

As penas aplicáveis aos pais no âmbito do crime de violência doméstica e a tutela do superior interesse da criança

Maria Elisabete Ferreira

(Professora Auxiliar da Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa)⁽¹⁾

Resumo: o problema da eficácia das penas no âmbito da violência doméstica é dos mais delicados que cabem ao direito penal solucionar, precisamente porque existe ou existiu entre o agressor e a vítima uma ligação intrínseca, afetiva e de convivência, por vezes indissolúvel, como é o caso do vínculo paterno-filial. O presente artigo pretende refletir sobre o papel das penas aplicáveis aos pais no âmbito do crime de violência doméstica como forma de tutela do superior interesse da criança⁽²⁾.

Palavras-chave: violência doméstica; penas principais; penas acessórias; superior interesse da criança.

¹ Investigadora do CEID – Católica Research Centre for the Future of Law. Licenciada em Direito pela Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa, em 1999. Mestre em Direito pela Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa, na área das Ciências Jurídico-Civilísticas, em 2004. Doutoramento em Direito pela Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa, em 2014. Principal área de investigação: Direito Penal/ Violência Doméstica/ Direito das Crianças.

² O texto que agora se publica corresponde, com poucas alterações, à comunicação da autora no III Encontro de Professores de Direito e Processo Penal - Jorge de Figueiredo Dias - "A tutela penal das vítimas vulneráveis em razão da idade", que decorreu na Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto, no dia 3 de novembro de 2017.

1. Introdução

É consabido que a dogmática penal atribui às penas finalidades de prevenção geral e especial. No crime de violência doméstica, a condenação do infrator procurará transmitir à sociedade a mensagem de que os fenómenos agressivos no seio familiar não são tolerados e são de dissuadir, e no plano individual procura-se inculcar no agressor doméstico o respeito pela pessoa do outro, na sua dignidade. Muito embora o Direito Penal se apresente como um ramo de Direito Público, em que se tutelam bens jurídico-penais, por definição bens fundamentais para a comunidade no seu todo, e perfilando-se a ofensa penal como uma ofensa a toda a comunidade, o que fundamenta a administração pública da justiça penal, certo é que, a consideração dos interesses da vítima, em geral, e da vítima especialmente vulnerável, em particular, tem-se revestido de uma importância crescente para o legislador português, o que esteve na base da conquista recente em que se traduziu a elevação da vítima a sujeito jurídico-processual penal, no artigo 67º A do CPP. Assim, é legítimo afirmar que a pena, maxime a pena acessória, comporta também, de forma secundária, e designadamente no que concerne aos crimes eminentemente pessoais, uma dimensão de tutela dos interesses da vítima.

Sendo discutido o problema da eficácia das penas no âmbito da violência doméstica, como um dos mais delicados que cabem ao direito penal solucionar, precisamente porque existe ou existiu entre o agressor e a vítima uma ligação intrínseca, afetiva e de convivência, por vezes indissolúvel, como é o caso do vínculo paterno-filial, nos propomos em seguida refletir sobre o papel das penas aplicáveis aos pais no âmbito do crime de violência doméstica como forma de tutela do superior interesse da criança.

2. Penas aplicáveis ao crime de violência doméstica.

Como sabemos, o crime de violência doméstica deve a sua epígrafe à revisão de 2007 do Código Penal, que separou o anterior artigo 152º em três artigos:

o artigo 152º, epigrafado violência doméstica, o 152º A, maus-tratos a menores e subordinados, e o artigo 152º B, violação de regras de segurança.

Presentemente, no artigo 152º do Código Penal, pode ler-se que:

“Artigo 152º

Violência doméstica

1 - Quem, de modo reiterado ou não, infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais:

- a) Ao cônjuge ou ex-cônjuge;*
- b) A pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação;*
- c) A progenitor de descendente comum em 1.º grau; ou*
- d) A pessoa particularmente indefesa, nomeadamente em razão da idade, deficiência, doença, gravidez ou dependência económica, que com ele coabite; é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.*

2 - No caso previsto no número anterior, se o agente praticar o facto contra menor, na presença de menor, no domicílio comum ou no domicílio da vítima é punido com pena de prisão de dois a cinco anos.

3 - Se dos factos previstos no n.º 1 resultar:

- a) Ofensa à integridade física grave, o agente é punido com pena de prisão de dois a oito anos;*
- b) A morte, o agente é punido com pena de prisão de três a dez anos.*

4 - Nos casos previstos nos números anteriores, podem ser aplicadas ao arguido as penas acessórias de proibição de contacto com a vítima e de proibição de uso e porte de armas, pelo período de seis meses a cinco anos, e de obrigação de frequência de programas específicos de prevenção da violência doméstica.

5 - 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.

6 - Quem for condenado por crime previsto neste artigo pode, atenta a concreta gravidade do facto e a sua conexão com a função exercida pelo agente, ser inibido do exercício do poder paternal, da tutela ou da curatela por um período de um a dez anos.”

Revisando o elenco de penas que o Código Penal propõe para este crime, encontramos, em primeira linha, a pena principal de prisão – no caso da vítima ser menor, estará em causa o n.º 2, logo, uma pena de 2 a 5 anos de prisão. Mas encontramos também penas acessórias: proibição de contacto com a vítima; proibição de uso e porte de armas, pelo período de seis meses a cinco anos; obrigação de frequência de programas específicos de prevenção da violência

doméstica; e inibição do exercício das responsabilidades parentais. Em relação aos pais infratores, a aplicabilidade destas penas acessórias deve-se à revisão de 2007, pois até aí estava afastada a possibilidade de ao agente infrator poder ser aplicada uma pena acessória quando a vítima era o filho ou filha menor. É de aplaudir na revisão de 2007, em particular a consagração da possibilidade de inibição das responsabilidades parentais, que já era possível de ser decretada como pena acessória pela prática de crimes sexuais. A diversidade de tratamento dos então maus tratos e dos crimes sexuais, quanto à aplicabilidade desta pena acessória não fazia sentido, como o legislador penal acabou por reconhecer.

3. Pena principal

Começando pela análise da eficácia da pena principal para a tutela do interesse do menor, sempre se dirá que a moldura penal em causa se inscreve entre os 2 e os 5 anos, o que significa que, quando o arguido não apresenta antecedentes criminais, ou pelo menos, não os apresenta em relação à prática de crimes contra as pessoas, sucede que, em regra, os tribunais optam pela condenação em pena de prisão, mas suspendem a sua execução, desde que se encontrem verificados os pressupostos de que esta depende: desde que a personalidade do agente, as condições da sua vida, a sua conduta anterior e posterior ao crime e as circunstâncias em que este foi praticado permitam concluir que a simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam adequadamente as finalidades da punição. Será ainda pensável, dependendo do quantum de pena aplicada, o recurso a penas de substituição: a substituição por multa ou a possibilidade de permanência na habitação, mas diga-se, em abono da verdade, que estas hipóteses serão muito pouco prováveis. Arriscamo-nos a afirmar que qualquer delas seria manifestamente insuficiente e inadequada para salvaguardar as finalidades da punição.

Pergunta-se, pelo menos em tese: será desejável, na perspetiva do interesse do menor, que o progenitor agressor cumpra a pena de prisão em que foi condenado, ou, ao invés, é preferível que o progenitor permaneça em liberdade,

beneficiando da suspensão de execução da pena, sujeita, claro está, ao cumprimento de deveres e regras de conduta?

A resposta a esta questão não poderá ser dada em abstrato, nem tão pouco de ânimo leve, mas dependerá da ponderação de diversos fatores, tais como: a gravidade do facto, a personalidade concreta do agressor, o juízo de prognose favorável ou desfavorável em relação à conduta futura deste e, *last but not least*, o interesse da criança. Concretizando, teremos que reconhecer que há determinadas condutas que, pela sua gravidade intrínseca, pelas suas consequências na saúde física e/ou psíquica do menor e pelo grau de culpa demonstrado com a prática do facto, terão que punir-se com pena de prisão efetiva. Afirmam-se nestes casos, fortes necessidades de prevenção geral e especial. Mas a avaliação do custo/benefício no cumprimento da pena de prisão efetiva deverá ser feita de forma cuidada, recorrendo aos parâmetros gerais de determinação da pena concreta, mas, neste caso em particular, também ao superior interesse da criança.

Os tribunais deverão socorrer-se de pareceres técnicos, de psicólogos e técnicos de ação social, no sentido de lhes ser possível concluir com maior segurança se o afastamento do agressor através da privação da liberdade é mais benéfico ou mais prejudicial para o desenvolvimento da criança agredida. Casos há, em que o afastamento do agressor do contacto com a criança poderá representar inclusivamente uma revitimação, que é altamente desaconselhável. Por essa razão, feita que esteja essa ponderação cuidada, somos relativamente otimistas quanto aos benefícios da suspensão da execução da pena em casos de violência doméstica, designadamente contra menores, em casos pouco graves. Se os comportamentos agressivos se devem a dependência de álcool ou estupefacientes, a suspensão poderá determinar-se, subordinada ao cumprimento de programa de desintoxicação, ou no caso de qualquer progenitor agressor, à frequência de programa sobre educação parental. No domínio da violência doméstica o direito penal não pode atuar sozinho e, por isso, em paralelo, deverá desencadear-se processo de promoção e proteção em que tenha lugar a aplicação

de medida de proteção, como o apoio junto dos pais, ou outra que em concreto de mostre adequada.

A privação de liberdade do progenitor agressor pode inclusivamente colocar a família em dificuldades económicas, quando este seja a principal fonte de rendimento do agregado familiar, por privá-lo temporariamente do seu emprego. Recomenda-se, por todas estas razões, extrema prudência, na hora de optar pela suspensão da execução da pena de prisão, ou pelo cumprimento da pena de prisão efetiva.

4. Penas acessórias

De grande valia para a tutela do superior interesse da criança consideramos as penas acessórias a que já fizemos referência acima. Em particular, quando falamos de progenitor agressor, é pensável a proibição de contacto com a vítima, a inibição das responsabilidades parentais e a frequência de programas de prevenção de violência doméstica, mas talvez já não tanto a proibição de uso e porte de armas, uma vez que as agressões a crianças dificilmente se concretizam por essa via, bastante mais comum na violência entre cônjuges e equiparados.

Destas, aquela que levanta menos questões, a que pode conduzir a melhores resultados, mas simultaneamente pode resultar no maior fracasso, é a pena acessória de obrigação de frequência de programas específicos de prevenção da violência doméstica.

Na verdade, se ensinamos aos nossos alunos de direito penal que a pena tem uma finalidade de prevenção especial positiva e que o nosso ordenamento jurídico assenta num princípio fundamental da corrigibilidade do delinquente, também é verdade que a prática, por vezes, nos demonstra o contrário, mormente neste domínio da violência doméstica, em que as motivações para a prática deste crime são complexas e contendem com padrões de conduta interiorizados pelo agressor ao longo de décadas, paradigmas de resposta assentes numa ideia de sociedade patriarcal, supra/infra ordenada, que não desaparecem como mero efeito do cumprimento da pena.

Em bom rigor, contrariando todas as teorias, no âmbito da violência doméstica a ressocialização do progenitor não procede do cumprimento da pena principal, mas poderá obter-se à custa do sucesso na aplicação desta pena acessória de obrigação de frequência de programas específicos para a prevenção da violência doméstica. Em particular, quando falamos de violência contra os filhos, fará sentido, como já foi dito anteriormente, a frequência de programas de educação parental. Será imprescindível fazer os pais compreenderem que existem outras formas preferenciais de educação, pela palavra e pelo exemplo, e que o castigo corporal não é juridicamente defensável. É necessário todo um trabalho com o progenitor agressor que fomente a sua adesão interior a uma nova forma de perceber a sua relação com a criança e o seu papel como educador. A mera administração de uma pena, ainda que de prisão efetiva, vai desempenhar uma função de prevenção especial negativa, de dissuasão, (de ameaça) mas não uma função de prevenção especial positiva. E a criança precisa de muito mais.

Reconheça-se, com honestidade, um perigo: o de que a imposição de uma mera “frequência” dos referidos programas não garanta essa adesão interior do progenitor condenado que se almeja, mas temos dificuldade em imaginar solução mais assertiva do que esta que o legislador configurou. Por outro lado, a aplicação destas penas levanta alguns problemas: quando falamos de proibição de contactos com a vítima, se estamos a falar dos progenitores, a eles cabe o exercício das responsabilidades parentais e parece-nos que a proibição de contactos deverá andar quase sempre associada à pena acessória de inibição das responsabilidades parentais.

5. Problemas relativos à pena acessória de inibição das responsabilidades parentais

O problema mais interessante que se coloca em relação à aplicação da pena acessória de inibição das responsabilidades parentais é o da sua compatibilização com o regime estritamente civil, relativo ao levantamento da inibição quando deixe de subsistir a situação fáctica que serviu de fundamento ao decretamento da

inibição. A inibição das responsabilidades parentais aplicada em razão do disposto no número 6 do artigo 152º do CP, a tratar-se de uma verdadeira pena acessória, não poderá ser levantada se hipoteticamente o progenitor condenado entretanto se reabilitar para o desempenho das responsabilidades parentais, e for do interesse da criança o restabelecimento dos contactos em relação a este progenitor inibido, bem como o restabelecimento do exercício, por este, das respetivas responsabilidades parentais.

Já o artigo 1916º do Código Civil determina, quanto ao levantamento da inibição, que esta será levantada quando cessem as causas que lhe deram origem. O levantamento pelo Ministério Público poderá ser pedido a todo tempo e os pais poderão requerê-lo desde que decorrido um ano sobre o trânsito em julgado da sentença de inibição ou da que houver desatendido outro pedido de levantamento.

Imagine-se, em tese, que um progenitor toxicodependente tenha infligido maus tratos graves a um filho de 18 meses. A ponderação concreta das circunstâncias do caso vem a determinar que se aplique uma pena de prisão efetiva de 2 anos e a inibição das responsabilidades parentais por 4 anos. O progenitor condenado acaba por frequentar com sucesso um programa de desintoxicação que o reabilita a 100% enquanto cidadão e pai. Imagine-se, mais uma vez, que a criança não tem memórias das agressões e que os psicólogos consideram benéfico para a criança a reunião familiar. De uma perspectiva estritamente penal, nada parece poder fazer-se, uma vez que a pena acessória terá que ser cumprida. Diversamente, se os factos que estão na base da decisão de inibição tivessem desencadeado um processo de natureza cível, poderia aplicar-se o regime do artigo 1916º do Código Civil.

Então, *quid iuris*?

Antes de responder a esta questão, deve alertar-se para o facto de esta questão ser muito mais teórica do que prática, porque é de supor que os tribunais procederão com o cuidado necessário ao determinar uma medida da pena acessória proporcional à gravidade da infração, às exigências de prevenção do caso e, mormente, ao interesse do menor. Mas não deixa de ser verdade que, por vezes,

quadros muito negros acabam por sofrer reviravoltas inesperadas que surpreendem o juiz mais previdente e diligente. Neste caso, ao estarmos perante uma pena acessória, ela terá que cumprir-se, e em consequência, estaremos a privar a criança do convívio com o progenitor e do contributo positivo que ele ainda possa trazer para o bem-estar, a saúde, a formação e a educação da criança. Ou será que o nosso ordenamento jurídico-penal não assenta num princípio fundamental da corrigibilidade de todo o delinvente? Por outro lado, e em sentido inverso, nada nos garante que, findo o prazo de inibição, o progenitor já se encontre em condições de contribuir favoravelmente para o projeto de vida da criança. O mero decurso do tempo não chega para acautelar devidamente o superior interesse da criança. Mas aí, o problema resolve-se por apelo aos mecanismos do Direito Civil.

Voltando ao exemplo que aqui trouxemos, uma solução para o problema que apresentamos seria o de, ao invés de denominarmos o disposto no artigo 152º, n.º 6 de pena acessória, lhe chamarmos medida de segurança e fazer-lhe aplicar o respetivo regime. Não se poderá ignorar que subjacente a esta inibição está a preocupação do legislador com a reiteração de comportamentos que possam colocar em risco a criança, logo, afirma-se aqui uma lógica de perigosidade... No entanto, não nos parece que esta opção seja válida, do ponto de vista dogmático, muito embora a letra da lei não lhe chame, em bom rigor, pena acessória. Faz até uma distinção, ao chamar claramente pena acessória às modalidades previstas no número 4 e não ao teor do n.º 6, mas se compararmos o conteúdo deste número 6 com o disposto no artigo 69º - C, outra alternativa não restará, que não seja a de qualificar a inibição das responsabilidades parentais como pena acessória, porque o artigo 69º - C se encontra sistematicamente inserido no capítulo III, relativo às penas acessórias.

Assim sendo, na medida em que o levantamento da inibição não seja possível após a cessação dos factos que o justificaram, e que determinaram a aplicação desta pena acessória, podemos encontrarmos perante uma inconstitucionalidade deste artigo 152º, n.º 6, por violação do artigo 36º, n.ºs 5 e 6, da CRP: o direito dos pais à educação e manutenção dos filhos e o princípio da

inseparabilidade dos filhos dos pais. Na verdade, esta separação só poderá ocorrer quando os pais não cumpram os seus deveres para com os filhos, sempre por decisão judicial, mas não poderá subsistir quando cessa a causa que determinou esta separação. Será forçoso concluir-se que, como está, a inibição das responsabilidades parentais enquanto pena acessória nos exatos termos propostos pelo Código Penal, não salvaguarda inteiramente o superior interesse da criança.

Propomos, por isso, *de lege ferenda* uma solução que, deixando intocada a questão dogmática da qualificação da inibição das responsabilidades parentais como pena acessória ou medida de segurança, permita, pelo menos, salvaguardar a tutela do superior interesse da criança. O Código Penal não prevê para os condenados pela prática do crime de violência doméstica, a quem seja aplicada a inibição das responsabilidades parentais, uma solução idêntica à prevista para as medidas de segurança não privativas da liberdade. Referimo-nos aqui à possibilidade que o artigo 103.º do Código Penal concede aos interditos para, cumpridos determinados prazos mínimos, solicitarem a remoção da medida de segurança pelo desaparecimento dos pressupostos que ditaram a sua aplicação. Defendemos, por isso, que o artigo 152.º, n.º 6 passe a adotar a seguinte redação: “*É correspondentemente aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo 103.º*”.

6. Conclusões

Em jeito de conclusão, dir-se-á que as penas previstas para o crime de violência doméstica estão, no seu geral, em consonância com a tutela do superior interesse da criança, sobretudo no que se refere às penas acessórias, em particular a inibição das responsabilidades parentais, mas é importante repensar o regime da sua aplicação e a sua articulação com a inibição no âmbito de processo cível, para se garantir essa tutela efetiva do superior interesse da criança.