

O CASTIGO FÍSICO DOS MENORES NO DIREITO PENAL

MARIA PAULA LEITE RIBEIRO DE FARIA

“Uma semana foi preciso para que eu me recuperasse todo. Não provinha das dores nem das pancadas o meu desânimo. Verdade que em casa começaram a me tratar bem que dava para desconfiar. Mas faltava qualquer coisa. Qualquer coisa importante que me fizesse voltar a ser o mesmo, talvez a acreditar nas pessoas, na bondade delas”.

José Mauro de Vasconcelos (*O Meu Pé de Laranja Lima*)

SUMÁRIO: 1. Introdução. As legislações pioneiras neste domínio (o caso sueco e o caso alemão); a lição do nosso direito positivo. 2. A questão da unidade do sistema jurídico e a admissibilidade de uma ilicitude especificamente penal. 3. A possibilidade de resolver o problema das violações à integridade física do menor em sede de tipicidade — o recurso à figura da adequação social. 4. A adequação social da conduta do educador; os seus pressupostos. 5. A justificação da conduta do educador. 6. As soluções processuais e a tese do direito penal reflexivo de BUSSMANN. 7. A queixa e a acusação particular e a proposta de BUSSMANN; a conversão de todas estas infracções em crimes públicos. 8. As possibilidades de diversão processual — o arquivamento do processo e a solução do nosso Código Civil. 9. Os casos de violência inequívoca no âmbito familiar.

1. Quase cinco anos volvidos sobre a publicação do artigo “A lesão da integridade física e o direito de educar” na edição comemorativa dos vinte anos do Curso de Direito no Porto da Universidade Católica ⁽¹⁾, ao voltar a ter presente o que aí escrevemos sobre esta matéria e as soluções

⁽¹⁾ *A Lesão da Integridade Física e o Direito de Educar — Uma Questão “Também” Jurídica*, em *Juris et de Jure, Nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa — Porto*, Porto, 1998, págs. 901 e ss.

que fomos propondo, deu-se conta que a nossa posição já não é a de então, e que, ao longo deste espaço de tempo, não só se foram verificando alterações no panorama legislativo nacional, e de outros países, relacionadas com o tratamento desta questão, como se foram tornando cada vez mais claras outras vias de enquadramento dogmático das medidas de correcção aplicadas a menores. A nossa preocupação é, por isso, a de deixar testemunho destas novas formas de resolução do problema, ao mesmo tempo que se abandona, ou se deixa para trás, a perspectiva que foi por nós anteriormente defendida da justificação da conduta do educador.

A discussão em torno da legitimidade ou da ilegitimidade da aplicação de castigos a menores deixa-se influenciar de forma determinante pelas valorações sociais vigentes numa determinada sociedade e numa determinada época histórica. Acompanha de perto a evolução de sentido do poder paternal que, tendo começado por ser um poder de domínio, quase de propriedade sobre os filhos, passou progressivamente a ser entendido como um poder-dever, funcionalizado, exercido sempre no interesse do menor (art. 1878.º do Código Civil) (2). Deixa-se influen-

(2) Salientam, entre nós, a natureza funcionalizada deste poder, entre outros, PEREIRA COELHO, Francisco/OLIVEIRA, Guilherme, *Curso de Direito da Família, Vol. I, Introdução, Direito Matrimonial*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2001, HÖRSTER, H. E., *A Parte Geral do Código Civil Português*, 2002 (reimpressão), pág. 257, SOTTOMAYOR, Clara, *Breves Reflexões sobre a Evolução do Estatuto da Criança e a Tutela do Nascituro, Juris et de Jure, Nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa — Porto*, Porto, 1998, págs. 173 e ss., pág. 179. Acerca da evolução histórica do poder paternal até aos nossos dias, veja-se, de igual modo, SOTTOMAYOR, Clara, *ibidem*, págs. 175 e ss. No direito romano, o pai ou o ascendente masculino mais idoso podia vender ou abandonar qualquer dos membros do seu agregado familiar, ou utilizá-los como meio de ressarcimento dos danos por ele causados. Tinha poder de vida e de morte sobre os filhos, e a ordem jurídica tutelava esse poder como um poder duradouro, que continuava a estender-se aos filhos depois de casados, independentemente da sua menoridade ou maioridade. Este estado de coisas apenas veio a sofrer alterações com a influência da filosofia cristã e com a queda do Império Romano do Ocidente. Este poder sobre as pessoas passou aí a sofrer limitações, tendo as novas relações no seio da família dado origem a um conjunto de direitos e obrigações recíprocas: o pai deixa de poder obrigar o filho a casar-se ou a divorciar-se, o filho passa a poder obrigar o pai a consentir no seu casamento sempre que a sua recusa em consentir seja abusiva; em contrapartida, a lei reconhece ao pai um direito de correcção que, em caso de abuso, pode conduzir à supressão desse poder, à perseguição criminal, ou à emancipação forçada do filho. O *pater familias* deixa também de poder comprar e vender os seus descendentes. E se é certo que estamos aqui perante limitações de conteúdo do poder paternal, ter-se-ia que aguardar séculos até se poder falar de verdadeira “funcionalização” desse poder.

ciar pelas mudanças sentidas ao nível da estrutura familiar e pelo peso e pela posição que a criança e os seus direitos foram adquirindo no seio da família e da sociedade. Relaciona-se com a consagração de direitos fundamentais da criança (a Assembleia da República ratificou, em 1990, a Convenção dos Direitos da Criança — Resolução n.º 20/90, de 12 de Setembro — que obriga os países signatários a apresentar um relatório periódico nesta matéria ao Comité das Nações Unidas para os Direitos da Criança sobre os projectos de implementação dos princípios contidos na Convenção).

Grande parte da atenção que é dirigida ao fenómeno da violência na família encontra todavia as suas raízes na sociedade, onde se trata de discutir e de lançar luz sobre as causas que levam à violência nas escolas, ao aumento em flecha da violência nos estádios, aos incidentes que envolvem jovens com opções políticas radicais como a perseguição a estrangeiros movida por grupos de *skin-heads*, ou à prática de crimes cometidos por crianças contra outras crianças. Procura-se a explicação para todos estes factos, e tende-se muitas vezes a encontrá-la no seio da própria família: a violência gera a violência, há a repetição do modelo, pelo que deve ser rigorosamente proibida toda a manifestação de violência na família ⁽³⁾. Isto sem perder naturalmente de vista a primeira razão que conduz à proibição da violência doméstica e que diz respeito à protecção da própria criança que é vítima de agressão.

Por todos estes motivos é fácil de compreender que se tenham multiplicado um pouco por todo o mundo os movimentos em defesa dos direitos da criança e contra a violência na família, movimentos estes que tomam como um dos seus objectivos fundamentais a abolição do castigo físico como meio educativo e a consagração legislativa dessa proibição (muito embora seja necessário ter em conta que a proibição do castigo físico em si mesmo considerado pode envolver o risco do aumento em flecha de maus tratos de outra natureza, designadamente de carácter psicológico, na família, o que decerto não constitui mal menor — com o que não se pretende dizer que esta seja razão suficiente ou capaz de justificar a permissão de qualquer forma de violência). O país que se revelou pioneiro na adopção de medidas legislativas tendentes a eliminar esta forma de castigo

⁽³⁾ GÜNTHER, *Die Auswirkungen familienrechtlicher Verbote auf das Strafrecht, Festschrift für Lange*, 1992, págs. 877 e ss., pág. 882.

foi a Suécia, que no período de tempo compreendido entre 1979 e 1984 era o único dos países industrializados cuja lei proibia expressamente a sua utilização como meio de correcção ⁽⁴⁾. Em 2002, elevou-se para nove o número dos países da Europa a aprovar legislação nesse sentido, entre os quais se conta a Alemanha.

Na Alemanha, a *Comissão contra a Violência* veio propor, em 1995, a alteração do § 1631, n.º 2, do BGB, de forma a proibir toda a forma de castigo físico ⁽⁵⁾. Esta proposta de alteração não foi aceite, tendo mantido a referida disposição a sua redacção original, muito embora em 1997, e depois de um aceso debate legislativo, tivesse sido introduzida pela *KindRG* uma precisão importante nesta matéria, que se relacionava com a proibição da utilização de “métodos degradantes de disciplina, incluindo o abuso físico e psicológico”. Repare-se que não se puniam determinadas formas de castigo, mas o “abuso” ou o “excesso” no castigo, pelo que se mantinham “margens” de castigo físico juridicamente toleradas ou permitidas, ou, pelo menos, juridicamente indiferentes. É em 2000 que é então aprovada a proposta da *Comissão pelos direitos da criança*, inicialmente recusada, passando a partir daí a dispôr o Abs. 2 do § 1631 do BGB o seguinte: “As crian-

(4) Um estudo acerca dos efeitos da aplicação da lei no comportamento da comunidade educativa demonstra que o número de casos de abuso da força em relação às crianças declinou substancialmente na Suécia a partir da aprovação da lei que proibiu o castigo físico: o número de ocorrências apresentado pelo Hospital de St. Goan’s em Estocolmo, que recebe todos os casos de maus tratos infantis, era, em 1989, um sexto do número de ocorrências correspondente a 1970. Em meados dos anos oitenta, as taxas de castigo físico e abusos infantis apresentadas pela Suécia eram metade das que tinham lugar no mesmo período para os Estados Unidos, e a percentagem de morte infantil devido a abuso era menos de um terço da percentagem para os Estados Unidos. Uma vez que o grande objectivo da lei era o de mudar as atitudes das pessoas face aos castigos físicos, importa de igual modo referir que, em 1971, a percentagem da população sueca que tinha o castigo físico como uma necessidade educativa era de 35%. Em 1981, esta percentagem tinha baixado para 26%. Em 1994, foi levado a cabo um inquérito supervisionado pelo Ministério da Saúde e dos Assuntos Sociais que veio a revelar que apenas 11% dos suecos continuava a ver o castigo físico como um importante instrumento educativo. Cfr., a este propósito, <http://silcon.com/~ptave/durrant.htm>.

(5) O § 1631 (*Conteúdo do poder paternal; limitação das medidas educativas*) do BGB tinha a seguinte redacção: (1) “O poder paternal abrange em particular o dever e o direito de cuidar da criança, de a educar, de a vigiar, e de determinar a sua residência. (2) Medidas educativas lesivas da dignidade humana são ilegítimas. (3) O Tribunal de menores deve apoiar o exercício do poder paternal pelos pais em casos particulares mediante requerimento”.

ças devem ser educadas sem o recurso à força. Medidas de correcção ofensivas da dignidade da pessoa, em particular castigos físicos e psicológicos, são ilegítimas” (6) (7).

O nosso Código Civil não estabelece restrições à natureza dos meios educativos utilizados ou empregues pelo educador, e por isso, parece-nos, que poderá ser tida como legítima a aplicação de um castigo moderado, no desempenho da tarefa educativa, sempre que as circunstâncias do caso não apontem para uma violação da dignidade do menor (8). Esta valoração das circunstâncias tem um peso determinante na qualificação da conduta do agente como lícita ou ilícita, sendo de entender nesse sentido o art. 1878.º, n.º 2, do Código Civil, que se refere à autonomia progressiva do menor na decisão dos assuntos que lhe dizem respeito, e que significa que o espaço de correcção que é reconhecido aos pais e a outros educadores se vai progressivamente reduzindo à medida que avança a idade do menor. Esta valoração diferenciada da conduta que aqui se permite, e que obriga o julgador a tomar ainda em linha

(6) Aprovaram de igual modo legislação a proibir o uso do castigo físico pelos pais e outros educadores a Áustria (1989), a Croácia (1999), o Chipre (1994), a Dinamarca (1997), a Finlândia (1983), e a Noruega (1987). Em Itália, a lei não foi alterada, mas, em 1996, o Supremo Tribunal declarou que todo o castigo físico é ilegal.

(7) De acordo com PETER HUBER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 8, Familienrecht II*, §§ 1589-1921, SGB VIII, 4.ª Aufl., München, 2002, anotação ao § 1631, I, pág. 810, esta disposição não se destina tanto a garantir a aplicação directa de sanções em caso da sua violação, como a assegurar a mudança de mentalidades dos pais. Seja como for, a verdade é que, a partir do momento em que a norma estabelece uma proibição, esta passa a valer enquanto tal no ordenamento jurídico, pelo que a infracção do dever acarreta sempre a possibilidade da responsabilização dos pais por violação dos direitos de personalidade do menor (reconhece-o expressamente o próprio HUBER, *ibidem*, n.º 30 e n.º 37).

(8) Acompanha-nos a legislação civil espanhola, cujo Código Civil estabelece no seu art. 154.º que os pais podem corrigir razoável e moderadamente os filhos. Para uma análise mais pormenorizada desta disposição, veja-se GIL DE LA CUESTA, *Comentario del Código Civil*, Barcelona, 2000, Editorial Bosch, anotação ao art. 154.º, págs. 433 e ss. E mesmo que se considere incorrecto falar-se hoje em dia de direito ou poder de correcção como causa de justificação de um comportamento em si mesmo contrário ao direito, não se retira entre nós da lei, diferentemente do que sucede ao nível da legislação alemã, a proibição absoluta de certas formas de castigo. Aliás, escreve GUILHERME DE OLIVEIRA, *Temas de Direito da Família*, Coimbra Editora, 1999, “A criança maltratada”, págs. 187 e ss., a este propósito: «A reforma do Código Civil de 1977 mostrou pudor de manter a redacção anterior do art. 1884.º (poder de correcção) que reconhecia aos pais o poder de “corrigir moderadamente o filho nas suas faltas”. Hoje, o texto afirma discretamente que os “filhos devem obediência aos pais”, embora ninguém pretenda que os pais tenham realmente perdido aquela faculdade de correcção, usando castigos proporcionados e moderados”.

de conta, além da idade do menor, os meios empregues pelo agente, o motivo que levou ao castigo, entre eventuais outros pontos de vista interpretativos, em ordem a decidir do cumprimento de um sentido de ilicitude típico é mais razoável do que a proibição absoluta de determinadas formas ou meios de correcção ⁽⁹⁾. Não se devendo todavia perder de vista que as representações sociais tendem cada vez mais a afastar-se da legitimidade deste tipo de castigos, e que a possibilidade de enveredar por uma valoração divergente do castigo físico no seio da família em relação ao sentido típico, é cada vez menor (e evidentemente que não nos estamos a referir a formas radicais de castigo, porque um castigo físico com cinto é sempre ilegítimo qualquer que tenha sido o motivo que lhe deu origem ⁽¹⁰⁾). Desaparecendo em definitivo essa possibilidade de valoração divergente onde a própria lei, como é o caso do Código Civil alemão, envereda pela sua proibição ⁽¹¹⁾ ⁽¹²⁾.

⁽⁹⁾ Colocando reticências em relação à alteração sofrida pelo § 1631 do BGB alemão, GÜNTHER, *ob. cit.*, pág. 901: “uma outra questão é a de saber se uma tal modificação no § 1631, Abs 2, do BGB, e a consequente intervenção na esfera privada familiar, seria a solução mais ponderada, tendo em conta o art. 6.º da GG, o direito da família e a pedagogia para a resolução dos problemas familiares”. E repare-se que não estamos a falar de fenómenos inequívocos de violência familiar, em relação à qual este autor fala expressamente de um “capítulo triste” da literatura jurídica, *ibidem*, pág. 880, nota 13, mas da abrangência com que foi formulada a proibição do BGB, em termos tais que inclui a simples “palmada no traseiro” (“*Klaps auf den Po*”), *ibidem*, pág. 878.

⁽¹⁰⁾ Este constitui de resto um caso limite, que se deixa acompanhar por uma série de outros exemplos em relação aos quais se torna evidente a influência que podem ter a realidade a regular e as concepções sociais vigentes num determinado momento na determinação do sentido da lei. Estamos a pensar em castigos que há vinte anos eram encarados pela consciência colectiva como perfeitamente comuns, como o encarceramento em quarto escuro, ou a colocação de orelhas de burro ou de um leteiro à criança na escola a descrever a falta cometida. Já nos parece mais discutível a valoração do comportamento do pai que passa umas horas sem falar à criança, parecendo ser de conferir aqui um papel determinante às circunstâncias em que o castigo tem lugar.

⁽¹¹⁾ Resolveu-se aqui em definitivo a questão de saber se a ilegitimidade do castigo físico passa ou não pela sua caracterização como mau trato. O legislador alemão tomou posição no sentido de considerar que qualquer forma de castigo físico implica uma diminuição da criança, independentemente da intensidade e do motivo que conduziu à utilização do castigo por parte do educador. É interessante todavia notar o seguinte: em primeiro lugar, a lei civil alemã refere-se expressamente a castigos físicos. O que significa que a proibição que se deixa formular no § 1631 não abrange intervenções com finalidade preventiva, como as que têm lugar onde o menor se precipita para a estrada, não reparando no sinal vermelho do semáforo, ou onde o menor se dispõe a atirar um vaso da varanda sobre alguém que vai a passar (aqui a prevenção refere-se claramente a terceiros). O que não significa, ao que pensamos, que estas medidas não devam estar sujeitas ao requisito da pro-

Mas se, por um lado, encontramos em alguns países a proibição absoluta do castigo físico com base no entendimento de que todo o castigo desta natureza, por muito leve que seja, implica sempre uma restrição dos direitos fundamentais da criança que, como tal, é de considerar ilegítima, e de que a permissão moderada tal como a consagra o nosso Código Civil, ou a versão intermédia (1997 a 2000) da lei civil alemã, constitui uma violação do direito ao igual tratamento da criança face à lei, a verdade é que encontramos de igual passo, designadamente em países de língua anglo-saxónica, a defesa de um direito de natureza consuetudinária à aplicação de castigos físicos nas escolas (mais precisamente em vinte e três Estados dos Estados Unidos da América, e na Inglaterra até 1999) ⁽¹³⁾. Em Janeiro de 2000, o Governo do Reino Unido procedeu a uma consulta da opinião pública no sentido de inquirir se a lei que permite “um castigo físico moderado” deveria ser modificada em ordem a garantir uma tutela mais eficaz dos direitos das crianças. Esta consulta não se dirigia todavia à abo-

porcionalidade, como o que orienta o desempenho de toda a tarefa educativa. Em segundo lugar, não restam dúvidas de que a possibilidade da aplicação das chamadas “intervenções táticas de leve envergadura” desaparece por completo à luz da lei alemã. Neste sentido, claramente, HUBER, *ob. cit.*, anotação ao § 1631, n.º 23, pág. 815.

(12) O legislador alemão também substituiu a expressão “mau trato psicológico” por “lesões psicológicas”, ao considerar o primeiro conceito excessivamente estreito. Passa a ser ilícita toda a lesão do bem estar psicológico da criança, pelo que são abrangidas por esta disposição afirmações que diminuem a criança aos olhos de terceiros, como reprimendas levadas a cabo na presença de amigos ou na escola, ou um relacionamento mais frio com a criança. De acordo com HUBER, *ob. cit.*, anotação ao § 1631, n.º 26, a lesão do bem estar psicológico depende da sensibilidade da criança, pelo que, onde a medida não lese essa sensibilidade não se pode ter por preenchido o conceito legal, podendo encontrar então aplicação a parte final desta disposição. Se os pais lançam mão de medidas educativas objectivamente capazes de lesar a integridade psicológica da criança, mas que, em concreto, não a lesam, porque a mesma criança é pouco sensível ou porque não deu conta do mau trato de que foi vítima (a criança que é vexada perante terceiros), não existe uma lesão psicológica, sendo colmatada a lacuna que aqui se verifica por via da parte da disposição que se refere expressamente a “outras medidas lesivas da dignidade da criança”.

(13) O número de castigos físicos aplicados pelos pais a filhos menores nos Estados Unidos terá declinado em 17% de 1988 para 2000, sendo de 41% a percentagem de pais que em 1999 terá utilizado o castigo físico contra os seus filhos, de acordo com um relatório apresentado pela organização americana de prevenção ao abuso infantil. O número destes castigos aplicados em escolas também terá diminuído: segundo a informação recolhida pelo Departamento da Educação dos Estados Unidos, foram castigados desta forma 365,058 estudantes em 1997-1998, o que representa uma diminuição em relação ao ano anterior em cerca de 27%. Conferir, acerca destes dados, <http://www.parentingcoalition.org/stories/global-progress-towards-ending-a.htm>. Ver, de igual modo, <http://www.stophitting.com>.

lição completa do castigo físico, mas à aprovação de linhas de orientação (elaboração de uma lista de factores) a serem fornecidas aos tribunais, de forma a permitir-lhes distinguir o castigo “razoável” do castigo “ilegítimo”, o que parece traduzir uma disposição generalizada para a aceitação da legitimidade de uma “parte” substancial desses castigos.

2. A grande questão que se suscita a este propósito e aquela que verdadeiramente nos importa é a seguinte: supondo que a lei civil vem a proibir toda a forma de castigo físico, ou, mesmo onde o não faça, como é o caso entre nós, mas partindo da aceitação que se tendem a apertar as malhas da legitimidade civil desse castigo, fica o direito penal vinculado a um juízo de ilegitimidade paralelo? Deve o direito penal acompanhar o juízo de ilicitude civil sobre estas formas de comportamento pela lesão da integridade física que consubstanciam? Ou até que ponto é que, ao centrar-se predominantemente o juízo de ilicitude penal sobre uma ideia global de valoração da conduta e não sobre um desvalor do resultado, não deve este ramo do direito entrar em linha de conta com outras considerações que se relacionam com as funções que lhe cabe desempenhar ⁽¹⁴⁾?

O problema coloca-se com clareza a propósito de uma decisão de um tribunal italiano, que condenou um pai por ter dado uma palmada a um filho em público. A história terá sido mais ou menos esta: o pai entregava todos os dias dinheiro ao filho para lhe ir comprar tabaco à tabacaria da esquina. Todos os dias o pai perguntava pelo troco a que tinha direito e o filho todos os dias lhe respondia que não tinha havido troco algum. Certo dia, agastado com a situação, o pai dirige-se à tabacaria em ordem a esclarecer a questão com o dono da loja e acusa-o de desonestidade e de fraude, acabando por se chegar à conclusão de que afinal o troco era sempre entregue, mas era o filho que ficava com ele e não o devolvia ao pai. Perante a desautorização e a mentira, o pai dá então, ainda dentro do estabelecimento, um safanão ao filho. Muito embora fique por apurar a violência do castigo e demais circunstâncias do caso, o certo é que o tribu-

⁽¹⁴⁾ Salienta, nesta linha de coisas, a distinção entre o conceito de força utilizado em direito civil e em direito penal HUBER, *ob. cit.*, anotação ao § 1631, n.º 19, pág. 814. Para o direito civil, constitui uso da força no desempenho da tarefa educativa o recurso pelo educador ao castigo físico, maus tratos psicológicos, e outras medidas ofensivas da dignidade da pessoa humana. Este uso da força pode todavia não ser jurídico-penalmente relevante, dependendo dos padrões e critérios próprios deste ramo de direito a afirmação ou a não afirmação da ilicitude da conduta do educador.

nal da Calábria, que decidiu em primeira instância do conflito, condenou o pai ao cumprimento de uma pena de seis meses de prisão por ofensas agravadas à integridade física, uma vez que a agressão teria tido lugar por “motivo fútil”, tendo a discussão do caso prosseguido de recurso em recurso até que a pena prescreveu. Interessante será notar como as opiniões se dividiram entre a posição adoptada pelo Supremo Tribunal, que entendia que não tinha existido um motivo fútil e que o castigo aplicado pelo pai tinha sido legítimo, e o Tribunal de segunda instância, que invocou motivos de prevenção geral a justificar a aplicação da pena, aplaudindo por isso o sentido da decisão do tribunal da primeira instância. Na nossa opinião, a aplicação de uma pena ao pai não se deixa justificar neste caso. Não porque não tenha existido em abstracto uma lesão da integridade física do menor, susceptível de desencadear a responsabilidade civil do educador em ordenamentos jurídicos como o alemão em que o uso do castigo físico é proibido. Simplesmente porque, dado o contexto, a situação, a conjuntura em que o facto é praticado, o sentido global da conduta, não permite falar de uma lesão jurídico-penalmente relevante da integridade física do mesmo menor. O comportamento do pai não coincide com o sentido da *fattispecie* normativa, a lesão não tem dignidade penal, e não existe necessidade punitiva.

Como se deixam então salvar de um juízo de ilegitimidade penal as medidas educativas, partindo da aceitação de que o direito penal apenas deve intervir nas relações familiares em casos extremos, revelando-se o funcionamento de mecanismos sancionatórios profundamente desestruturante da célula familiar? Como é que se pode neutralizar o mecanismo da “criminalização automática” de que falam na Alemanha, por exemplo, BUSSMANN e GÜNTHER ⁽¹⁵⁾?

Deixam-se afirmar soluções de direito material e soluções de natureza processual para o caso, relacionadas estas últimas com a possibilidade do arquivamento do processo penal. Ao nível das soluções de direito material, importa desde logo destacar a posição de GÜNTHER e a sua construção das causas especificamente penais ⁽¹⁶⁾, entendidas como um *ter-*

⁽¹⁵⁾ BUSSMANN, *Zur Einführung rechtlicher Regelungen sowie zum (Straf-)Recht als Kommunikationsmedium*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 2000, pág. 397, GÜNTHER, *ob. cit.*, pág. 899.

⁽¹⁶⁾ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, Carl Heymanns Verlag, 1983, págs. 352 e ss. Próximo da posição de Günther anda, na doutrina alemã,

tium genus entre as causas de exclusão da tipicidade e as causas de justificação em sentido próprio. Muito embora GÜNTHER comece por colocar a questão da valoração jurídico-penal da conduta do educador que aplica castigos físicos ao seu educando, que o priva de liberdade, ou que ofende a sua honra, em termos relativamente diferenciados daqueles que hoje são permitidos pela formulação do § 1631 do BGB, a verdade é que o seu pensamento não perdeu actualidade face à questão que aqui se discute. GÜNTHER admitia expressamente, em 1983, a existência de um direito de correcção dos pais que transformava a conduta que se movesse dentro dos seus pressupostos numa conduta legítima, lícita, justificada face a toda a ordem jurídica. Sucede que, e aqui ganha então relevância a construção das causas de justificação especificamente penais, onde o educador ultrapassasse em pouco as margens do direito que lhe cabia exercer (tornando evidente a proximidade ao pensamento dos graus do ilícito ou da diminuição do ilícito de KERN e de NOLL), muito embora subsistisse o juízo genérico de ilicitude, nem por isso se deixaria justificar a intervenção dos mecanismos do direito penal em ordem a punir a conduta havida. Entrar-se-ia numa zona cinzenta, intermédia, em que a conduta ilícita ainda não teria atingido o limiar da gravidade ou da dignidade que a afirmação do ilícito penal necessariamente supõe.

Certo que a situação legislativa na Alemanha não permite falar actualmente de um qualquer direito de correcção susceptível de justificar os castigos proibidos pelo § 1631. Todavia a razão que perpassa nas palavras de GÜNTHER está lá da mesma forma, e deixa-se relacionar com o recuo das valorações penais face a formas de comportamento que não têm dignidade penal, e isto qualquer que seja a posição que quanto a elas adoptem os restantes ramos do ordenamento jurídico. Escreve mais recentemente a este propósito: “a hipótese maioritariamente aceite de que a proibição no Direito da Família da aplicação de castigos físicos envolve forçosamente a criminalização do comportamento dos pais não convence. O Direito da Família pode determinar efectivamente a ilicitude de tais

REICHERT-HAMMER, *Zu den Grenzen der elterlichen Züchtigungsbefugnis*, BGH, *Beschluß* v. 25. 11. 1986 — 4 StR 605/86 (LG Siegen), JZ 1988, págs. 617 e ss., em particular pág. 622: “Um comportamento pedagogicamente justo não pode ser imposto pelos meios do direito penal. É necessário por isso reconhecer dentro de determinados limites um espaço livre de direito penal. Devem tornar-se possíveis intervenções estaduais e privadas a favor do bem da criança dentro deste âmbito”.

formas de conduta mas não pode prejudicar uma decisão genuinamente penal como é a de tomar posição acerca da criminalização dessa conduta e a sua punição com uma sanção penal”(...) “Se se comunicasse a um leigo que a ordem jurídica apenas deixa a escolha entre dois termos que são sentidos como injustos, a permissão dirigida aos pais no sentido de proceder a castigos pedagogicamente discutíveis ou a penalização dos pais, ele iria presumivelmente duvidar da justiça”. A reforma do § 1631, Abs. 2, do BGB é temperada através do reconhecimento de uma causa de justificação especificamente penal que designa então como “privilégio educativo” dos pais.

Muito embora se possa invocar a palavra de SCHMIDHÄUSER ou de STRATENWERTH em defesa de um conceito de ilicitude especificamente penal, de que não anda de igual modo longe SCHÜNEMANN, ao falar de “causas específicas de exclusão da danosidade social” ou de “causas de tolerância”, a verdade é que estes autores falam de um verdadeiro “ilícito penal” que GÜNTHER desconhece. Para GÜNTHER a dignidade e a necessidade penais valem como categorias avulsas do sistema criminal, o que permite manter um ilícito comum a todos os ramos do direito, ao mesmo tempo que se nega a relevância penal da conduta fora de quaisquer considerações típicas, no total desrespeito por uma ideia de igualdade ou de garantia do sujeito. Ora causas da justificação especificamente penais de GÜNTHER apenas podem ser entendidas como causas de exclusão da tipicidade, vindo por isso vinculadas à reconstrução de um sentido típico penalmente relevante, passando então a ser inegável a verdade das palavras do mesmo autor, onde, ao reconhecer a autonomia das valorações dos vários ramos do ordenamento jurídico, permite evitar que o direito penal perturbe com as suas sanções a resolução do conflito familiar pelo recurso a meios mais adequados de intervenção. Sendo certo que, relativamente à maior parte dos casos de castigo físico, o direito penal não deve intervir porque quebra desse modo o seu próprio fundamento de legitimidade (os critérios reitores de dignidade e de necessidade penal da intervenção).

3. Abre-se deste modo caminho à análise de todas aquelas posições que procuram resolver o problema em sede de tipicidade, considerando que a lesão da integridade física do menor que ocorre no regular cumprimento da tarefa educativa não constitui uma conduta penalmente relevante.

Uma primeira alternativa consiste em atender à gravidade da lesão

causada, em ordem a excluir a sua tipicidade, sempre que, utilizando um critério de dimensão ou quantidade, não se torne possível falar de “ofensa ao corpo” (solução bagatelar). Sucede que a maior parte dos castigos aplicados a menores tem efectiva dimensão física, pelo que esta via de exclusão da responsabilidade penal apenas pode ter lugar de forma coerente onde se deixe conjugar com a indagação sobre o sentido específico da lesão. Além de que se correria facilmente o risco de excluir do tipo legal de crime condutas justas e condutas injustas em plena igualdade de circunstâncias: acima de determinado limite de ofensa toda a actuação seria ilegítima, abaixo desse limiar tudo seria permitido (17).

Uma das soluções que mais adeptos (e simultaneamente mais detractores) tem encontrado é a que se socorre do conceito de adequação social como forma de afastar a responsabilidade penal dos pais ou de outros educadores pela utilização de castigos susceptíveis de lesar os bens jurídicos dos seus educandos. Tratar-se-ia de proceder a uma valoração global da conduta, capaz de permitir afirmar que o sentido social que lhe preside e que a informa não coincide com o sentido social que conduziu o legislador à incriminação de determinada forma de comportamento (aqui sobretudo a lesão da integridade física).

Há quatro anos defendíamos para todos estes casos a justificação da conduta do educador. Dizíamos então que o pai lesa efectivamente a integridade física do menor, a sua honra, os seus bens jurídicos ou interesses quaisquer que eles sejam, comete por conseguinte um facto ilícito, mas actua em nome de um outro interesse que ganha superioridade em relação a esses interesses do menor, interesse esse que neutraliza a ilicitude da conduta. Escrevia-se assim em 1998: “A não ser naquelas poucas hipóteses em que a actuação do educador não atinge a integridade física do menor porque não traduz uma ofensa ao corpo (e aí não se pode afirmar a tipicidade da conduta), por princípio, pelo menos assim o entendemos, a aplicação de um castigo físico lesa o bem jurídico tal como este foi configurado pelo legislador penal”. Ao mesmo tempo aceitava-se que o direito de correcção constituía, à luz da alí-

(17) De acordo com REICHERT-HAMMER, *ob. cit.*, pág. 618, a solução bagatelar não é de grande valia, uma vez que se pode tornar necessário excluir a relevância penal de castigos cuja gravidade vai para além do simples puxão de orelhas que o pai dá ao filho pequeno.

nea b) do n.º 2 do art. 31.º do Código Penal, uma causa de justificação para um comportamento que à partida seria de ter como ilícito⁽¹⁸⁾.

Uma tal afirmação merece-nos hoje duas ordens de reservas. Em primeiro lugar, não nos parece que seja de estruturar o ilícito penal em torno de um desvalor do resultado tal como se deixa depreender da afirmação segundo a qual o castigo do detentor do poder paternal lesa o bem jurídico tutelado pela norma penal. Em segundo lugar, e essa questão era já colocada à data em que escrevíamos estas linhas, é duvidoso que a consideração de um direito de correcção possa valer sem restrições como uma causa de justificação autónoma. Não é defensável que o pai tenha um direito a bater no filho, ou a encerrá-lo no quarto sem jantar, pese a eventual finalidade educativa que o move. A verdadeira justificação não vem do reconhecimento de um direito, ou, se vem da existência desse direito, a sua afirmação depende de uma ponderação mais complexa, e que é a ponderação ou a valoração das circunstâncias em que ocorre a lesão dos bens jurídicos do menor. Ideia que já andava no nosso pensamento onde se indagava sobre se não seria na verdade um juízo de adequação social a neutralizar a danosidade social associada à agressão sofrida pelos interesses do menor.

Sucede que, e já o deixávamos dito na altura, a adequação social apenas com muita dificuldade pode funcionar como causa de justificação de

(18) Neste sentido, confira-se o Acórdão da Relação de Coimbra, de 24 de Abril de 1994, *CJ*, Ano XVI, Tomo 2, pág. 113. “1. A lei civil actual permite aos pais tomar atitudes de correcção do filho menor nas suas faltas, desde que tais atitudes sejam exercidas com moderação e norteadas pelo interesse do menor. 2. Não é criminalmente punível, nos termos do art. 31.º, n.ºs 1 e 2, al. b), do Código Penal de 1982, a conduta do pai que, depois de uma discussão com uma filha menor em que esta se refugiou no seu quarto, lhe veio a dar um encontrão e uma bofetada”. A justificação da conduta do pai é decerto a solução mais trilhada na doutrina, como deixávamos dito em 1998, citando aí, e a esse propósito, a posição de FIGUEIREDO DIAS, *Sumários*, Coimbra, 1975, pág. 200, e *Pressupostos da Punição e Causas que Excluem a Ilícitude e a Culpa*, em Jornadas de Direito Criminal, O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar, Fase I, CEJ, Lisboa, 1983, págs. 43 e ss., pág. 49. Do mesmo modo a encontramos em TAIPA DE CARVALHO, *A Legítima Defesa*, Coimbra, 1995, pág. 383, nota 655. Na doutrina alemã, veja-se ROXIN, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Traducción de la 2.ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Conlledo, Javier Remesal, Madrid, Civitas, 1997, § 17, n.º 33, pág. 752, DREHER/TRÖNDLE, *StGb*, 43. Aufl., § 223, n.º 11 e ss., ESER, *Schönke/Schröder*, 22. Aufl., § 223, n.º 16 e ss., HIRSCH, *LK*, 10. Aufl., § 223, n.º 21 e ss.

um comportamento. Uma conduta socialmente adequada é uma conduta que se mostra de acordo com as valorações sociais vigentes num determinado momento histórico e que por isso mesmo não é capaz de contrariar a regra de comportamento que a norma jurídica institui ou impõe⁽¹⁹⁾. Partindo da aceitação de que o tipo legal de crime não constitui a descrição valorativamente neutra de uma determinada forma de conduta, e que não basta à decisão sobre o seu preenchimento o desempenho pelo juiz de uma tarefa de subsunção silogístico formal, importa indagar face ao caso concreto se a razão de ser que inspira a norma se cumpre aí⁽²⁰⁾. Em suma, importa saber se a imagem de danosidade social do facto que inspirou o feitor da lei no momento da sua elaboração se encontra presente face ao problema que exige regulamentação.

Onde a norma seja entendida de forma diferente, isto é, onde se admita a sua caracterização, em termos puramente formais já não podemos ser tão peremptórios quanto à negação da possibilidade do funcionamento da adequação social como causa de justificação. Precisamente porque, se o tipo legal de crime é valorativamente neutro, se a esse nível não se indaga da sua razão de ser, ou da danosidade social da conduta, o problema da valoração da conduta apenas se deixa colocar mais à frente, precisamente

(19) Utilizando a formulação original do conceito tal como surge em WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, ZStW 58, Berlin, 1939, págs. 491 e ss., pág. 516: “comportamentos que se mostrem de acordo com a ordenação ético-social vigente historicamente desenvolvida de uma determinada comunidade não podem constituir crime”.

(20) Não obstante as especificidades que rodeiam a interpretação da norma penal, relacionadas com a formulação e com o conteúdo do princípio da legalidade, nem por isso o juiz deixa de ter que pensar o seu sentido específico de coisas face ao caso concreto, dando assim cumprimento ao círculo hermenêutico de que fala ENGISCH, como, entre nós, CASTANHEIRA NEVES. Para dizer apenas que a norma jurídica não é portadora de um significado único, absoluto, mas que apenas encontra o seu verdadeiro sentido face ao caso concreto, às circunstâncias do caso: o pensamento do juiz deve dirigir-se da norma para o caso concreto, e do caso concreto para a norma, para finalmente se estabelecer o alcance com que esta deve valer. Deste modo não acabamos por defender as posições de todos quantos como WIETHÖLTER, RASEHORN ou WASSERMANN, defendem a conversão do juiz em engenheiro social, político, ou assistente social de um género particular, veja-se ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 6.^a ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1983, pág. 255, mas apenas uma “interpretação com sentido” da norma penal. Acerca do problema da interpretação, designadamente em sede penal, veja-se por todos, CASTANHEIRA NEVES, *O princípio da legalidade criminal*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Eduardo Correia*, III Vol., 1984, *Interpretação Jurídica*, Polis III, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3722 e ss., e *Entre o legislador, a sociedade e o juiz*, in *BFDC*, LXXIV, 1998.

ao nível da justificação, podendo então admitir-se a entrada de pontos de vista sociais como critérios de neutralização de um ilícito que se deixou afirmar num momento anterior como ilícito estritamente formal.

Ora, como não entendemos o tipo como um reduto de neutralidade axiológica ao nível da teoria geral do crime, torna-se impossível transpôr a valoração social da conduta para o plano de justificação. Apenas se legitima falar de justificação quando a conduta praticada pelo agente corresponde ao sentido de desvaliosidade social que o tipo legal de crime incorpora ou traduz. Com o que também não se pretende negar que, em certos casos, entre os quais podemos incluir todos estes casos a que nos referimos, a valoração social da conduta é de tal modo abrangente que deixa de ser possível ponderar autonomamente uma ideia de justificação. Mas a verdade é que todos os pontos de vista que se convocam em ordem a decidir da tipicidade da conduta, continuam a ser pontos de vista de relevância da conduta à luz de um sentido típico de coisas, nunca de neutralização de uma ofensa que se deixa afirmar.

Uma das objecções que mais frequentemente é dirigida à adequação social como critério interpretativo deixa-se relacionar com a aceitação de uma certa medida de força impositiva dos factos. Determinante deixaria de ser a valoração jurídica para passar a ser a valoração social vigente, a regra de facto que é seguida numa dada comunidade num determinado momento histórico ⁽²¹⁾. Sem querermos alongar mais as nossas conside-

⁽²¹⁾ Acerca do significado da teoria da força normativa dos factos, BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 1983, págs. 44 e ss. As duas questões que deixa colocar relativamente a esta teoria prendem-se quer com a influência do facto no surgimento da norma, quer com a possibilidade de substituir a decisão normativa pelo facto ou de o transformar, a ele facto, em critério de decisão normativa. Relativamente à primeira questão é indiscutível a importância de que os factos se deixam revestir na formulação e na modificação da normas jurídicas. Todavia, não se deixa discutir de igual modo que, mais importante do que os factos em si, é a valoração dos mesmos factos pela sociedade, adquirindo neste caso a mesma teoria uma dimensão normativa que a aproxima de uma teoria do direito consuetudinário ou costumeiro. O facto em si não tem essa dimensão normativa, pode ser moldado pelo direito ou por outras formas de valoração social num ou noutro sentido. O grande problema que se coloca aqui é de saber da prevalência do direito positivo sobre outro tipo de valorações que já o são, e que já não se deixam caracterizar como factos em estado puro. Na verdade, pensamos que se pode querer actuar num determinado momento sobre as convicções e a “norma” social, dirigindo-a, muito embora esta mudança de sentidos e de valorações sociais possa ter custos elevadíssimos, quer para a própria sociedade ao colocar-se contra a norma, quer para a vigência da norma em si, que pode acabar por ver recusada na prática a sua aplicação (e em relação

rações acerca da adequação social da conduta, cabe desde logo dizer que não está em causa um padrão de comportamento puramente fáctico. A valoração determinante é a valoração jurídica, é o critério ou regra de conduta que o legislador estabeleceu e que o tipo legal de crime incorpora. Essa regra de conduta é tradução — o que é particularmente nítido no âmbito do direito penal dada a aproximação das suas regras às escolhas fundamentais de uma comunidade plasmadas ao nível da Constituição do Estado — de uma determinada escolha valorativa que, todavia, tem que ser lida de acordo com o contexto em que o facto é praticado, e de acordo com os sentidos sociais vigentes num dado momento. Ou seja: o sentido aplicável, o sentido de que se indaga, não é o sentido social, mas o sentido normativo, o sentido jurídico, que apenas ganha significado e alcance onde é pensado face ao caso concreto. Em todo o caso, nunca se trata de substituir um sentido por outro sentido, mas apenas de definir o sentido jurídico já existente, de saber se ele se deixa cumprir face ao caso concreto.

Regressando então ao problema do enquadramento jurídico-penal dos castigos aplicados a filhos menores, onde se coloca a hipótese da consideração da diferente natureza do facto e do seu contexto como forma de garantir o afastamento da ilicitude da conduta, parece-nos que já não é de justificação que se fala, mas tão só da negação de relevância penal à conduta *ab-initio*, isto é, a partir da leitura do tipo legal de crime que consagra as ofensas à integridade física simples. Trata-se de proceder a uma valoração diferenciada da conduta com base numa série de pontos de apoio e de critérios que nos permitem afirmar que aquela conduta em concreto, aquele castigo, aquela ofensa, não correspondem ao sentido que o legislador teve em mente ao elaborar a *fattispecie*, a disposição normativa. Toda a norma jurídica tem um sentido. Ora esse sentido não se cumpre onde está em causa o regular desempenho de uma tarefa educativa.

ao direito penal é muito discutida e discutível esta função propulsiva porque o direito penal legitima-se com fundamento num sistema de valores de referência que encontra a sua base na Constituição do Estado, nas valorações fundamentais de uma sociedade). Esta não será no entanto a hipótese mais comum, pelo que, por princípio, a norma vai de encontro ao sentido normativo dos factos. Diga-se, todavia, que, e em relação à segunda das questões colocadas, avulta a razão de BAPTISTA MACHADO, onde este ensina que o facto não se pode confundir com a norma, porque deste modo deixa de existir valoração do facto, deixa de existir sistema, porque deixa de existir o exterior, o “fora”, em relação ao qual, ou por via do qual, este se possa delimitar.

Mas será que é mesmo assim? Acabámos de afirmar que o sentido que prevalece é o sentido jurídico e que o sentido social é um critério interpretativo. Ora pode suceder que a dada altura ou momento histórico o legislador pretenda substituir o sentido social vigente por um outro sentido, mudar mentalidades, comportamentos, pese embora os custos elevados que podem andar envolvidos no desempenho dessa tarefa (e que no limite podem conduzir à ineficácia da lei). Essa decisão foi claramente tomada pelo legislador alemão com a modificação da redacção do § 1631 do BGB. Já deixámos dito que o nosso legislador civil não adoptou (ou não adoptou ainda) uma posição tão “extremada”, pelo que se pode falar entre nós de um exercício legítimo da autoridade parental subordinado a determinados pressupostos de legitimidade e que permite inverter o sentido da lesão. Mas importa-nos antes a solução que foi trilhada pela lei alemã porque é essa que verdadeiramente coloca problemas à valoração penal e é aquela que pode ser tida como tendência maioritária nos países europeus. Perante a abolição do direito de castigo pela lei civil, pode-se continuar a falar de adequação social no direito penal?

Face a esta questão temos três hipóteses. A primeira consiste em defender que a solução de direito civil contraria os factos, logo não vale. Como sabemos essa posição não é defensável porque significa a adesão pura e simples à teoria da força normativa dos factos (*stricto sensu*, ou seja, enquanto pura teoria impositiva dos factos). A outra hipótese será renunciar ao conceito de adequação social, e admitir que o sentido social que a lei civil quer impôr tem que ser uniformemente imposto por todos os ramos do ordenamento, incluindo o direito penal. A outra solução será finalmente a de aceitar que o sentido social vigente, que não vale face à lei civil, vale ainda face à lei penal, mas apenas com o significado pretendido por GÜNTHER e por outros autores: o de que a lei penal não constitui um decalque da lei civil ou de outros ramos do ordenamento, tem uma intencionalidade própria, que a obriga a ceder (no sentido de não os ter como ilícitos) a sentidos sociais menos intensos e a sentidos sociais que são inclusivamente contrariados por outras normas e pela aplicação de outras sanções. Esta parece-nos a solução mais correcta nesta matéria, tendo em conta os princípios constitucionais da subsidiariedade e da necessidade da intervenção do direito penal e que presidem quer à elaboração quer à aplicação das suas normas (e muito embora se pudesse admitir com outros autores, como, por exemplo, BUSSMANN, que deste modo se gera um

paradoxo relativo ⁽²²⁾, uma vez que as várias normas do ordenamento jurídico passam a apontar em sentidos diferentes). O que, tendo em conta que o sentido social dominante é aquele que ainda admite o uso de certas formas de castigo como meio para o cumprimento da tarefa educativa, permite mesmo afirmar que a adequação social está do lado do direito penal e não de soluções mais inovadoras, pese embora a sua legitimidade ao pretenderem contrariar sentidos sociais existentes ⁽²³⁾.

4. A valoração global da conduta do educador que leva a afirmar um sentido social positivo penalmente relevante encontra ainda, à luz da nossa ordem jurídica, pontos de apoio legais, designadamente no art. 1878.º do Código Civil, que regula o conteúdo do poder paternal. Não constitui uma ofensa à honra obrigar um filho a pedir desculpa a quem ofendeu, não é uma violação da liberdade impedi-lo de sair em determinadas companhias, como não é relevante, e esta aceitação surge na sequência de um entendimento renovado das funções dos detentores do poder paternal, do surgimento de novos sentidos sociais, proibi-lo de certos consumos, de assistir a determinados programas televisivos, ou sujeitá-lo a um castigo físico extremamente moderado.

Torna-se possível, de resto de forma paralela à que se deixa defender em relação à qualificação da conduta do médico como intervenção cura-

⁽²²⁾ BUSSMANN, *ob. cit.*, pág. 405.

⁽²³⁾ Sobre o que se deve entender por “sentido social” e a forma como são criados e modificados “sentidos sociais”, veja-se, por todos, LAWRENCE LESSIG, *The Regulation of Social Meaning*, in *The University of Chicago Law Review*, Vol. 62, Summer 1995, Number 3, págs. 943 e ss. A modificação de um sentido social vigente pela lei deixa-se rodear de sérias dificuldades, como a que é exemplificada pelo autor a propósito da resistência social que encontrou nos Estados Unidos da América a proibição do duelo. Esta forma de luta privada envolvia, na maior parte dos casos, indivíduos provenientes de classes sociais elevadas que tendiam a desprezar a proibição que assim lhes era imposta por plebeus. Por outro lado, a invocação da lei e da proibição nela contida como fundamento da recusa de se bater em duelo era encarada como sinal de falta de coragem e de desonra, pelo que o legislador preferiu (consciente ou inconscientemente) enveredar por modelos de regulamentação indirecta. Colocou, a par do sentido social dominante aqui representado pela honra do cavalheiro, um outro sentido social que se deixava associar ao dever de lealdade para com o Estado e que se consubstanciava na sanção aplicada ao infractor da regra (a proibição de integrar a função pública). O cavalheiro que se recusasse ao confronto poderia sempre invocar um outro sentido alternativo de reconhecida valia social.

tiva, e à sua consequente atipicidade⁽²⁴⁾, fazer assentar o juízo de adequação social da conduta do educador em determinados pressupostos subjectivos e objectivos. Sob o ponto de vista subjectivo é necessário que o castigo seja aplicado por quem detém o poder de educar (detentores do poder paternal e tutores), e é necessário que o agente actue movido por uma intenção educativa. Mas vamos supôr que a avó da criança a quem esta está entregue ao longo da semana com o encargo de a vigiar e de a educar, lhe dá o tão discutido puxão de orelhas. Uma vez que a avó não pertence ao círculo de pessoas que de acordo com a lei civil pertence o poder de educar, a sua conduta é ilegítima⁽²⁵⁾?

Coloca-se aqui o problema da transmissibilidade dos poderes de correcção. Poder-se-ia sustentar que tem lugar uma delegação expressa destes poderes por parte dos pais da criança que ao confiarem a sua guarda a terceiros dão muitas vezes autorização para que lhe sejam aplicadas as medidas educativas que se mostrem necessárias. Todavia a ideia da possibilidade da transmissão de poderes de disposição sobre a integridade física ou outros bens de natureza pessoal do menor parece-nos altamente controvertida — desde logo porque se discute se esses poderes de dispo-

(24) Certo como é que é duvidoso que esta atipicidade se possa fazer assentar num juízo de adequação social. Na verdade, a intervenção médica significa o inverso da lesão da integridade física pelo que sob o ponto de vista do bem jurídico tutelado pelas disposições que correspondem aos arts. 143.º e ss. do Código Penal nada parece obstar à solução do afastamento da sua relevância penal. O problema coloca-se onde se invoca a adequação social como fundamento desta solução, uma vez que é controvertido se a conduta do médico que opera com intenção curativa, segundo as *leges artis* e mediante uma indicação objectiva, mas em oposição à vontade do paciente se pode ter como socialmente adequada, partindo do princípio que a adequação social supõe a valoração global da conduta (tendo, por isso, em conta, a autonomia da pessoa).

(25) Esta questão deixa-se equiparar à que é formulada por RUI PEREIRA, *Os crimes contra a integridade física na revisão do Código Penal*, Jornadas sobre a Revisão do Código Penal, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1998, págs. 183 e ss., pág. 198, em relação às intervenções curativas: “Se, por exemplo, um médico salvar um doente através de uma intervenção cirúrgica empreendida sem observância das *leges artis* porque não foi precedida de um electrocardiograma, nem por isso se deve concluir que a intervenção cirúrgica constitui, em si, uma ofensa. Apenas o fim curativo é, verdadeiramente, condição da exclusão da tipicidade”. E acaba a defender a criação de um tipo legal de crime específico relacionado com a violação das *leges artis*. Mas não se depreenda daqui que se pretende defender a legitimidade de um castigo físico com fundamento na consideração exclusiva ou única do motivo ou finalidade educativa. Esta foi durante anos a tendência da jurisprudência alemã a que se refere ROXIN, *ob. cit.*, § 17, n.º 34, pág. 753, e que permitiu ter como legítimas, com base na existência de “motivos pedagógicos”, castigos que integravam o conceito de violência.

sição existem na titularidade do detentor do poder de educar — pelo que a melhor solução consistiria então em recusar a legitimidade de todo o castigo aplicado ao menor nestas circunstâncias ⁽²⁶⁾. Ora, o que em termos lógicos, à luz de um pensamento estruturado por parcelas, ou numa linha de consideração estritamente dedutivo-formal, nos parece ser a solução interpretativa mais correcta, não é o decerto, sob o ponto de vista de uma valoração global da conduta típica capaz de antever à realidade e às necessidades da vida. Nestes termos, a conduta da avó merece ser objecto de uma valoração diferenciada, merece ser tida como conduta socialmente adequada e por isso atípica à luz da incriminação legal das ofensas à integridade física — tendo decerto em contas as corcunstâncias do caso concreto, e tendo de igual modo presente que o seu poder de correcção não iguala o dos detentores originários desse poder.

Mas façamos agora presente a hipótese, decidida pelos tribunais alemães, em que uma criança (A) vai brincar para casa de um amigo (B), seu vizinho, sob a vigilância do pai deste último (C). Encontrando-se as duas crianças a jogar futebol na rampa da garagem, C manda-as brincar para outro sítio porque podiam partir os vidros da janela da garagem. A e B não fazem caso e continuam a sua brincadeira. A certa altura, quando B se preparava para dar um pontapé na bola, A dá um grito para o fazer errar a pontaria, o que determina que a bola acerte nas janelas da garagem, partindo um vidro. C dá então um bofetão ao filho, B, e porque A fez troça do amigo, dá também um bofetão a A. Certamente que se podem defender várias posições acerca do mérito ou demérito da conduta de C, mas o problema coloca-se em termos de legitimidade jurídica. C não tinha legitimidade para bater em A (provavelmente nem sequer em B), e o facto de o pai de A ser um pai severo, conhecido nas redondezas por não deixar escapar quaisquer faltas aos filhos, não permite a C invocar o seu consentimento

⁽²⁶⁾ ROXIN, *ob. cit.*, § 17, n.º 37, pág. 754, distingue titularidade e exercício do direito, e admite expressamente a possibilidade do exercício do direito de correcção por terceiros dentro do âmbito de situações específicas de guarda e de custódia. A faculdade de correcção não é inerente ao desempenho da tarefa educativa pela *baby-sitter*, ou pelos vizinhos, mas pode ser concedida de forma específica, devendo relacionar-se com o desempenho de funções “quase-paternas”, com o que o autor pretende excluir desta possibilidade professores de colégios públicos (desta forma não só se permitiria infringir a proibição legal de aplicação de castigos físicos como, por outro lado, ir-se-ia tornar legítima a distinção ou desigualdade de tratamento entre os alunos da mesma turma ou da mesma escola). O que se discute em relação à posição de ROXIN é a possibilidade da afirmação de um direito de correcção, pelo que não está em causa a sua titularidade ou exercício.

presumido ou uma qualquer transmissão de poderes de correcção⁽²⁷⁾. O tribunal veio, assim, a condenar C pela prática de ofensas à integridade física a título de negligência, uma vez que considerou que C se encontrava em erro acerca da existência de uma causa de justificação (C pensou que existia o consentimento do pai de A)⁽²⁸⁾.

Outra questão, refere-se à intenção educativa. Este será o outro pressuposto subjectivo da valoração social diferenciada a que corresponde o parâmetro da adequação social nestes casos, e que permite afastar a tipicidade da conduta. Exige-se que o agente se deixe mover por uma finalidade educativa, o que não quer dizer que, a par desta finalidade, não se possam colocar outras motivações, como um certo sentimento de impotência, cansaço ou uma ideia de prevenção geral⁽²⁹⁾.

Sob o ponto de vista objectivo é necessário que exista uma razão educativa, um motivo para a aplicação do castigo, e tem que se deixar afirmar de igual modo a proporcionalidade do meio em relação à finalidade educativa visada. Independentemente da gravidade da infracção cometida

(27) Neste sentido, mais uma vez, ROXIN, *ob. cit.*, § 17, n.º 36, pág. 754: “não existe um direito de correcção de crianças alheias, nem onde se trate de castigar *in situ* faltas graves”. A correcção e o castigo são faculdades eminentemente pessoais, pelo que a ordem jurídica não pode reconhecê-las a terceiros com fundamento na existência de um interesse público presumido. Pode-se colocar quando muito a hipótese da legítima defesa em relação à criança (observados os limites ético-sociais a que faz referência a maior parte dos autores) perante ataques dirigidos a bens jurídicos próprios ou alheios (veja-se, à frente, a propósito da possibilidade de recorrer à legítima defesa como causa de justificação do castigo aplicado). ROXIN admite de igual modo a possibilidade de recorrer ao consentimento presumido dos pais como forma de justificação, muito embora não deixe de sublinhar que têm que se reunir pontos de apoio precisos que permitam concluir com segurança que esse consentimento seria prestado.

(28) O exemplo é de BERGMANN, *Strafrecht: Ohrfeigen*, in *Jus*, 1987, págs. 53 e ss., pág. 53.

(29) Refere-se mesmo TAIPA DE CARVALHO, *A Legítima Defesa*, Coimbra Editora, 1995, pág. 383, nota 655, a motivações eticamente censuráveis como a ira do educador, que nem por isso permitem afastar a intenção educativa como pressuposto subjectivo do que toma como uma causa de justificação. Coloca-se-nos todavia a dúvida de saber se pode coexistir com a intenção educativa qualquer outro motivo censurável e apesar de tudo (no nosso caso concreto) manter-se a qualificação da conduta como socialmente adequada. Vamos supôr, por exemplo, que o educador aplica o castigo à criança de seis anos com a intenção de a educar, muito embora se encontre de igual modo dominado por motivos sádicos. Muito embora se possa entender que prevalece aqui a intenção educativa, a nossa opinião é que existem determinadas motivações que anulam essa intenção, pelo que a valoração global da conduta nestes casos apenas poderá ser uma valoração negativa.

pelo menor, ou, o que vale o mesmo, independentemente de qualquer juízo acerca de uma eventual proporcionalidade, há formas de castigo rigorosamente proibidas pela ordem jurídica: sevícias, castigos com ferro quente, a utilização de paus ou de pedras, ou de ramos de urtigas, como antigamente nas zonas rurais ⁽³⁰⁾. Funciona aqui o princípio da dignidade da pessoa humana como limite inultrapassável de legitimidade do castigo ⁽³¹⁾. Poder-se-ia mesmo defender que, em geral, o uso de objectos faz com que o castigo perca a natureza de medida educativa para se converter num mau trato ofensivo da dignidade da criança ⁽³²⁾,

⁽³⁰⁾ Todavia anote-se o caso de uma decisão jurisprudencial alemã de 1988, que não considerou degradante o castigo aplicado com uma mangueira de jardim a uma menina de oito anos, ROXIN, *ob. cit.*, § 17, n.º 34, pág. 752, nota 45 (sentença BGH, StrV, 1988, 62).

⁽³¹⁾ Confira-se a este propósito o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora (Proc. n.º 678/96), que vem apreciar em sede de recurso o seguinte caso: Em 9 de Junho de 1995, cerca das 15 horas e 30 minutos, o arguido (cantoneiro de profissão) encontrava-se em casa e preparava-se para descansar quando se apercebeu que as filhas gémeas de 6 anos de idade brincavam com fósforos. O arguido enfureceu-se, levou-as para o quintal da casa que habitavam, retirou-lhes os vestidos que traziam e deixou-as apenas com as cuecas que traziam vestidas. Aí, com um pau de vassoura desferiu diversas pancadas sobre os respectivos corpos, em especial sobre as nádegas. De seguida, muniu-se com um fio de electricidade, encostou-as ao poste de um estendal de roupa, de costas uma para a outra, passou o fio pelas respectivas cinturas e amarrou-as de modo a que as menores não pudessem sair do local e aí as deixou, retirando-se para o interior da casa. As menores vieram a ser libertadas devido à intervenção da P.S.P., que foi chamada quando uma vizinha se apercebeu da situação dos menores. Como consequência directa e necessária da actuação do arguido, resultaram, para ambas as menores, equimoses ao nível da região glútea, que a cobriam em toda a sua extensão, e ainda para uma das menores, equimoses no membro superior e para a outra menor, equimoses em ambos os membros superiores e membro inferior direito. Foi negado provimento ao recurso interposto da decisão do Tribunal de 1.ª instância, o Tribunal singular do 1.º Juízo do Tribunal Judicial da Comarca de Olhão da Restauração, que tinha julgado e condenado o arguido como autor material, sob a forma consumada, de dois crimes de maus tratos a menores previstos e punidos pelo art. 153.º do Código Penal (versão primitiva), na pena de 1 ano de prisão e 50 dias de multa à razão diária de 600\$00, por cada um desses crimes, e em cúmulo jurídico, na pena de 18 meses de prisão e 80 dias de multa à taxa diária de 600\$00, o que perfaz o montante de 48.000\$00, além das custas do processo. Cfr. www.tre.pt/jurispr.

⁽³²⁾ Expressamente nesse sentido a decisão do BGH de 25-11-86, anotada por REICHERT-HAMMER, *ob. cit.*, pág. 617, onde se pode ler que o castigo que passa pela utilização de objectos ou de instrumentos de correcção não só constitui um meio objectivamente lesivo da dignidade humana, como é subjectivamente sentido como tal pela própria criança que desta forma se vê equiparada no tratamento a um animal (que normalmente não é corrigido com a mão mas com objectos).

muito embora tenhamos dúvidas da possibilidade de se deixar afirmar aqui um critério rigoroso, porque desta forma cometem um ilícito todas as mães que batem ao de leve nos filhos pequenos com uma colher de cozinha, e não os pais que os castigam com mão pesada, quando, na verdade, os contornos da situação concreta podem ser rigorosamente os mesmos.

Onde se fala de proporcionalidade, e deixámo-lo dito acima, é necessário entrar em linha de conta com a idade do menor, com a razão que leva ao castigo, e com a natureza e a intensidade do castigo. É preciso ter presente o art. 1878.º, n.º 2, do Código Civil, que se refere à autonomia progressiva do menor na decisão dos assuntos que lhe dizem respeito, e que neste âmbito significa que o espaço de decisão e de correção dos pais cada vez se restringe mais à medida que avança a idade do menor.

Reunidos todos estes pressupostos, e numa linha de valoração global da conduta (porque não se deixa sustentar que se trate aqui, como, de resto, sempre que se trata de qualificar uma conduta como socialmente adequada, de uma operação matemática de soma, muito próxima do desempenho de uma tarefa de interpretação em termos estritamente dedutivo-formais), poder-se-á ter o castigo aplicado ao menor como jurídico-penalmente irrelevante. A leitura do tipo legal de crime de acordo com as representações sociais vigentes e dominantes nesta matéria permite concluir que a palmada que é dada ao filho, como a sua privação de liberdade, desde que proporcional e motivada por uma razão educativa, não corresponde ao sentido do tipo legal do crime, que este não se lhe adequa, que não existe dignidade penal e necessidade de punir no caso concreto. Com o que também não se ignora, muito embora estas considerações excedam já os limites deste trabalho, os riscos que a aceitação de um critério de adequação social desta natureza envolve para o direito penal sob o ponto de vista da autonomia das categorias em que se baseia a teoria geral do crime (a identificação da adequação social com um critério genérico de inexigibilidade social consome o tipo, a justificação e a culpa do agente).

5. As hipóteses de solução que agora se deixam colocar são outras e correspondem ao esforço da doutrina penal mais recente para ultrapassar as dificuldades que lhe são colocadas pela aceitação de um conceito unitário de ilícito (que impede a concessão de sentidos diferentes às normas dos vários ramos do ordenamento, como sucede onde o direito penal tem

por determinante um significado social da conduta que não tem o mesmo valor em face do direito civil, até porque aqui conta sobretudo o resultado produzido (³³) que vem impôr a criminalização por “arrastamento” de formas de actuação proibidas pelo direito civil.

Num momento anterior à nova redacção do § 1631 BGB, o direito de correcção como causa de justificação deixava-se sobrepôr ao regime justificativo do direito de necessidade e da legítima defesa (³⁴). Toda a agres-

(³³) Deste modo não se pretende dizer que não tenha havido tentativas no sentido de introduzir uma ideia de desvalor da conduta no âmbito do direito civil, como o comprovam os esforços de NIPPERDEY e de NIESE ao caracterizar a acção como acção final, e a que se deixam associar de igual modo nomes como WERNER, WIETHÖLTER e ESSER. Mas é o próprio Welzel, consabido defensor de uma concepção de ilicitude fundada no desvalor da conduta, que admite que esse desvalor da conduta que vale para o direito penal como pedra de toque do seu ilícito não pode ter o mesmo alcance ou dimensão no quadro do direito civil. A razão que aponta para esta disparidade entre ilícitos é simples, e relaciona-se com a vocação ou função indemnizatória deste ramo do direito, que por isso mesmo faz centrar o seu conceito de ilícito numa ideia de desvalor do resultado. É desta forma que se deixa explicar o reduzido eco que foi encontrando o conceito de adequação social ao nível da doutrina civilista, pelo menos onde é entendido como critério de valoração global da conduta, tomando em conta momentos finais, uma vez que encontramos aqui e acolá, em obras de autores civilistas, o seu reconhecimento como ponto de apoio interpretativo de um mero desvalor do resultado. Ou seja, mais do que uma “*Oberbegriff*”, capaz de abranger em si elementos subjectivos e objectivos, e capaz de transcender a soma destes elementos que anda associada à estruturação finalista do ilícito, fornecendo deste modo uma imagem global da acção, a adequação social constitui, por exemplo, em FIKENTSCHER, um critério de definição da lesão da integridade física ou da honra civilmente relevante. De certo modo é esta valoração que se torna patente onde se fala aí em cláusula de bons costumes, e em abuso de direito, ou seja, a delimitação do círculo de danos indemnizáveis por apelo a um desvalor puramente objectivo da conduta. O que é decerto um mais em termos de valoração em relação a todas as posições que defendem um conceito causal de acção, mas que, por outro lado, não deixa de significar o afastamento de todos os elementos subjectivos do ilícito como elementos integrantes desse desvalor da conduta (a não ser onde se aceite a doutrina finalista). Sendo certo, de igual modo, que mesmo aqui, e como sublinha WELZEL, poderia não existir coincidência entre o desvalor da conduta do direito civil e do direito penal, onde se entendesse que o padrão de comportamento relevante para o direito penal não é idêntico ao que releva para efeitos de direito civil. Acerca da importância do desvalor da conduta no direito civil e acerca dos reflexos que o pensamento finalista vai tendo ao nível deste ramo do direito, veja-se, por todos, RIBEIRO DE FARIA, *Algumas notas sobre o finalismo em direito civil*, in *Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXX, Coimbra, 1994, págs. 133 e ss.

(³⁴) Onde fosse aceite. Curiosamente, e deste modo recoloca-se o problema das causas de justificação especificamente penais de GÜNTHER, acabava a doutrina penal por se referir a um direito (direito de correcção) cuja existência se revelava já muito controvertida face à lei civil. Escreve ROXIN, *ob. cit.*, § 17, n.º 33, pág. 752: “... seria desconhe-

são levada a cabo por uma criança era vista como pressuposto da aplicação de um castigo por parte de quem tinha a seu cargo o dever de a educar. A discussão apenas dizia respeito à questão de saber se estávamos perante uma verdadeira causa de justificação, ou de uma situação de irrelevância típica do comportamento. Agora as coisas colocam-se de forma diferente. E pergunta-se, se perante a agressão de uma criança, se pode invocar a legítima defesa em ordem a justificar a reacção lesiva dos seus direitos. Ao que parece ser de responder de forma negativa de acordo com a opinião da doutrina dominante, que defende a tese dos limites ético-sociais da legítima defesa ⁽³⁵⁾. O ataque desencadeado por uma criança

cer a realidade da vida supôr que nas condições sociais e psicológicas actualmente existentes todos os pais iriam poder cumprir as regras, prescindindo completamente de recorrer às mãos como método educativo. Se se quisesse mobilizar aqui o direito penal por cada bofetada motivada por faltas graves, seriam mais as famílias destroçadas que as pacificadas”. ROXIN recusa liminarmente a solução da atipicidade da conduta do educador, deixando-se orientar por um conceito formal de tipo legal de crime. De acordo com a posição que adopta é apenas ao nível da justificação da conduta que se deixam resolver conflitos sociais, pelo que o tipo legal de crime acaba por ser interpretado literalmente. Por outro lado, as considerações relacionadas com a necessidade e dignidade punitivas do facto fazem a sua entrada na estrutura do crime pela porta da “responsabilidade” como categoria de fecho do sistema que torna completa a infracção penal. Parece-nos todavia que ao referir-se ROXIN, quer às condições sociais e psicológicas existentes na sociedade actual, quer aos efeitos da intervenção penal na esfera familiar, não só confere às causas de justificação uma função que não lhes cabe, uma vez que se encontra ausente aquela forma particular de danosidade social que anda associada à ofensa à integridade física (mau grado em termos literais existir efectivamente um mau trato ou uma ofensa ao corpo), como divide materialmente os dois momentos integrantes do ilícito, e que, quanto a nós, só se distinguem funcionalmente.

⁽³⁵⁾ O fundamento invocado para a limitação da legítima defesa nestes casos repousa na circunstância de ser difícil falar de uma “provocação” ou de uma “agressão” relativamente ao mau comportamento ou à desobediência à regra por parte de uma criança, uma vez que tais formas de proceder constituem a normalidade das relações pais-filhos, colocando exigências particulares aos pais sob o ponto de vista da tolerância e da capacidade de adaptar as medidas educativas ao melhor interesse do menor. Esta decisão valorativa fundamental foi entretanto reforçada em certos ordenamentos com a proibição de certas formas de castigo, pelo que o desvio dos filhos não pode ser tomada como uma situação excepcional capaz de motivar formas específicas de resposta ou de defesa. A actuação do pai que utiliza determinadas medidas de correcção é ilícita e possibilita por conseguinte a legítima defesa por parte da criança. E aqui coloca-se o problema dos limites ético-sociais da legítima defesa sob a perspectiva inversa: trata-se de saber se o filho se encontra limitado no uso da força relativamente à conduta do pai, tendo em conta a natureza estreita da relação que existe entre eles. A jurisprudência e parte da doutrina defendem esta solução relativamente à acção letal de defesa por parte da mulher que é sistematicamente espancada

ou por qualquer outra pessoa incapaz de culpa limita a vítima do ataque em termos de defesa, e isto quer se trate do pai ou da mãe, do professor, ou de um terceiro que é agredido.

Por outro lado, se a aplicação de um castigo não se integra na legítima defesa, a sua proibição implica uma outra consequência que se deixa repercutir na legítima defesa contra os pais. É que se o pai dá um puxão de orelhas ao filho porque este atirou abaixo filas inteiras de latas de conserva num supermercado, ou se entretém a pregar rasteiras às pessoas de idade que saem dos autocarros, ou chamou nomes à professora, e se um terceiro se torna testemunha desse castigo, pode intervir legitimamente em

pelo marido. Assim, TAIPA DE CARVALHO, *A Legítima Defesa*, *ob. cit.*, págs. 443 e ss. Ora, na verdade, parece-nos, pelo menos neste caso, que não há razões que levem a ter a conduta da mulher como não justificada em função da desproporcionalidade dos bens, ou qualquer fundamento que leve a reconhecer um dever de auto-sacrifício da mulher em nome da defesa dos interesses do marido agressor (a não ser que se pretenda antever essa especificidade como uma reminiscência do direito de correcção do marido sobre a mulher; de resto, está provado que mesmo lesões da integridade física simples quando são sistemáticas e por um largo período de tempo são susceptíveis de conduzir a sérias consequências psico-somáticas). Não desconhecemos que a coabitação traduz uma circunstância particular de vida que a lei toma em conta para a afirmação de um dever de garante, o que torna o agressor mais punível, mas a conclusão que daqui se deduz vai no sentido da menor ilicitude da conduta daquele que se defende (menor ainda do que aquela que acompanha hipóteses normais de defesa), não no sentido da maior exigência no afastamento dessa ilicitude. De acordo com TAIPA DE CARVALHO, dever-se-ia recorrer aqui à figura do direito de necessidade defensivo, o que implicaria a exigência da proporcionalidade dos bens, mas a verdade é que entendemos que o dever de respeito e de solidariedade que se invoca para sustentar esta solução é reversível: afirma-se que não é a mesma coisa a violação do cônjuge pelo outro cônjuge ou por terceiro, que não é igual a injúria dirigida no âmbito familiar e fora dele, *ibidem*, pág. 450. Entendemos que o desrespeito que aí vai contido em cada uma dessas formas de conduta pode ser muito superior aquele que se deixa associar às mesmas formas de actuação fora do âmbito familiar. Da mesma forma o entendemos em relação ao menor que é sujeito a maus tratos repetidos por parte dos pais (aqui o dever de solidariedade ainda é menor dada a incapacidade do menor em desvincular-se do laço que o prende aos pais e à casa onde mora com eles). A aceitação de limites ético-sociais não escritos da legítima defesa nestes casos parece esquecer que os modelos sociais mudaram profundamente. Mas será que mesmo assim faz sentido colocar exactamente ao mesmo nível todas as hipóteses de violência familiar e a situação em que o pai se limita a cumprir a sua tarefa educativa e que a ordem jurídica alemã, por exemplo, coloca no mesmo plano? Parece-nos que não, muito embora se vá admitir a legítima defesa relativamente a uma agressão que apenas se deixa qualificar como ilícita face ao direito civil (a possibilidade de uma legítima defesa apenas referida ao desvalor do resultado). Pelo que a melhor solução ainda acaba por ser a da nossa lei ao diferenciar claramente a violência contra as crianças do cumprimento da tarefa educativa.

defesa do menor, e dessa forma agredir justificadamente o pai da criança. E esta consequência poderá valer mesmo onde se defenda a exclusão ou o afastamento do ilícito especificamente penal ⁽³⁶⁾, uma vez que nem por isso deixa de existir o ilícito civil e a possibilidade de reagir contra ele.

Mas o mesmo problema (a quase completa inviabilização da tarefa educativa em certos casos) deixa-se repetir em relação ao direito de necessidade. A justificação por via do direito de necessidade supõe que o educador actue de forma a afastar um perigo actual, não removível de outro modo, dirigido contra os bens jurídicos do agente ou de terceiro. Desde logo coloca-se a questão de saber se a vítima da lesão pode ser ao mesmo tempo beneficiária da lesão pelos efeitos positivos que a acção de necessidade tem sobre os seus bens jurídicos. Admitindo que se pode arrombar a porta de uma casa para ter acesso a um extintor que se encontrava dentro dela e que permitiu apagar um incêndio que deflagrou na garagem da mesma casa, nada parece obstar à aceitação de que a lesão da honra do menor se faça em nome da sua educação. Mais complexa e difícil de resolver é a questão de saber como se vai afirmar a superioridade do interesse educativo sobre bens jurídicos pessoais que ocupam lugares de destaque na escala dos valores fundamentais. Como é quase inultrapassável a objecção de que deste modo não se está a recorrer ao meio menos gravoso susceptível de atingir os fins pretendidos.

6. BUSSMANN rejeita os ensinamentos de GÜNTHER, uma vez que considera que é ao nível do tipo legal de crime que começa por se decidir da relevância penal de um comportamento (“a forma do tipo legal de crime marca também no caso concreto a fronteira entre comportamento lícito e ilícito (...)” o código de Direito Penal que distingue de acordo com um esquema de “ou-ou” o comportamento punível do comportamento não punível obtém a sua fixação definitiva mediante a análise do tipo legal de crime), e porque entende que os conceitos de necessidade penal, dignidade penal, ou danosidade social, não têm a clareza terminológica necessária para resolver o problema ao nível da tipicidade. O tipo legal de crime tem que ser uma norma “forte”, susceptível de cumprir tarefas de “sensibilização”, “flexibilização”, e “aumento da eficiência” do direito, na linha do pensamento de TEUBNER e da sua caracterização do direito como

(36) Salienta esta possibilidade BUSSMANN, *ob. cit.*, pág. 408.

sistema autopoiético ⁽³⁷⁾, obrigando à consideração da auto-referência e da dinâmica própria da família e de outros sistemas, como sistemas sociais fechados, e auto-reprodutivos. Se o direito pretende manter a eficácia das suas normas tem que se limitar a formas de controle social indirecto, funcionando mais como instrumento de comunicação do que como instrumento sancionatório ou repressivo.

Para cumprir a sua função, as disposições jurídicas devem estabelecer modelos precisos de comportamento susceptíveis de sensibilizar as famílias para a realidade que vive nelas, funcionando como uma espécie de “Constituição externa”, com base na qual se deixa posteriormente desenvolver a regulação informal de conflitos. Na verdade, o direito aqui aparece mais como um conjunto simbólico de regras, que todavia se querem precisas (refere-se várias vezes BUSSMANN à necessidade de optar por um direito material coeso, de não prescindir da delimitação rigorosa entre tipicidade e justificação), do que como um mecanismo sancionatório perturbador da realidade, impositivo, irritante do sistema fechado cujas relações pretende regular. Paradoxalmente (ou talvez nem tanto, uma vez que se trata de oferecer o modelo e aguardar que este seja assimilado pelo sistema social a que se dirige) ⁽³⁸⁾, em lugar da aplicação coactiva das normas

⁽³⁷⁾ Acerca do pensamento de TEUBNER, veja-se ENGRÁCIA ANTUNES, José, *A Hipótese Autopoiética*, em *Juris et de Jure, Nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa — Porto*, Porto, 1998, págs. 1269 e ss. Veja-se também, do mesmo autor, o Prefácio à Tradução da obra de TEUBNER, *O Direito como Sistema Autopoiético*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1993.

⁽³⁸⁾ A teoria autopoiética começa por ser formulada no âmbito das ciências biológicas por MATURANA e FRANCISCO VARELA e é posteriormente importada para o domínio das ciências humanas e sociais por HAYEK e por LUHMANN. De acordo com a hipótese autopoiética o que define a continuidade e a especificidade de um sistema vivo é “a autonomia e consistência de uma determinada organização das relações entre os elementos constitutivos desse mesmo sistema, organização essa que é auto-referencial, no sentido de que a sua ordem interna é gerada a partir da interacção dos seus próprios elementos e auto-reprodutiva no sentido de que tais elementos são produzidos a partir dessa mesma rede de interacção circular e recursiva”, ENGRÁCIA ANTUNES, *ob. cit.*, pág. 1270. O sistema vivo é um sistema que tem como condição da sua própria sobrevivência o ser fechado, auto-suficiente, auto-reprodutivo, o que se pretende que suceda de igual modo em relação à ordem jurídica como sub-sistema social capaz de se auto-estruturar e de se auto-referenciar. Esta transposição do sistema de auto-clausura organizacional para o plano das ciências sociais teve lugar pela mão de LUHMANN, cujo pensamento apresenta todavia especificidades em relação ao de TEUBNER uma vez que para este último a autopoiese é um processo progressivo que se vai deixando afirmar à medida que o sistema se vai encerrando, ao passo que em LUHMANN trata-se simplesmente da existência ou inexistência da autopoiese: ou existe ou

deixam-se colocar mecanismos informais de regulamentação dos conflitos. A norma jurídica adapta-se à realidade através da possibilidade do arquivamento do processo e por via da determinação da medida da pena.

Ao colocar-se BUSSMANN contra a proposta de GÜNTHER e as suas causas de justificação especificamente penais, considera ao mesmo tempo que existe uma grande proximidade entre este ponto de vista e a adequação social: em ambos os casos se enfraquece a dimensão social da norma enquanto mecanismo de estabilização de expectativas sociais. No pensamento de GÜNTHER em particular, a norma penal perde essa sua dimensão, ao deixar de acompanhar as regras que vigoram para os outros ramos do ordenamento, ao passar a ter autonomia de conteúdo e de regulamentação, ao passar a ter lugar o que BUSSMANN designa por “relativização normativa” e por quebra do princípio da unidade da ordem jurídica. “A contração irrita os destinatários do direito”. “A função da dogmática jurídica não se encontra na realização de correcções normativas mas no evitar contradições valorativas entre as normas jurídicas existentes e a sua interpretação pela jurisprudência garantindo assim o máximo de segurança”. Nesta medida, esta solução acaba por ser uma solução fortemente formalista (e BUSSMANN reconhece-o, ao afirmar expressamente que o formalismo é para levar a sério), que resolve o problema da valoração normativa no plano da justificação, comum a todo o ordenamento jurídico, e que trata da especificidade penal ao nível das consequências jurídicas do crime.

Em relação aos castigos aplicados às crianças, a sua valoração jurídico-penal não se deixa diferenciar da mesma conduta praticada em relação a adultos (o que não é de espantar, uma vez que qualquer que seja a circunstância diferenciada em que a conduta tem lugar não se sai ou se escapa de uma interpretação literal e estrita do preceito incri-

não existe, é um tudo ou nada, sem terceira alternativa ou terceira via. A partir do momento em que o sistema social e o subsistema que a ordem jurídica constitui se apresentam como corpos ou sistemas fechados deixa-se colocar a questão fundamental de saber como contactam com o exterior, uma vez que qualquer abertura do sistema mostra-se potencialmente destrutiva de uma ideia de auto-organização e de autopoiese. Admite-se então a interferência intersistémica, a construção de pontes, o reconhecimento de um acto de comunicação significativo, que quer dizer que apenas é importado pelo sistema autopoietico o que este pretende tomar em linha de conta. Relativamente aos factos e ao seu sentido social uma tal conclusão vai no sentido da sobreposição das valorações jurídicas aos factos, ou pelo menos no sentido de admitir que apenas são tomados em linha de conta os factos e critérios sociais que o direito tenha como relevantes.

minador). Pelo que quaisquer especificidades associadas ao espaço em que a acção opera, e à função desempenhada pelo agente, apenas podem ser devidamente ponderadas em sede processual. “Uma diferenciação jurídico-material dirigida à resolução do problema da criminalização enfraquece seriamente sob o ponto de vista jurídico a proibição de castigo por parte dos pais, se é que não a neutraliza por completo”.

7. Uma vez que o problema da inadequação do direito penal a intervir na regulação da célula familiar e na questão da aplicação de castigos físicos de escassa envergadura a menores não se deixa resolver, segundo BUSSMANN, no plano material, sob pena de se perder a eficácia motivadora da norma, coloca-se a questão de saber se o pode ser por via da colocação do processo penal na dependência de queixa, ou de queixa e de acusação particular, por parte do particular ofendido.

Não se torna difícil concluir, pela leitura atenta dos tipos legais de crime que entre nós regulam as ofensas à integridade física, que o legislador deixou diferenciar estes tipos legais de crime sob o ponto de vista do interesse público colocado no esclarecimento e prossecução dos factos que os integram. Poder-se-ia então sustentar que os resultados que não são atingidos por via do direito material, ou pela interpretação da disposição incriminadora, se conseguem aqui, uma vez que nos casos contemplados pelo art. 152.º do Código Penal, ou seja, sempre que o castigo físico aplicado traduza um “mau trato”, a colocação em marcha da máquina processual e a aplicação da sanção ao agente é mais provável do que em todas as hipóteses que cabem no art. 143.º do mesmo Código, em relação às quais, tratando-se de uma ofensa à integridade física ligeira (muito embora para BUSSMANN exista inequivocamente uma ofensa ao corpo, e um desrespeito da norma entendida em sentido formal), a possibilidade do processo penal é colocada na dependência de queixa (o que, na experiência da Suécia, leva à quase inexistência de processos).

Da mesma forma se passam as coisas na Alemanha, o que leva o mesmo BUSSMANN a considerar que existe deste modo um certo “cinismo” do legislador: ou seja, este vem infirmar no plano processual a sua reforma material, uma vez que, na prática, a proibição do castigo físico apenas se refere ou abrange “maus tratos”. Apesar de tudo, reconhece que esta solução é preferível à possibilidade (um passo à frente em termos de obstrução da punição das ofensas à integridade física simples) de fazer depender a introdução dos factos em julgamento de acusação particular, uma vez que toda a decisão legislativa que tornasse a aplicação de castigos físicos a

crianças num assunto privado daria um falso sinal, sobretudo onde se quer que o verdadeiro sinal (a proibição que a norma incorpora) ganhe mais eficácia: em relação a famílias em que existem fenómenos de violência, e que se fecham de tal modo sobre si próprias que não deixam escapar os seus problemas para o exterior. A colocação do processo na dependência de acusação particular também constituiria um falso sinal sob o ponto de vista social, uma vez que se deixa associar a factos de gravidade diminuta.

Face ao reforço da posição legislativa em matéria de proibição dos castigos físicos, BUSSMANN entende que a lei processual deve acompanhar essa tendência, estabelecendo um maior número de medidas estabilizadoras. Não se trata de estabelecer uma punição mais forte para os factos, mas de confirmar eficazmente a validade da norma, pelo que a sua violação deveria ser sempre tratada como assunto público. “A proibição absoluta de castigos físicos exige uma confirmação consequente sob o ponto de vista do processo penal. Isto não significa o reforço da máquina penal de controlo, mas o reconhecimento de que toda a notícia de crime, toda a referência a uma suspeita de ofensa à integridade física punível na família, traduz um desafio à validade da norma. Sob uma perspectiva comunicacional do direito, a abertura da via da acção privada face ao princípio fundamental da oficialidade significa uma relativização da validade normativa”.

8. Na perspectiva de BUSSMANN, mesmo o puxão de orelhas que o pai dá ao menor como castigo constitui uma violação material da norma e deixa justificar a existência de um interesse público na investigação dos factos que integram o tipo legal de crime violado. Mas ao mesmo tempo que coloca particular ênfase na unidade do ordenamento jurídico sob o ponto de vista da afirmação da ilicitude, e na natureza formal da norma de proibição como forma de evitar valorações materiais susceptíveis de afectar as expectativas e a segurança dos destinatários da mesma norma, vem admitir que não é função do direito penal garantir através da aplicação das suas penas a contenção pedagógica dos pais, pelo que, ou a pena é graduada em função da necessidade de punir, ou se permitem soluções alternativas à aplicação da mesma pena.

A flexibilização do direito penal consegue-se através da comunicação entre a proibição (isto é crime) e a punição (que todavia pode não ter lugar). É neste plano que se procede à diferenciação do sistema jurídico, pelo que, se à luz das finalidades específicas do direito penal se constata que não existe necessidade de pena, deve-se optar pela sua não aplicação. BUSS-

MANN começa por recusar a resolução do problema dos castigos físicos aplicados a menores através do arquivamento previsto no § 153 do StPO, porque esse arquivamento supõe uma culpa diminuta do agente e a inexistência de interesse público na acusação, o que irá neutralizar por completo o sentido da proibição de direito material em relação ao infractor (para o leigo culpa diminuta e ausência de culpa deixam-se equiparar). Inclusivamente afirma que “esta forma de arquivamento do processo constituiria por isso, e em regra, o sinal errado para a vítima e para o acusado” (39). Volta-se assim para a solução prevista pelo § 153 a, Abs. 1 e 2, da StPO, cujo regime se deixa aproximar da nossa suspensão provisória do processo mediante injunção de regras de conduta (art. 281.º do CPP), e que permite atingir, nas palavras de BUSSMANN, a necessária “flexibilização” jurídica nesta matéria (evitando uma resposta estigmatizante e excessivamente severa relativamente à actuação dos pais) sem que do mesmo passo se renuncie à proibição do castigo físico (40).

Este “encerramento cooperante do processo”, porque não prescinde da concordância do agente (muito embora não se possa pôr de banda a possibilidade de uma certa medida de reserva mental nesse consentimento, que pode existir todavia relativamente a outro tipo de crimes) supõe a participação dos pais na conformação final do processo, que tomam deste modo necessária consciência das valorações jurídicas de direito penal e de direito da família vigentes nesta matéria, e que, ao mesmo tempo, podem fazer ouvir os seus próprios pontos de vista sobre o conflito. Na verdade, não

(39) BUSSMANN, *ob. cit.*, pág. 430.

(40) A este propósito escreve GÜNTHER, *Die Auswirkungen, ob. cit.*, pág. 884: “A quem convence uma tal *ratio legis*? Faz sentido a criminalização do comportamento dos pais, não para punir mas para tornar possível a ajuda pedagógica? Seria certamente mais fácil reforçar o aconselhamento familiar e educativo em lugar de investir os meios financeiros necessários na processuação penal de pais pedagogicamente incapazes. O direito penal é um direito sancionatório repressivo: apenas deve reagir perante a prática de um crime. A sua aplicação pressupõe que a criança tenha sido efectivamente vítima de um crime”. E relativamente ao uso em excesso da possibilidade de arquivamento: “As objecções repetidas vezes dirigidas contra o uso excessivo da consideração da oportunidade no processo penal são de peso: comercialização da justiça penal; perda do princípio do Estado de direito; perda das exigências de determinabilidade; coacção fáctica para a obtenção do assentimento do acusado como forma de evitar as consequências eventualmente mais desfavoráveis decorrentes da continuação do processo; perda de eficácia da lei penal em termos de prevenção geral e especial, etc.”. Por outro lado, o início do processo supõe sempre a aquisição da notícia do crime e a prática de uma série de actos de investigação que implicam a intervenção forçosa e maciça na intimidade da vida privada e familiar.

se pretende que fique afectada, como resultado do processo, a imagem dos pais enquanto tal, mas apenas se procura corrigir a sua consciência jurídica relativamente à adopção de certos meios educativos. Por seu turno, as medidas ou injunções a aplicar dependerão do caso concreto e dos contornos que deixa apresentar.

Refere por último BUSSMANN, as modificações que entraram em vigor para a lei alemã, em 1-10-92, das linhas mestras para o processo penal, onde se admite que deixe de existir interesse público na prossecução processual sempre que possam ser colocadas em marcha medidas pedagógico-sociais, de terapêutica familiar, ou outras medidas de apoio. O direito penal recua, sem que do mesmo passo se perca a eficácia estabilizadora da norma, e sem que, por outro lado, se perca por completo a dimensão sancionatória do processo penal, uma vez que se pode estabelecer algum paralelismo entre este tipo de medidas e as injunções previstas no § 153 a da StPO, onde se impõe o dever de indemnizar os danos causados à vítima.

Em suma: parece-nos mais adequada a solução que ainda hoje permite o nosso Código Civil, e que reconhece alguma liberdade aos pais no cumprimento da tarefa educativa. A proibição de todas as formas de castigo físico e psicológico pela lei civil pode constituir decerto um importante instrumento de mudança das mentalidades relativamente a tais formas de castigo, prevenindo fenómenos de violência familiar, mas temos dúvidas sobre se não se deixam exceder deste modo, e já ao nível do próprio direito civil, as funções que normalmente andam associadas a este ramo do direito, o que se torna claro onde alguns autores sublinham a natureza “programática” de uma disposição desta natureza. É que, na verdade, e tal conclusão torna-se evidente onde se tem presente a evolução dos trabalhos legislativos do § 1631 do BGB alemão, não têm lugar aqui considerações interpretativas relacionadas com um princípio bagatelar, ou de desvalor da conduta, que alguns autores ainda admitem para o direito civil, tratando-se de consagrar um desvalor puro do resultado a partir de níveis ínfimos de intervenção ou lesão.

A partir do momento em que se aceite que a leve intervenção nos direitos do menor pode constituir um ilícito civil, não podemos concordar com a solução que ao nível da doutrina penal remete a valoração do caso concreto para o plano processual, tendo que se aceitar então a independência dos padrões valorativos utilizados para definir o ilícito num e noutra ramo do direito. Ao direito penal não importam determinadas formas de conduta que se mostram (ainda) socialmente adequadas, pese embora a intenção legislativa de alterar esse sentido de coisas. Não se perde de vista que deste

modo se acaba por enfraquecer a “intenção educativa” da lei civil, mas não se pode esquecer que a quebra desse sentido útil apenas é feita tendo presente ou perante os olhos a diferente intencionalidade normativa de que o direito penal se encontra imbuído (mesmo que não se recorra a uma ideia de adequação social, pode-se admitir que o princípio bagatelar enquanto critério interpretativo funciona como um princípio de direito penal material a que se há-de atender na aplicação da lei penal, diferentemente do que sucede para efeitos de aplicação da lei civil) (41).

Um problema grave que decorre do reconhecimento da quebra da unidade dos ilícitos deixa-se relacionar com a legítima defesa do menor face ao castigo que lhe é aplicado, e que a lei civil passa a permitir, diferentemente da lei penal (aqui o acto de defesa constitui um ilícito). Mas face a uma legítima defesa exercida nestes termos (face a um desvalor do resultado punido pelo direito civil) o direito penal tem que admitir que, muito embora não qualificando como ilícito o castigo, também a defesa deixa de ter relevância penal (diferentemente do que sucederia se, sendo lícita a conduta praticada, o agente recorresse à defesa). A adequação social que vale para definir o sentido da conduta do educador abrange de igual passo a defesa do educando, ponto é que o castigo se mantenha dentro dos parâmetros da adequação social (de outra forma, passando o castigo a ser ilícito, poder-se-á falar de legítima defesa, tendo que ser analisados os seus pressupostos) (42).

(41) Se a admissibilidade de uma regra de carácter educativo ou preventivo desta natureza não nos parece fazer sentido ao nível da lei civil, muito menos nos parece ser de admitir a sua introdução ao nível do direito penal. A sensibilização da opinião pública e a modificação das atitudes das pessoas em relação ao uso da força no cumprimento da tarefa educativa não pode passar pela utilização dos meios do direito penal, ou, melhor dizendo, uma vez que, no fim de contas, nem sequer se pretende a utilização dos meios do direito penal para evitar o uso de certo tipo de castigos pelos pais, a mudança de mentalidades ou a ajuda da família em crise não é tarefa da norma penal.

(42) Também se poderá considerar que o agente (que pode ser um terceiro) actua em erro sobre os elementos de um tipo justificador, uma vez que considera estar a reagir contra uma conduta ilícita do educador. Certo como é que, se se aceitar o entendimento de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime*, Aequitas, Lisboa, Editorial Notícias, 1993, § 732, pág. 464, segundo o qual o n.º 2 do art. 16.º CP exclui o dolo da culpa, e não o dolo do tipo, mantém-se o ilícito do acto de defesa, ficando apenas afastada a possibilidade da censura pela sua actuação dolosa, e restringindo-se as possibilidades de reacção por parte do atacante.

9. Abre-se aqui um outro capítulo, o “capítulo triste” a que se refere GÜNTHER, e que diz respeito a fenómenos inequívocos de violência contra a família e contra os filhos menores. Procede-se a este propósito ao chamamento dos arts. 70.º e ss. do Código Civil, relativos à tutela dos direitos de personalidade, e dos arts. 483.º e ss. do mesmo Código, que dizem respeito à responsabilidade civil por factos ilícitos e aos pressupostos do dever de indemnizar⁽⁴³⁾. No âmbito do direito penal, o regime dos arts. 143.º e ss. (Crimes contra a integridade física), 153.º e ss. (Crimes contra a liberdade pessoal), e 180.º e ss. (Crimes contra a honra), é consumido, ou entra em relação de especialidade, com o regime estabelecido pelo art. 152.º (Maus tratos e infração de regras de segurança) do Código Penal⁽⁴⁴⁾.

Portugal é apontado, nos relatórios internacionais relativos à protecção das crianças contra fenómenos de violência, por ter aprovado uma lei dirigida à promoção dos direitos e à protecção das crianças em risco (Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro). Legitima-se aí a intervenção do Estado na família sempre que (art. 3.º) “... os pais, o representante legal, ou quem tenha a guarda de facto, ponham em perigo a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento, ou quando esse perigo resulte de omissão ou acção de terceiros ou da própria criança ou do jovem a que aqueles não se oponham de modo adequado a removê-lo. E diz o n.º 2: “Considera-se que a criança está em perigo quando, alínea b), sofre maus tratos físicos ou psíquicos ou é vítima de abusos sexuais”. De acordo com o n.º 4, são princípios reitores da intervenção o princípio do interesse superior da criança e do jovem, o princípio da privacidade, da intervenção precoce (logo que a situação de perigo seja conhecida), da intervenção mínima, da responsabilidade parental (de forma a que os pais assumam devidamente as suas obrigações para com a criança), da proporcionalidade e da actualidade, da subsidiariedade, da prevalência da família, da obrigatoriedade da informação, da audição obrigatória e da participação.

⁽⁴³⁾ Pode aqui eventualmente encontrar aplicação o art. 570.º do Código Civil, que se refere à possibilidade da redução equitativa da indemnização quando um facto culposo do lesado tiver concorrido para a produção ou agravamento dos danos. Acerca do significado desta disposição, cfr., por todos, RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1987, págs. 522 e ss.

⁽⁴⁴⁾ Acerca do sentido e conteúdo deste preceito, cfr. TAIPA DE CARVALHO, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo I, arts. 131.º a 201.º, Coimbra Editora, 1999, anotação ao art. 152.º, págs. 601 e ss. Veja-se de igual modo, RUI PEREIRA, *ob. cit.*, págs. 183 e ss.

Criam-se então comissões de protecção de crianças e de jovens com a finalidade de desenvolver acções de promoção dos direitos das crianças e de prevenção das situações de perigo para as crianças e jovens (art. 21.º). Estas comissões recebem e informam as pessoas que se dirigem à comissão de protecção, apreciam as situações, instruem os respectivos processos, decidem das medidas de protecção e acompanham a sua execução. As medidas de protecção visam afastar o perigo em que se encontram os menores, proporcionar-lhes condições que permitam proteger e promover a sua segurança, saúde, educação, bem estar e desenvolvimento, e garantir a recuperação física e psicológica das crianças e jovens vítimas de qualquer exploração ou abuso. As medidas em causa passam pelo apoio junto dos pais, apoio junto a outro familiar, confiança a pessoa idónea, apoio para autonomia de vida (que são as chamadas medidas no meio natural de vida) acolhimento familiar, e acolhimento em instituição (medidas de acolhimento).

Qualquer pessoa pode comunicar as situações previstas no art. 3.º, sendo a comunicação obrigatória onde a criança se encontre em perigo de vida, perigo para a integridade física ou psíquica, ou para a liberdade. Essa comunicação às comissões também pode ser feita pela polícia ou autoridades judiciárias, pelas entidades com competência em matéria de infância e de juventude em relação às situações de perigo de que tenham conhecimento, e pelas instituições de acolhimento relativamente a crianças acolhidas pelos serviços sem prévia decisão das comissões. As comissões comunicam por seu turno ao Ministério Público todos os factos que constituem crime (art. 70.º) ou que justificam a regulação ou a alteração do regime de exercício do poder paternal, a inibição do poder paternal, a instauração da tutela ou a adopção de qualquer outra providência cível (art. 69.º) ⁽⁴⁵⁾, e dão conhecimento aos serviços de Segurança Social das

⁽⁴⁵⁾ O Ministério Público intervém na promoção e defesa dos direitos das crianças e jovens em perigo, nos termos da presente lei, podendo exigir aos pais, ao representante legal ou a quem tenha a sua guarda de facto, os esclarecimentos necessários. O Ministério Público acompanha ainda a actividade das comissões de protecção, tendo por função apreciar a legalidade e a adequação das decisões, a fiscalização da sua actividade processual e a promoção dos procedimentos judiciais adequados. É muito interessante notar, a propósito da discussão acerca da legitimidade ou ilegitimidade dos castigos físicos de menor importância aplicados no cumprimento da função educativa, que o art. 74.º deste diploma legal permite expressamente ao Ministério Público o arquivamento liminar, através de despacho fundamentado, das comunicações que receba quando seja manifesta a sua falta de fundamento ou a desnecessidade da intervenção.

situações de crianças e de jovens que se encontrem em alguma das situações previstas no art. 1978.º do Código Civil e de situações que entendam dever encaminhar para a adopção. Prevê-se ainda um procedimento de urgência para todos os casos em que exista perigo actual ou iminente para a vida ou integridade física da criança ou do jovem e haja oposição dos detentores do poder paternal ou de quem tenha a guarda de facto, podendo ser tomadas pelas entidades para a protecção ou pelas comissões as medidas adequadas para a sua protecção imediata, sendo solicitada a intervenção do tribunal ou das entidades policiais. Enquanto não for possível a intervenção do tribunal as autoridades policiais retiram a criança do perigo em que se encontra e asseguram a sua protecção de emergência em casa de acolhimento temporário ou em local adequado (art. 91.º).

Ora, muito embora faça parte dos princípios orientadores da intervenção a ideia da prevalência da família, devendo dar-se preferência às medidas que integrem as crianças e os jovens na sua família ou que promovam a sua adopção, a verdade é que não só as medidas que este diploma prevê para a resolução de conflitos desta natureza são maioritariamente medidas “fora” da família (confiança a pessoa idónea, acolhimento, etc.), como, por outro lado, o art. 152.º do Código Penal a que fizemos referência, não prevê expressamente a hipótese do afastamento do agente do crime da esfera familiar. Estabelece o n.º 6 do art. 152.º que, em caso de maus tratos sobre cônjuge (“ou a quem com ele conviver em condições análogas às dos cônjuges”) ou sobre progenitor de descendente comum, pode ser aplicada ao arguido a pena acessória de proibição de contacto com a vítima, incluindo a de afastamento da residência desta, pelo período máximo de dois anos. E se se deixam afirmar aqui uma série de dificuldades relacionadas com a própria subsistência do agregado familiar, a verdade é que onde tal medida se revelasse viável, deveria ser ponderada em relação ao mau trato de menores dependentes, passando aí a constituir efectivamente a exclusão da vítima do seu meio natural de vida a *ultima ratio* da intervenção nestes casos.

O crime de maus tratos constitui actualmente um crime integralmente público, tendo a Lei n.º 7/2000, que veio alterar a redacção desta disposição, revogado a última parte do n.º 2 do mesmo artigo, onde se colocava o procedimento relativamente aos factos constitutivos de maus tratos contra cônjuges ou equiparados dependente de queixa ⁽⁴⁶⁾. O procedimento

⁽⁴⁶⁾ Cfr. TAIPA DE CARVALHO, *Comentário Conimbricense, ob. cit.*, anotação ao art. 152.º, § 20, pág. 337.

criminal nestes casos era um procedimento “híbrido”, na medida em que o Ministério Público podia iniciar *ex officio* o processo sempre que entendesse que este ia ao encontro dos interesses da vítima (que não apresentava queixa por medo de represálias por parte do maltratante), podendo esta última opôr-se ao seu seguimento desde que exercesse esse direito antes da dedução de acusação, resolvendo então de outra forma o seu “conflito doméstico” (47) (48).

(47) Para facilitar a punição do criminoso, a lei estabelece relativamente a certas pessoas o dever de denunciar os factos de que tenham conhecimento ao Ministério Público (art. 242.º do CPP). O que vale em relação às entidades policiais e em relação aos funcionários por crimes de que tenham conhecimento. Sobre o significado desta denúncia obrigatória, cfr. MARQUES DA SILVA, Germano, *Curso de Processo Penal*, III, Verbo, 2000, pág. 57. O n.º 1 do art. 11.º do DL n.º 270/98, de 1 de Setembro, sobre o estatuto dos alunos dos estabelecimentos público, dos ensinos básico e secundário, prevê que “sempre que um aluno, ainda menor, se encontre em situação de perigo no que concerne à sua saúde, segurança ou educação, compete à escola a promoção de diligências adequadas a pôr termo à situação, podendo solicitar a cooperação das autoridades administrativas e entidades públicas e particulares competentes”. E o n.º 3 do mesmo artigo dispõe o seguinte: “Quando não for possível em tempo útil pôr termo à situação ou esta se apresentar, desde logo, como insusceptível de ser ultrapassada com os meios à disposição da escola, cabe ao respectivo órgão de administração e gestão suscitar a intervenção da comissão da protecção de menores ou, caso esta não se encontre instalada, comunicar o facto ao Ministério Público junto do tribunal competente em matéria de menores”.

(48) Também se discute a legitimidade dos professores para usar medidas de correcção em relação aos alunos, encontrando aqui aplicação o DL n.º 270/98, de 1 de Setembro, que veio substituir a Portaria n.º 679/77, de 8 de Novembro. Encontra-se assim definitivamente afastada, à luz da nossa ordem jurídica, a tese da admissibilidade de um direito de natureza consuetudinária à correcção dos menores nas escolas e estabelecimentos de ensino, dando origem a correcção *indevida* a um eventual procedimento disciplinar, e à responsabilidade civil e penal do agressor. Haverá todavia casos-limite em que se poderá ter a conduta do professor como justificada (ou desculpada, se se entender que a legítima defesa supõe a culpa do agressor, com base numa ideia de inexigibilidade). Entendemos até que se pode considerar preenchida a disposição do art. 143.º, n.º 3, do Código Penal, que prevê a hipótese de dispensa de pena nos casos em que o agente se limitou a responder com uma lesão da integridade física simples a uma outra lesão da integridade física simples, ou a uma injúria. A ideia que se encontra aqui presente é a de que sendo o conflito de pequena dimensão ficou resolvido *in loco*, ou *auf die stelle*, como dizem os autores alemães, muito embora seja controvertida a exacta natureza da norma jurídica em causa (se funciona como causa de exclusão da tipicidade, como causa de justificação ou causa de desculpação, ou como causa de afastamento da punibilidade). Não queremos todavia deixar de referir que os n.ºs 4 e 5 do art. 11.º do diploma que vimos a citar não afastam a possibilidade da responsabilizar o aluno nos termos gerais. Estabelece o n.º 4: “Se o comportamento do aluno, menor de 16 anos, susceptível de desencadear a aplicação de medida educativa disciplinar, constituir a prática de um facto qualificado como crime cujo procedimento não dependa de

queixa, deve o órgão de administração e gestão da escola comunicar o facto à comissão de protecção de menores ou ao Ministério Público junto do tribunal competente em matéria de menores, conforme o aluno tenha, à data da sua prática, menos de 12 anos ou entre 12 e 16 anos”. E o n.º 5: “Em caso de prática de ilícito criminal, cabe ao órgão de administração e gestão da escola proceder à competente participação junto do magistrado do Ministério Público ou de qualquer autoridade policial, sem prejuízo do direito de queixa dos ofendidos, nos termos da legislação em vigor”. Estabelecem expressamente as alíneas *a*), *b*) e *c*) do art. 7.º, deste Decreto-Lei, que é dever do aluno: “Tratar com respeito e correcção qualquer elemento da comunidade educativa”, “Seguir as orientações dos docentes relativas ao seu processo de aprendizagem”, e “Respeitar as instruções de pessoal docente e não docente”.