a última, de algum modo já existiam no Código Penal português. E, no entanto, como vimos, isso não inibiu o legislador português de criar um novo tipo legal de crime – “perseguição” – que é também uma forma de assédio, mas com dimensões distintas da importunação ou da coação sexual. Não vamos aqui aprofundar a questão, mas cremos que a revisão do Código Penal de Macau poderia de algum modo contemplar as situações que levaram à autonomização da perseguição no Código Penal português.

6. E, finalmente, vamos abordar aquele que nos parece ser o crime mais pluriofensivo de todos, com afectação imediata de certas pessoas, a começar na mulher, e de modo, ao menos mediato, a família: o crime de violência doméstica.

Tal como no Código Penal de Macau, no artigo 146.º, o CP português desde 1982 até 2007 previu apenas o crime de maus tratos. Só em 2007 é que se autonomiza o crime de violência doméstica, através do artigo 152.º Além disso, alargou-se a tipicidade objectiva e aumentou-se a severidade das sanções, continuando o crime a ser público. Semelhante solução foi agora adoptada em Macau, através da Lei de Prevenção e Combate à violência doméstica n.º 2/2016. Começamos pelo tipo legal português para finalmente irmos à solução de Macau.

O CP português adoptou-o enquanto crime contra as pessoas e, dentro destes, contra a integridade física. É altamente discutível esta inserção. Justamente porque este crime tem como bem jurídico, não só a integridade física, mas também a integridade psíquica, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual,

19 Veja-se o Preâmbulo da Convenção de Istambul, *supra*, nota.

a honra²⁰ e, em geral, a família ou unidade doméstica (quando realizado no seio destas). Compreende-se que não seria fácil outra inserção no Código Penal. Mas, então, por esta e outras razões, poder-se-ia ter seguido a solução de Macau, de o determinar em lei especial.

Note-se que a Convenção de Istambul de 2011 destacou este como um dos crimes que mais necessitava de uma intervenção por parte dos Estados, uma vez que em causa estava, especialmente, a mulher enquanto vítima. Sucede que, em grande parte, as situações de violência doméstica acontecem no seio familiar, independentemente da sua forma. Veja-se que a Convenção, no seu artigo 3.º, define a violência doméstica como “todos os atos de violência física, sexual, psicológica ou económica que ocorrem na família ou na unidade doméstica, ou entre cônjuges ou ex-cônjuges, ou entre companheiros ou ex-companheiros, quer o agressor coabite ou tenha coabitado, ou não, com a vítima”. É, digamos assim, um crime com efeitos diversos uma vez que pode atingir não só a vítima direta como toda a estrutura familiar ou doméstica. Quantas vezes, ao menos indiretamente, os filhos não são vítimas traumatizadas deste tipo de crime... E isto não passou despercebido à Convenção de Istambul. O preâmbulo destaca o facto de que “as crianças são vítimas de violência doméstica como testemunhas de violência na família”.

A sua consagração, antes ainda da Convenção, prenunciava já a importância dos bens jurídicos em causa e de razões *político-criminais*. Por ele se pugna pela igualdade entre mulheres e homens²¹, se afirma que “a natureza estrutural da violência exercida contra as mulheres é baseada no género, e que a violência contra as mulheres é um dos mecanismos sociais cruciais pelo qual as mulheres são forçadas a assumir uma posição de subordinação em relação aos homens”²², justamente porque “as mulheres e as raparigas estão expostas a um maior risco de violência de género que os homens”²³, e que efetivamente este tipo de violência “afeta as mulheres de forma desproporcional”, apesar de “que os homens também podem ser vítimas de violência doméstica”²⁴.

Ora, se se aspira a “criar uma Europa livre de violência contra as mulheres e de violência doméstica”, então, duas consequências seriam inevitáveis: uma, a consagração autónoma do crime de violência doméstica; a outra, a determinação

20 Pinto de Albuquerque, *op. cit.*, p. 591.

21 Assim se escreve no Preâmbulo da Convenção de Istambul: “a realização de jure e de facto da igualdade entre mulheres e homens é um elemento-chave na prevenção da violência contra as mulheres”.

22 Cfr., Preâmbulo da Convenção de Istambul.

23 *Idem.*

24 *Idem.*

da sua natureza pública. Hoje, em Portugal, o crime é – irrevogavelmente, diríamos – público. Só assim se consegue travar o bom combate. E o bom combate é erradicar o fenómeno da violência doméstica, diminuindo as cifras negras, mas, ao mesmo tempo, procurando ressocializar os ofensores. Afinal, convém não esquecer que, neste crime, como todos, o artigo 40.º do CP continua a impor que as finalidades das penas sejam, não só a de “protecção de bens jurídicos”, como a da “reintegração do agente na sociedade”. Este tópico é muito relevante. Vejamos.

A abordagem deste fenómeno no âmbito da ciência conjunta do direito penal impõe que a criminologia nos ajude a compreender as causas deste crime. Para além de que “a violência contra as mulheres é uma manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens que conduziram à dominação e discriminação contra as mulheres pelos homens, o que as impediu de progredirem plenamente”²⁵, há, muitas vezes, por detrás deste crime, situações de desestruturação psíquica, moral, familiar, profissional, conduzindo a certos tipos de dependência (álcool, droga, etc.), que necessitam de uma intervenção a um outro nível que não o penal. Reconhecendo isto, o legislador português entendeu por bem que, apesar de o crime ser público, “[e]m processos por crime de violência doméstica não agravado pelo resultado, o Ministério Público, mediante requerimento livre e esclarecido da vítima, determina a suspensão provisória do processo, com a concordância do juiz de instrução e do arguido, desde que se verifiquem os pressupostos das alíneas b) e c) do n.º 1”²⁶. A suspensão provisória do processo permite a aplicação ao arguido de injunções e regras de conduta, sempre com vista à reintegração do agente. E pode dizer-se que, em grande parte, o legislador foi sensível a situações em que uma pena de prisão teria efeitos mais nocivos que benéficos para a situação das próprias vítimas, atendendo a que – este ponto é muito relevante – seria a própria família a estar em causa. Certamente que em muito casos a pena será, aplicada ainda na perspectiva do artigo 40.º do CP, a reacção criminal mais adequada. Mas quando se percebe que outra solução pode ajudar a resolver o problema da violência doméstica e até, quando for caso disso, a restabelecer os laços familiares, pessoais, então, a suspensão aparece como o meio mais indicado. E não se podia ter ido mais longe?²⁷

25 *Idem*.

26 Artigo 281.º, n.º 7, do Código de Processo Penal português.

27 O artigo 16.º da Convenção de Istambul exorta os Estados signatários, por um lado, a “adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para criar ou apoiar programas cujo objetivo é ensinar os perpetradores de violência doméstica a adotar um comportamento não violento nas relações interpessoais, a fim de evitar mais violência e mudar padrões de comportamento violento”, e, por outro, a “adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para criar ou apoiar programas de tratamento cujo objetivo é prevenir a reincidência de agressores e em particular de agressores sexuais”.

É aqui que entra a solução de Macau como um bom exemplo. A Lei n.º 2/2016 de Macau aposta não só no regime sancionatório, penal, mas em outras medidas – preventivas, protecionistas e restaurativas – para prevenir e reprimir a violência doméstica. Nestas últimas está uma preocupação vincada pelo “restabelecimento das (...) relações e da paz social”. Não é aqui o lugar para falar dos méritos da justiça restaurativa. Mas temos para nós que, não sendo de modo algum uma solução que substitua o direito penal, sobretudo na função que este desempenha, ao menos nas relações interpessoais, ela tem um mérito que o direito penal nem sempre consegue atingir: restabelece, não só a paz jurídica, mas acima de tudo a paz social. E, por isso, contrariamente aos que entendem que neste tipo de crime não deve haver lugar à justiça restaurativa, à conciliação, nós dizemos que para erradicar o fenómeno da violência doméstica, o direito penal continuará a ser sempre e só a *ultima ratio*. Antes dele, certamente que deve haver lugar a outras medidas que promovam as pessoas enquanto tais, e não que as tratem como criminosos irreversíveis. Neste sentido, a solução legal de Macau consegue ir mais longe do que a de muitos países europeus, incluindo a portuguesa, pelo que é de saudar.

7. É tempo de concluir com duas reflexões.

Uma para dizer que os passos que foram dados em 2015 em Portugal, no sentido de promover a igualdade de género, protegendo a mulher e a família em certos crimes – ainda que já tivessem anteriormente alguma proteção penal –, de modo especial e autónomo, são soluções que, fundamentando-se essencialmente em proposições político-criminais, devem ser tida como legítimas e boas, porque melhoram o cumprimento da função jurídico-penal. Por isso, estando em curso a revisão do Código Penal de Macau, e sendo alguns dos crimes que aqui analisámos os que estão na mira do legislador, podemos dizer que pode a Convenção de Istambul servir de inspiração e a solução portuguesa de modelo, porque se trata de um passo importante para a modernização da sociedade macaense.

Por outro lado, no entanto, entendemos que a opção seguida pelo legislador português, de simplesmente incorporar as novas situações no Código Penal, pode não ser sempre a melhor solução se, para além do regime sancionatório penal, se apostar também em outras medidas preventivas, protecionistas e restaurativas que em cada caso persigam os mesmos objetivos do sistema jurídico-penal, mas eventualmente com menos perdas e mais ganhos axiológicos. Sirva de exemplo, aqui, a solução que Macau adoptou para a prevenção e repressão da violência doméstica.

Anexo

(normas referenciadas do Código Penal português)

Artigo 144.º-A (Mutilação genital feminina)

- 1 - Quem mutilar genitalmente, total ou parcialmente, pessoa do sexo feminino através de clitoridectomia, de infibulação, de excisão ou de qualquer outra prática lesiva do aparelho genital feminino por razões não médicas é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos.
- 2 - Os atos preparatórios do crime previsto no número anterior são punidos com pena de prisão até 3 anos.

Artigo 154.º-A (Perseguição)

- 1 - Quem, de modo reiterado, perseguir ou assediar outra pessoa, por qualquer meio, direta ou indiretamente, de forma adequada a provocar-lhe medo ou inquietação ou a prejudicar a sua liberdade de determinação, é punido com pena de prisão até 3 anos ou pena de multa, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal.
- 2 - A tentativa é punível.
- 3 - Nos casos previstos no n.º 1, podem ser aplicadas ao arguido as penas acessórias de proibição de contacto com a vítima pelo período de 6 meses a 3 anos e de obrigação de frequência de programas específicos de prevenção de condutas típicas da perseguição.
- 4 - A pena acessória de proibição de contacto com a vítima deve incluir o afastamento da residência ou do local de trabalho desta e o seu cumprimento deve ser fiscalizado por meios técnicos de controlo à distância.
- 5 - O procedimento criminal depende de queixa

Artigo 154.º-B (Casamento forçado)

Quem constranger outra pessoa a contrair casamento ou união equiparável à do casamento é punido com pena de prisão até 5 anos.

Artigo 154.º-C (Atos preparatórios)

Os atos preparatórios do crime previsto no artigo anterior, incluindo o de atrair a vítima para território diferente do da sua residência com o intuito de a constranger a contrair casamento ou união equiparável à do casamento, são punidos com pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 120 dias.

Artigo 247.º (Bigamia)

Quem:

- a) Sendo casado, contrair outro casamento; ou
- b) Contrair casamento com pessoa casada;

é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.

Artigo 248.º (Falsificação de estado civil)

Quem:

- a) Fizer figurar no registo civil nascimento inexistente; ou
- b) De maneira a pôr em perigo a verificação oficial de estado civil ou de posição jurídica familiar, usurpar, alterar, supuser ou encobrir o seu estado civil ou a posição jurídica familiar de outra pessoa;

é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.

Artigo 249.º (Subtração de menor)

1 - Quem:

- a) Subtrair menor;
- b) Por meio de violência ou de ameaça com mal importante determinar menor a fugir; ou
- c) De um modo repetido e injustificado, não cumprir o regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais, ao recusar, atrasar ou dificultar significativamente a sua entrega ou acolhimento;

é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias.

2 - Nos casos previstos na alínea c) do n.º 1, a pena é especialmente atenuada quando a conduta do agente tiver sido condicionada pelo respeito pela vontade do menor com idade superior a 12 anos.

3 - O procedimento criminal depende de queixa.

Artigo 250.º (Violação da obrigação de alimentos)

1 - Quem, estando legalmente obrigado a prestar alimentos e em condições de o fazer, não cumprir a obrigação no prazo de dois meses seguintes ao vencimento, é punido com pena de multa até 120 dias. 2 - A prática reiterada do crime referido no número anterior é punível com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias.

3 - Quem, estando legalmente obrigado a prestar alimentos e em condições de o fazer, não cumprir a obrigação, pondo em perigo a satisfação, sem auxílio de terceiro, das necessidades fundamentais de quem a eles tem direito, é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de

multa até 240 dias.

- 4 - Quem, com a intenção de não prestar alimentos, se colocar na impossibilidade de o fazer e violar a obrigação a que está sujeito criando o perigo previsto no número anterior, é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias.
- 5 - O procedimento criminal depende de queixa.
- 6 - Se a obrigação vier a ser cumprida, pode o tribunal dispensar de pena ou declarar extinta, no todo ou em parte, a pena ainda não cumprida.