CONFLITO DE VALORES E FUNDAMENTO DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO CONTEXTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA EM PORTUGAL

Maria Elisabete Ferreira[1]

RESUMO

A violência doméstica é um grave problema social dos dias atuais. O presente trabalho pretende refletir sobre a legitimidade da intervenção do Estado, no contexto da violência conjugal e parental, à luz da legislação em vigor no ordenamento jurídico português, partindo da afirmação do princípio fundamental da não-ingerência na família, para o reconhecimento da necessidade de salvaguarda dos direitos fundamentais inalienáveis de cada um dos seus membros.A intervenção do Estado é constitucionalmente imposta, mas delimitada pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.

Palavras-chave: Violência doméstica. Estado. Intervenção. Limites imanentes. Proporcionalidade.

1 INTRODUÇÃO

O sociólogo Giddens (2001, p. 193) não tem dúvidas em afirmar que: "O lar é o lugar mais perigoso nas sociedades modernas.". Este autor sustenta que uma pessoa de qualquer sexo ou idade tem maiores probabilidades de vir a ser fisicamente atacada dentro de casa, do que na rua, à noite. Estamos em face do fenômeno da violência *doméstica* ou *familiar*.

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

Na sua abordagem são empregues, comummente, as expressões *violência familiar* ou *violência doméstica*, de forma mais ou menos indistinta. A expressão violência doméstica entrou no vocabulário jurídico, proveniente da sociologia anglófona, após se ter generalizado na linguagem comum (BELEZA, 2007, p. 2). Seria, porventura, mais apropriada a expressão violência familiar, mas a segunda acabou por dominar. Ambas as expressões traduzem, com a amplitude possível, este fenômeno, ainda que, numa perspetiva estritamente jurídica, nenhuma delas consiga, em rigor, abarcar todas as manifestações do mesmo. Em face das objeções apontadas a ambas as designações, será de preferir o emprego associado das mesmas – *violência familiar e doméstica* – expressão que beneficia de amplitude suficiente para deixar a coberto todas as situações que o legislador penal considerou serem dignas e carecidas de tutela jurídico-penal autônoma.

Nos dias de hoje, encontra-se já afastado o modelo liberal de família. Neste modelo, ao Estado cabia a regulação da esfera pública, ao mesmo tempo que as instituições legais protegiam agressivamente a esfera privada contra a intervenção estatal, que era pouco solicitada, de modo a salvaguardar a intimidade e o livre desenvolvimento da família. Na atualidade, porém, parece seguro afirmar que o Estado se deve preocupar com a intervenção na família, procurando assegurar a sua proteção social, econômica e jurídica, mas também promovendo o respeito pelos direitos fundamentais de cada um dos seus membros.

No presente trabalho, pretendemos discutir se, ou em que medida, é legítima ao Estado a intervenção junto da problemática da violência doméstica, em particular, da violência conjugal, *stricto sensu*, e da violência parental, tomando por referência a legislação vigente no ordenamento jurídico português a este respeito.

2 A INTERVENÇÃO DO ESTADO E O PRINCÍPIO DA NÃO-INGERÊNCIA NA FAMÍLIA

Mais antiga que o Estado, a família é um organismo natural que preexiste ao Direito escrito e dentro do qual vive uma ordenação íntima, complexa e difícil de racionalizar (COELHO; OLIVEIRA, 2011, p. 145; XAVIER, 2008, p. 59).

À família, natural ou adotiva, é reconhecido um direito à proteção da sociedade e do Estado, sendo objeto de uma garantia institucional. Por essa razão, a família tem sido objeto de preocupação por parte de instrumentos jurídicos internacionais. A Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) proclama afamília como elemento natural e fundamental da sociedade, no seu artigo 16.º, n.º 3, reconhecendo-lhe o direito à proteção desta e do Estado. Idêntica afirmação decorre, respectivamente, dos artigos 10.º e 23.º dos Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais e Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.

A Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) consagra no artigo 8.º o direito ao respeito pela vida privada e familiar, estabelecendo o princípio da não-ingerência da

autoridade pública no exercício deste direito, senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que seja necessária para a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros. No mesmo sentido, encontramos os artigos 7.º e 33.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

No artigo 67.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), integrado já no capítulo dos direitos e deveres sociais, reconhece-se à Família, enquanto elemento fundamental da sociedade, o direito à proteção da sociedade e do Estado e à efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros.

A Constituição da República Portuguesa (CRP) consagra diversas disposições à família, enquanto célula fundamental da sociedade, decorrendo das mesmas a afirmação de determinados princípios constitucionais do direito da família[2], designadamente: o direito de constituir família; o princípio da igualdade dos cônjuges; o princípio da atribuição aos pais do poder-dever de educação dos filhos; o princípio da inseparabilidade dos filhos dos seus progenitores; o princípio da proteção da adoção; o princípio da proteção da família; o princípio da proteção da maternidade e paternidade (COELHO; OLIVEIRA, 2011, p. 111 e seg).

Logo no artigo 36.º, n.º 1, a CRP prevê o direito de todos a constituir família e a contrair casamento em condições de plena igualdade, e no n.º 3 do mesmo preceito, a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos.

No n.º 5 do artigo 36.º reconhece-se o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos. O artigo 68.º, relativo à proteção da maternidade e paternidade, reforça esta ideia, determinando que "Os pais e as mães têm direito à proteção da sociedade e do Estado na realização da sua *insubstituível* ação em relação aos filhos, nomeadamente quanto à sua educação". No n.º 2, o preceito reconhece a maternidade e a paternidade como valores sociais eminentes, admitindo-se, assim, um verdadeiro direito fundamental dos pais e das mães, enquanto tais, à proteção da sociedade e do Estado no desempenho dessa tarefa.

Por sua vez, no n.º 6 do artigo 36.º da CRP, encontramos outro princípio fundamental no domínio das relações paterno-materno filiais: o princípio da inseparabilidade dos filhos dos pais, ressalvados os casos de incumprimento por estes dos seus deveres fundamentais para com os filhos, sempre mediante decisão judicial. Desta garantia constitucional decorre "a natureza primordial e insubstituível da intervenção dos pais na tarefa de educação e acompanhamento dos filhos, (...) só se justificando o afastamento de uns e outros em casos extremos, de irresponsabilidade ou negligência" (MIRANDA; MEDEIROS, 2010, p. 828 e 834).

3 A TUTELA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS MEMBROS DA FAMÍLIA, EM PARTICULAR, DA INFÂNCIA

2 Cfr. os artigos 36.º, 67.º, 68.º e 69.º da CRP.

Muito embora a Constituição confira tutela autônoma à família, enquanto tal, ela não perfilha uma conceção personalista da família e do casamento, não sendo admissível uma configuração legal da família de acordo com um modelo autoritário ou com uma visão que absolutize o interesse supra individual e coletivo da família, pese embora a tutela constitucional da família não se identifique com a proteção dos indivíduos que a integram (XAVIER, 2003, p. 154).

Desde logo, a CRP reconheceu também às crianças um direito à proteção perante a sociedade e o Estado, ao acolher expressamente o direito das crianças à proteção contra o exercício abusivo da autoridade na família[3]. A reforma de 1977 do Código Civil pôs termo à referência ao poder de correção, para passar a consagrar apenas um dever de obediência dos filhos em relação aos pais. Hoje, em particular, desde a entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, no que respeita à proteção das crianças e dos jovens, o Código Civil não se limita a estabelecer limites ao exercício da autoridade, mas impõe aos pais um dever positivo de respeito pela personalidade dos filhos[4].

O preceito constitucional de que decorre o princípio da proteção à infância é o artigo 69.º da CRP, que, sob a epígrafe *Infância*, declara, no seu n.º 1, que "As crianças têm direito à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições.". Nesta norma da CRP, encontra-se consagrado um direito das crianças à proteção, "impondo-se os correlativos deveres de prestação ou atividade ao Estado e à sociedade" (CANOTILHO; VITAL MOREIRA, 2007, p. 869). Está em causa um direito social típico, que implica deveres de legislação e de ação administrativa para a sua realização e concretização, mas que pressupõe um direito *negativo* das crianças a não serem abandonadas, discriminadas ou oprimidas. Os sujeitos passivos deste direito são não só o Estado como os poderes públicos e a sociedade em geral, incluindo a família e, dentro desta, os pais. Este mesmo n.º 1 do artigo 69.º impõe também a definição legal e a limitação da autoridade sobre as crianças no seio da família, justificando a concretização legislativa das inibições e limitações ao exercício das responsabilidades parentais, bem como as medidas de vigilância e punição dos maus tratos e das sevícias contra as crianças no ambiente doméstico (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 870).

No n.º 2 do artigo 69.º proclama-se a especial proteção que o Estado deverá assegurar às crianças órfãs, abandonadas ou por qualquer forma privadas de um ambiente familiar normal, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições. Estas formas de abandono, discriminação e opressão incluem a violência física e psíquica, tais como as sevícias ou o abandono, mas também a exploração econômica e social (CANOTILHO; MOREIRA, 2007*,* p. 870).Neste n.º 2 encontra-se assim delimitadas três situações de perigo para as crian-

3 Cfr. o artigo 69.º, n.º 2, da CRP de 1976.

4 Cfr. o artigo 1878.º, n.º 2 do Código Civil.

ças, a saber: a orfandade, o abandono e a privação de um ambiente familiar normal, mas no âmbito normativo deste preceito poderão entrar outras situações, como a violência doméstica, as atividades ou trabalhos excessivos ou inadequados à idade da criança, os comportamentos e atividades gravemente lesivas da sua saúde, segurança, formação, educação ou desenvolvimento, conferindo-se à criança especial proteção contra o exercício abusivo da autoridade na família (CANOTILHO; VITAL MOREIRA, 2007, p. 871).

Finalmente, no domínio dos Direitos, Liberdades e Garantias, encontramos nos artigos 24.º a 27.º o reconhecimento, respetivamente, dos direitos fundamentais à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação, à liberdade e à segurança. Todos estes direitos poderão resultar ameaçados ou violados, nos casos de violência doméstica.

É no âmbito deste enquadramento constitucional que terá que perspetivar-se a intervenção estatal no contexto da violência doméstica. Caberá ao Estado tomar posição quanto ao conflito de valores aqui subjacente: a privacidade e o direito à diversidade das famílias – a não-ingerência – por um lado, e a tutela dos direitos fundamentais de cada membro da família – os cônjuges e as crianças, por outro.

4 O CONFLITO DE VALORES

A intervenção do Estado na violência doméstica constitui o maior dos desafios, ao introduzir-se naquela que é por todos considerada como a mais privada das esferas. Ao Estado impõe-se a proteção social, econômica e jurídica da família, mas também a promoção do respeito pelos direitos fundamentais de cada um dos seus membros (ROCA, 1999, p. 80). “Todas as medidas pressupõem um envolvimento do Estado, assumindo a função de proteção das vítimas (...) uma vez que neste tipo de crimes está em causa, em regra, a proteção de vítimas que estão especialmente desprotegidas face aos seus agressores.” (SILVA, 2011, p. 305).

Desconstruindo o dilema em face do qual se encontra o Estado, reconheça-se a família como unidade fundamental natural da sociedade, ambiente natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, particularmente das crianças. À família cabe o papel principal como garante da segurança física e emocional dos seus membros, num ambiente marcado pela privacidade e pela autonomia, valores prezados em todas as sociedades e reconhecidos pelos instrumentos internacionais. Mas afirme-se, ao mesmo tempo, que o direito de cada um dos membrosda família à vida, à sobrevivência, ao desenvolvimento, à dignidade e à integridade física não podem ficar à porta da casa de morada da família.“O momento regulativo encara hoje dilemas de enorme importância e difícil discernimento: dimensão comunitária e respeito pelos direitos individuais; (…) enquadramento institucional e autonomia privada, respeito pela auto-regulação e orientação das condutas.” (XAVIER, 2008, p. 17).

Do ponto de vista jurídico-constitucional, estão em jogo, em grande medida, os direi-

tos que fazem parte da tutela geral da personalidade, consagrada no artigo 26º da CRP. Esta tutela constitui uma expressão direta do postulado básico da dignidade humana (MIRANDA; MEDEIROS, 2010, p. 613).

Nela se inclui o direito à própria formação da personalidade, que abarca o direito ao desenvolvimento de todas as potencialidades e capacidades, assumindo particular importância quando estão em causa crianças ou jovens ainda em formação da sua personalidade (MIRANDA; MEDEIROS, 2010, p. 614). Por outro lado, no âmbito desta tutela geral da personalidade, encontramos também presente o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar (MIRANDA; MEDEIROS, 2010, p. 620). Este direito não é um direito ilimitável. Ao contrário, em matéria de colisão de direitos fundamentais, é daqueles direitos que apresenta um maior índice de conflitualidade possível de antecipar (MIRANDA; MEDEIROS, 2010, p. 624).

O Estado encontra-se perante um dilema, que se poderia representar pela imagem de uma balança cujos pratos buscam incessantemente o equilíbrio. Se por um lado, a intervenção do Estado é imposta, como forma de garantir o respeito pelos mais elementares direitos dos membros individuais da família, ou a reintegração destes direitos, por vezes grosseiramente violados, por outro lado, não poderemos deixar de perceber que tal intervenção se faz no seio da família, a quem é reconhecida liberdade, autonomia e reserva da vida privada. Mas o princípio da não-ingerência nos assuntos privados não pode ser invocado para impedir a luta contra a violência doméstica[5].

Mas esta intervenção do Estado só será admissível se lograr obter um justo equilíbrio entre os dois pratos da balança. No que concerne àviolência parental, por exemplo, nem mesmo a Convenção dos Direitos da Criança (CDC) nos sugere critérios infalíveis de decisão, que permitam assegurar uma justa composição entre os interesses em presença, tais como o direito dos filhos a estar e conviver com os seus progenitores e o direito a serem protegidos contra os maus tratos. Torna-se, por isso, indispensável realizar a avaliação dos diferentes interesses em crise, no caso concreto (HAMMARBERGcitado por CLEMENTE, 2009, p. 51). Esta dicotomia torna delicada, mas ao mesmo tempo, mais aliciante, a definição de estratégias de intervenção. A consecução do objetivo de equilíbrio entre este conjunto de valores fundamentais constitui o maior desafio que ao Estado se coloca no plano da intervenção no contexto da violência doméstica.

4.1 O caso particular da violência parental: limites imanentes e abuso institucional do direito (?)

Os direitos, liberdades e garantias não são absolutos nem ilimitados, visto que a comunidade liga os direitos a uma ideia de responsabilidade social e integra-os no conjunto dos valores comunitários (ANDRADE, 2012, p. 263). Todos os direitos fundamentais têm limites, que consistem essencialmente num conflito prático entre valores, entre os valores próprios dos direitos, ou entre esses e outros valores comunitários, no contexto do sistema constitucional

5 Cfr. a Resolução n.º 55/99, do Conselho de Ministros, de 15 de junho.

(ANDRADE, 2012, p. 264).

A solução para o conflito enunciado no ponto precedente, no caso da violência parental, entre o direito à reserva da intimidade da vida privada, ao direito dos pais à educação e manutenção dos filhos e sua inseparabilidade, consagrados nos artigos 26.º e 36.º, n.ºs 5 e 6, da CRP, por um lado, e a garantia dos direitos fundamentais da criança, por outro, poderá obter-se através do reconhecimento de limites imanentes ou intrínsecos a estes direitos, ou mesmo pela constatação de verdadeiras colisões de direitos, carecidas de uma resolução particular, atinente aos dados do caso concreto.

A doutrina utiliza a expressão *limites imanentes* para designar os contornos de consagração constitucional de um direito consagrado na Constituição. "A expressão não é, porém, inteiramente feliz, mormente quando ela é utilizada no sentido de limites máximos de conteúdo ou de limites do objeto, pois deste modo não se expressa claramente que o designado limite imanente está fora da proteção constitucional." (VAZ, 1996, p. 316).

Os limites imanentes constituem restrições constitucionais, expressas ou implícitas, ao conteúdo "natural" do direito (VAZ, 1996, p. 317). Estamos à procura do conteúdo protegido por cada preceito, uma vez que a Constituição não dá cobertura a todas as situações, formas ou modos de exercício pensáveis para cada um dos direitos. Pode-se encontrar limites expressamente formulados no texto constitucional, no próprio preceito, ou em outros preceitos constitucionais, ou, noutros casos, essas limitações só são determináveis por via interpretativa. Em qualquer destas hipóteses, o direito não existe enquanto dimensão constitucional protegida, pelo que não se chega a levantar o problema da restrição legal, ou de colisão de direitos. Concretamente a respeito da violência parental, Vieira De Andrade (2012, p. 273) questiona: "Fará sentido invocar o direito de educar os filhos para os espancar violentamente?" Para logo concluir que, neste, como em muitos outros casos, não estamos propriamente numa situação de conflito entre o direito invocado e outros direitos ou valores, mas é o próprio preceito constitucional que não protege essas formas de exercício do direito fundamental. Assim, deveremos entender que a reserva da vida privada e os outros direitos constitucionais conflituantes apenas têm um determinado âmbito de proteção constitucional, havendo, pois, esferas de ação no exercício deste direito que se encontram a descoberto desta proteção[6]. A unidade valorativa da Constituição coloca-as fora da proteção constitucional ou é mesmo contrária a essa unidade valorativa. "A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na conceção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado" (MIRANDA, 2012, p. 219).

No Direito Internacional encontramos disposições que afloram este conceito: o artigo

6 *Vide*, a este respeito VIEIRA DE ANDRADE(2012, p. 267), que sustenta a admissibilidade de uma interpretação das normas constitucionais que permita restringir à partida o âmbito de proteção da norma que prevê o direito fundamental, excluindo os conteúdos que possam considerar-se *in limine*constitucionalmente inadmissíveis. O direito pessoal à reserva da intimidade da vida privada e familiar, constitucionalmente protegido pelo artigo 26.º, n.º 1 da CRP, não comporta todas as configurações imagináveis de exercício desse direito. Torna-se aqui necessário proceder a uma interpretação restritiva, em abstrato, da norma constitucional que prevê este direito, que se justifica como forma de assegurar plenamente o núcleo essencial de outros direitos fundamentais em presença.

30.º da DUDH determina que "Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada de maneira a envolver para qualquer Estado, agrupamento ou indivíduo o direito de se entregar a alguma atividade ou de praticar algum ato destinado a destruir os direitos e liberdades aqui enunciados.". Em sentido quase coincidente encontramos o artigo 17.º da CEDH e o artigo 54.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

No plano infraconstitucional, no Direito Civil, encontramos consagrado o instituto do abuso do direito[7], que talvez nem necessitasse de prescrição positiva, porquanto se trata de um princípio normativo (NEVES citado por ABREU, 2006, p. 49). "O instituto do abuso do direito representa o controlo institucional da ordem jurídica quanto ao exercício dos direitos subjetivos privados, garantindo a autenticidade das suas funções"(HÖRSTER, 1992, p. 281). Resulta evidente que a ordem jurídica implica a delimitação de poderes, podendo, nessa medida, afirmar-se que todos os direitos são relativos, porque circunscritos por necessários limites legais, a fim de que os vários poderes possam coexistir (ABREU, 2006, p. 39). Por essa razão, no plano infraconstitucional, aintervenção legislativa estatal tanto poderá traduzir-se numa atividade concretizadora, isto é, uma tarefa de interpretação dos limites imanentes do direito fundamental impressos no preceito constitucional, nada acrescentando, ou retirando ao conteúdo constitucional, como numa atividade restritiva, desta feita, apenas se estiver protegida aquela dimensão constitucional do exercício do direito(VAZ, 1996,p. 313, 317).

Os direitos familiares pessoais característicos da relação jurídica paterno-materno filial são poderes individuais que correm o risco de ser objeto de um exercício abusivo. Quem age em abuso do direito invoca um poder que aparentemente lhe pertence, mas que não tem fundamento material. "Há abuso de direito quando um comportamento, aparentando ser exercício de um direito, se traduz na não realização de interesses pessoais de que esse direito é instrumento e na negação de interesses sensíveis de outrem." (neste caso, os interesses do filho) (ABREU, 2009, p. 43). Por comportamento entender-se-á tanto uma ação como uma omissão. Hörster (1992, p. 283) distingue entre o *abuso institucional* e o *abuso individual.* Quando o pai ou a mãe invocam o seu direito de educação para, por hipótese, aplicar regularmente castigos corporais ao filho, por força do artigo 1878.º do Código Civil, a questão coloca-se no plano do abuso institucional. O direito é, neste caso, invocado para fins que estão fora dos objetivos para os quais ele foi atribuído pela norma. A norma não confere este direito com o conteúdo invocado. Encontra-se, em rigor, perante o exercício de um direito apenas aparente, mas não existente na realidade (HÖRSTER,1992*,* p. 283).É caraterística desta forma de abuso, a contradição com os princípios fundamentais da ordem jurídica, ou a desvirtuação da função, ou dos objetivos de um dado instituto jurídico – no caso, o das responsabilidades parentais.

Para a maioria da doutrina, contudo, os direitos abrangidos no conteúdo das responsabilidades parentais não encaixam perfeitamente na categoria dos direitos subjetivos em sentido

7 Cfr. o artigo 334.º do Código Civil: "É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito".

estrito, tratando-se antes de direitos de estrutura complexa que, do ponto de vista do seu conteúdo, apresentam uma natureza específica, que comporta direitos e deveres (HÖRSTER, 1992, p. 256-257). Leite De Campos (1997, p. 139), reforça este entendimento: "o titular do poder não o exerce no seu interesse, mas antes ("também") no interesse do sujeito passivo." O seu exercício não é inteiramente livre, mas controlado pela ordem jurídica, tendo em conta as funções a que de destina. Por essa razão, a tese da invocabilidade do instituto do abuso do direito consagrado no artigo 334.º do Código Civil ao exercício das responsabilidades parentais não é pacífica na doutrina.

Ao invés, só é admitida por aqueles autores que as classificam como direitos subjetivos *stricto sensu*(em sentido estrito). Recorde-se aqui a posição defendida por Jorge Miranda(2006, p. 28-29), segundo a qual, os limites a impor ao exercício das responsabilidades parentais explicam-se pela categoria geral que pode aplicar-se a quaisquer direitos subjetivos – a noção de abuso de direito. O autor acolhe a ideia de que todo o direito é conferido para desempenho de uma função, razão que motiva a sua adesão ao conceito de abuso do direito para as hipóteses em que os pais, em vez de educarem, pervertem ou deixam perverter a função em razão da qual esse direito foi concedido – a formação da personalidade do filho e o desenvolvimento da sua própria personalidade; então, cessarão as razões porque lhes foi reservado o correspondente poder.

Em sentido inverso, Meneses Cordeiro (2011, p. 242), ao deter-se sobre a interpretação a conferir aos diversos segmentos da norma prevista no artigo 334.º do Código Civil, pronuncia-se sobre o entendimento a retirar da locução "fim social ou económico do direito". Referindo-se em detalhe às diversas teorias do abuso do direito(2011, p. 351 e seg.), o autor recusa que nas teorias funcionais se possa encontrar a chave do abuso. Os direitos podem ser concedidos com uma certa função – são direitos ou poderes funcionais ou direitos-deveres, mas, quando tal suceda, as normas em jogo devem ser respeitadas sob pena de ilicitude, não havendo lugar a abuso – os valores sociais devem ser defendidos, mas com clareza e em face de normas a tanto dirigidas; não há aqui planos para o abuso (CORDEIRO, 2011, p. 354-355).

Há ainda autores que aproximam os poderes-deveres ou poderes funcionais dos poderes discricionários das autoridades administrativas. A liberdade de que goza o titular destes poderes-deveres – no caso, as responsabilidades parentais – seria idêntica àquela de que disfrutam os órgãos da Administração quando, no uso da discricionariedade, escolhem o *se*, o *como* ou o *quando* da atuação em concreto do interesse público. Falar-se-ia a este respeito de *desvio de poder* e não de *abuso do direito* (ABREU, 2006,p. 81). Mas Coutinho De Abreu (2006,p. 82-83) acaba por concluir que estar-se aqui perante direitos subjetivos, na medida em que podemos ainda falar de uma livre disposição, muito embora resulte inegável a menor liberdade de atuação nos poderes funcionais, do que nos *típicos* direitos subjetivos. A despeito destas afirmações, recusada a aplicabilidade a estas hipóteses do *desvio de poder*, o autor acaba também por concluir pela inaplicabilidade do abuso do direito, ao considerar que, em consonância com a intensidade dos laços afetivos materno-paterno filiais, são proibidos aos pais determinados comportamentos, podendo decretar-se a inibição do exercício das responsabilidades parentais, quando esses

poderes-deveres não possam, ou não sejam, devidamente exercidos – por essa razão, Coutinho De Abreu(2006,p. 84) rejeita a aplicabilidade da cláusula geral do abuso do direito a este nível das relações entre o titular do poder funcional e do beneficiário deste, enquanto Castro Mendes (1979, p. 117) refere explicitamente o abuso do direito a propósito do n.º 2 do artigo 69.º da CRP, relativo ao exercício abusivo da autoridade na família.

Por fim, ainda será pensável a verificação de uma colisão ou conflito de direitos, em sentido estrito, quando se puder entender que a Constituição protege simultaneamente os dois valores ou bens, em contradição numa determinada situação concreta (real ou hipotética) (ANDRADE, 2012, p. 299). Quando as dimensões dos dois direitos são constitucionalmente protegidas, o aplicador do Direito tem que conferir a ambas proteção jurídica.

No domínio das relações paterno-materno filiais, Vieira De Andrade (2012, p. 299) interroga-se se deverá punir-se por homicídio um pai que, por convicção religiosa, não permita a realização de uma transfusão de sangue a um filho menor, indispensável à sua sobrevivência. "Até que ponto podem os pais dispor da maneira de viver dos filhos?" A solução dos conflitos e colisões entre direitos, liberdades e garantias não pode ser resolvida sistematicamente através de uma *preferência abstrata*, com o mero recurso à ideia de uma ordem hierárquica dos valores constitucionais.

Nas situações de verdadeiros conflitos de direitos, ou seja, na ausência de disposição legislativa que o preveja e dirima, antecipadamente, lançar-se-á mão, de acordo com a doutrina constitucional, do *princípio da harmonização* ou da *concordância prática,* procurando que o conteúdo essencial dos direitos em conflito nunca seja afetado e pugnando pela realização máxima de cada um desses direitos. Vieira De Andrade (2012, p. 299-300) propõe para estas hipóteses de conflitos de direitos a atinência a três fatores, ponderando, num juízo global, em função de cada um deles, todas as circunstâncias relevantes no caso concreto. Deverá atender-se ao âmbito e graduação do conteúdo dos preceitos constitucionais em conflito, à natureza do caso, apreciando o tipo, o conteúdo, a forma e as demais circunstâncias objetivas do facto conflitual; e finalmente, a condição e o comportamento das pessoas envolvidas, que podem ditar soluções diferenciadas.

No contexto da intervenção do Estado na violência parental, o problema prende-se muito mais com a delimitação de limites imanentes e, logo, pelo preenchimento do conteúdo constitucionalmente protegido do direito, ou princípio fundamental em causa, do que com o conflito de direitos, uma vez que, da exposição precedente, resulta que os princípios constitucionais de Direito da Família e os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição aos pais não comportam um conteúdo protegido, ou formas de exercício tais, que coloquem em causa os direitos constitucionalmente reconhecidos à criança. Hipóteses de genuíno conflito de direitos, a solucionar em face do caso concreto, à luz dos critérios propostos por Vieira De Andrade, são pouco frequentes.

5 FUNDAMENTO DA INTERVENÇÃO: A INTERVENÇÃO DO ESTADO COMO EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA NÃO-INGERÊNCIA - REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE ESPECIFICAMENTE EM SITUAÇÕES DE VIOLÊNCIA PARENTAL

O fundamento para a intervenção estatal no contexto da violência doméstica resulta do disposto em instrumentos internacionais, entre os quais a CEDH. O seu artigo 3.º, sobre a proibição da tortura, impõe ao Estado obrigações substantivas: uma negativa, de não aplicar a tortura, ou os tratamentos desumanos, ou degradantes; outra positiva, de proteger contra os atos que violam a integridade física, mesmo quando infligidos por particulares (ALVES, 2008,p. 30). A vida privada entra em jogo, quando está em causa a integridade física e moral das pessoas – a intervenção judiciária e administrativa acontece, obviamente, em contextos de crise e conflito (XAVIER, 2008, p. 18).

A intervenção estatal encontra também fundamento em diversos preceitos constitucionais, sistematicamente distintos. O legislador constitucional consagrou, no artigo 9.º, na definição dos Princípios Fundamentais, como tarefa fundamental do Estado, a garantia dos direitos e liberdades fundamentais – existe uma vinculação positiva do Estado aos direitos fundamentais, incluindo direitos, liberdades e garantias, daí decorrendo o dever de proteger o interesse dos membros da família e, em última análise, o dever de proteger a sua vida, a sua integridade pessoal, o desenvolvimento da sua personalidade e outros direitos fundamentais (MIRANDA; MEDEIROS, 2010, p. 1381). A violência doméstica constitui um atentado dos direitos fundamentais dassuas vítimas. Do artigo 12.º, constante do capítulo concernente aos Princípios Gerais, decorre o princípio da *Universalidade*, que determina que todos os cidadãos gozam dos direitos consignados na Constituição, proclamando o artigo 13.º a mesma dignidade social e a igualdade de todos os cidadãos perante a lei. A base constitucional do princípio da igualdade é a igual dignidade de todos os cidadãos, traduzindo-se num corolário da igual dignidade humana de todas as pessoas, significando que todos os cidadãos têm idêntica validade cívica, independentemente da sua inserção económica, social, cultural e política, proibindo formas de tratamento discriminatórias (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 338 e seg).

Mas o princípio da igualdade é compatível e até impõe a diferenciação, como forma de compensar a desigualdade de oportunidades, o que pressupõe a eliminação, pelos poderes públicos, de desigualdades fácticas de natureza social, econômica e cultural. Proíbe, em síntese, os privilégios no gozo de qualquer direito, ou na isenção de qualquer dever, mas também a proibição de prejuízo na privação de qualquer direito ou na imposição de qualquer dever. A obrigação de diferenciação – sustentam estes autores – deriva da função social do princípio da igualdade, que pressupõe o dever de eliminar ou atenuar as desigualdades sociais, econômicas e culturais, a fim de se assegurar a igualdade material. Nesse sentido se devem interpretar normas como as constantes do artigo 69.º, n.º 2, por exemplo, que consagram, neste caso, uma discriminação positiva, imposta constitucionalmente e que, a não existir, fundamentaria uma

inconstitucionalidade por omissão.

A acentuação da privacidade das relações familiares expôs as fragilidades das famílias e recordou a importância da intervenção do Estado, no sentido da proteção dos mais vulneráveis. Mas esta intervenção deve reger-se pelo *princípio da subsidiariedade*. dirigindo-se, sobretudo, à promoção e à proteção dos direitos destas pessoas mais frágeis. Esta intervenção estatal deve traduzir-se numa atividade de regulação e fiscalização, mas também de promoção e facilitação das funções próprias das famílias (RITA LOBO XAVIER, 2010, p. 368).

A intervenção do Estado na família e, particularmente, no problema da violência doméstica, deve reger-se por dois princípios fundamentais: a *subsidiariedade* da intervenção e a *cooperação do Estado* com a família. Assim, os problemas derivados das fragilidades das famílias e das ruturas familiares devem ser encarados nas suas causas e as soluções para os mesmos devem procurar-se, através de ações que visem regular e prevenir a desagregação familiar (XAVIER, 2010, p. 370).

O artigo 8.º da CEDH consagra, como vimos, o direito ao respeito pela vida privada e familiar, estabelecendo o princípio da não-ingerência da autoridade pública no exercício deste direito, senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que seja necessária para a proteção da saúde, ou da moral, ou para a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros. Do n.º 2 do artigo 8.º da CEDH decorre a afirmação do princípio da proporcionalidade – as medidas excecionais aí previstas têm que ser proporcionais.

Por sua vez, o artigo 18.º, n.º 1, da CRP proclama que "Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam entidades públicas e privadas". Sendo entidades públicas, "desde logo, os poderes públicos: o legislador, o governo/administração, e os Tribunais" (CANOTILHO, 2000, p. 437). Detendo-se mais concretamente sobre a figura do legislador, a vinculação deste assume uma importante dimensão positiva, que se traduz no dever de o legislador conformar "as relações da vida, as relações entre o Estado e os cidadãos e as relações entre os indivíduos, segundo as medidas e diretivas materiais consubstanciadas nas normas garantidoras de direitos, liberdades e garantias. Neste sentido, o legislador deve "realizar" os direitos, liberdades e garantias, otimizando a sua normatividade e atualidade." (CANOTILHO, 2000, p. 438). Dito de outra forma, no domínio concreto da violência doméstica, incumbe ao legislador adotar as medidas legislativas que tiver por convenientes, para assegurar a plena realização dos direitos, liberdades e garantias dos membros da família: "Porque ao falar-se de violência doméstica é a dignidade do ser humano que é posta em causa de forma intensa e, frequentemente, de um modo dramático, cabe ao Estado, em constante articulação com as respostas, válidas mas insuficientes, que têm sido dadas pela sociedade civil, um papel fundamental na sua identificação, prevenção e combate." (LOURENÇO; CARVALHO, 2001, p. 101).

O n.º 2 do artigo 18.º da Constituição determina que: "a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente

protegidos". Toda a intervenção estatal no domínio da salvaguarda dos direitos fundamentais das vítimas de violência doméstica, terá que reger-se pelo *princípio da proporcionalidade*, espelhado em critérios de *indispensabilidade*, *adequação* e *proporcionalidade em sentido estrito.*

O *princípio da proporcionalidade*, também denominado *princípio da proibição do excesso*, desdobra-se em três subprincípios: *princípio da adequação ou idoneidade*; *princípio da necessidade, exigibilidade ou indispensabilidade* e *princípio da racionalidade ou proporcionalidade em sentido estrito* (CANOTILHO; MOREIRA, 2007*,* p. 392-393)(MIRANDA, 2012, p. 308-309).

Pressuposta a legitimidade do fim consignado na norma, a *idoneidade* ou *adequação* traduz-se na existência de um meio adequado à sua prossecução. Perante um bem juridicamente protegido, a intervenção ou a providência a adotar, seja ela legislativa, ou de outra índole, deve constituir um meio adequado à prossecução dos fins visados pela lei, que serão, à partida, a salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos.

Colocada a questão em relação à violência parental, o princípio da proporcionalidade, nesta vertente, só estará respeitado se a intervenção estatal proposta no caso permitir satisfazer adequadamente as necessidades de proteção dos direitos fundamentais da criança, violados ou colocados em risco. De destacar que, a par de violações do princípio por excesso de proteção, poderão também verificar-se violações por defeito, isto é, derivadas do incumprimento, por parte do Estado, de deveres de proteção relativos ao exercício dos direitos fundamentais. Constituirá intervenção violadora do princípio da proporcionalidade, por hipótese, aquela intervenção do Estado que se traduza no afastamento do filho dos progenitores, após a constatação da inflição esporádica de castigos corporais de pouca gravidade, sem a prévia tentativa de colaboração com os pais, no sentido da sua reeducação para a parentalidade, como a não intervenção do Estado, perante a sinalização de uma situação de maus tratos físicos, ou psicológicos, de gravidade apreciável, de que venha a decorrer dano para o desenvolvimento da criança.

A *necessidade* do meio, ou se preferirmos, a e*xigibilidade* ou *indispensabilidade*, traduz-se na imposição para o Estado de, perante várias soluções em abstrato aplicáveis ao problema versado, se decidir pela adoção daquela que melhor satisfizer, em concreto, a realização do fim a atingir, seja por força dos menores custos, ou eventualmente dos maiores benefícios, que aquela solução possa representar – as medidas devem ser necessárias[8], porque os fins visados pela lei não podiam ser obtidos por outros meios menos onerosos para os direitos, liberdades e garantias.

Finalmente, no que concerne à *racionalidade*, ou *proporcionalidade em sentido estrito*, pretende com isto significar-se que os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se numa "justa medida", impedindo-se a utilização de medidas desproporcionadas, ou excessivas, em relação aos fins obtidos (CANOTILHO; MOREIRA, 2007*,* p. 392-393). Implica que o órgão em causa proceda a uma correta avaliação da providência em termos quantitativos, de maneira a que ela não fique além, ou aquém do necessário, para se alcançar o resultado al-

8 A noção de necessidade implica a proporcionalidade da ingerência relativamente ao fim visado (ALVES, 2008, p. 215).

mejado (MIRANDA, 2012, p. 308).

A intervenção do Estado deverá ser excecional e conformar-se pelos *princípios da necessidade* e da *proporcionalidade*. Mas incumbe ao Estado o direito – e o dever – de intervir, quando o gozo, ou o exercício de direitos cívicos, sociais, econômicos, ou culturais, de que cada membro da família é titular, são ameaçados por fatores que lhe são exteriores, como a incúria, a exclusão social, o abandono, ou os maus tratos (RODRIGUES, 2003, p. 8). No conflito de interesses pais-filhos, prevalecerá o interesse dos filhos (ALVES, 2008, p. 203). No ordenamento jurídico português, esta afirmação terá que ser entendida *cum grano salis* (como um grão de sal), uma vez que a prevalência do superior interesse da criança terá que ser sempre interpretada em consonância com as regras constitucionalmente vigentes para a resolução de conflitos de direitos, que não estabelecem prevalência absoluta de nenhum direito fundamental em relação aos demais.

O artigo 8.º da CEDH impõe às autoridades nacionais o estabelecimento de um justo equilíbrio entre os interesses da criança e os interesses dos pais e a atribuição de particular relevância ao *superior interesse dacriança* que, de acordo com a natureza e a gravidade do caso, poderá justificar a prevalência sobre o interesse dos pais (ALVES, 2008, p. 203). Por essa razão, muito embora se reconheça a importância da convivência em família de pais e filhos, o artigo 8.º não autoriza, por exemplo, a pretensão do progenitor a que sejam tomadas medidas prejudiciais à saúde, ou ao desenvolvimento da criança.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em fase do que supra de escreveu, será forçoso concluir-se que a intervenção do Estado no domínio da violência doméstica se encontra internacional e constitucionalmente imposta, desde que contida dentro dos limites definidos pelos artigos 8.º, n.º 2, da CEDH, e 18.º, n.º 2 da CRP, designadamente, para a proteção da vida, da integridade física e psíquica, da identidade pessoal, do livre desenvolvimento da personalidade dos membros da família e do seu desenvolvimento integral como pessoa.

É pacífica, na atualidade, a aceitação da necessidade de intervenção do Estado na família, mas não se confunda intervenção, com intromissão. Numa perspetiva da prática concreta, a intervenção é por vezes objeto de "tibieza, de bloqueios e de confusão de conceitos que não são confundíveis: intervenção, que implica a capacidade de decisão oportuna; e invasão, de que resulta uma intromissão sem decisão oportuna, inútil" (FONSECA 2002, p. 9).

É um direito dos cidadãos que o Estado intervenha, sempre que a segurança, a saúde, a formação, o desenvolvimento físico, psíquico e emocional, o bem-estar, de um membro da família estejam em perigo. E nessa perspetiva, a intervenção só deverá verificar-se, quando for necessária para defender e assegurar os direitos fundamentais constitucionalmente protegidos e deverá ser feita de harmonia com os princípios orientadores decorrentes da Constituição e da Lei.

REFERÊNCIAS

ABREU, Coutinho de. **Do abuso de Direito, Ensaio de um critério em Direito Civil e nas deliberações sociais.** Coimbra: Almedina, 2006.

ALVES, Jorge Ferreira.**A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada e Protocolos Adicionais Anotados, (Doutrina e Jurisprudência).** Porto: Legis, 2008.

ANDRADE, José Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.** 5ª edição, Coimbra: Almedina, 2012.

BELEZA, Teresa Pizarro. Violência Doméstica. **Jornadas sobre a revisão do Código Penal.** Fórum Lisboa, setembro 2007.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de Direito da Família e das Sucessões**. 2ª edição atualizada e revista, Coimbra: Almedina, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 5ª Edição, Coimbra: Almedina, 2000, p. 437.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República PortuguesaAnotada.** Volume I, 4ª edição revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007

CLEMENTE, Rosa. **Inovação e Modernidade no Direito de Menores. A perspetiva da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo.** Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de.**Curso de Direito da Família.** Vol. I, Introdução, Direito Matrimonial, 4ª edição, reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

CORDEIRO, José Meneses. **Tratado de Direito Civil.** V, Coimbra: Almedina, 2011.

FONSECA, Carla. A Proteção das Crianças e Jovens: fatores de legitimação e objetivos, in **Direito Tutelar de Menores – o sistema em mudança.** Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

GIDDENS.**Sociology.** 4ª edição, Cambridge: Polity Press, 2001.

HÖRSTER, Heinrich Ewald. **A parte geral do código civil português**. Coimbra, Almedina, 1992.

LOURENÇO, Nelson; CARVALHO, Maria João Leote de. Violência Doméstica, **Themis**, ano II, n.º 3, 2001.

MENDES, Castro. **Direito Civil – Teoria Geral.** II, Lisboa, 1979.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** tomo IV, 5ª edição, (reimpressão), Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

MIRANDA, Jorge. Sobre o Poder Paternal, in **Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais.** Estoril: Principia, 2006.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada.** Tomo I, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

ROCA, Encarna. **Familia y cambio social**(De la "casa" a la persona). Madrid: Civitas, 1999.

RODRIGUES, Anabela Miranda; FONSECA, António Carlos Duarte. **Comentário da Lei Tutelar Educativa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

SILVA, Fernando. **Direito Penal Especial, Crimes contra as pessoas.** Lisboa: Quid Juris?, 2011, p. 305.

XAVIER, Rita Lobo.**Ensinar Direito da Família**.Porto: Publicações Universidade Católica, 2008.

_____ .A vinculação do Direito da Família aos direitos da família., in **João Paulo II e o Direito:** Estudo por ocasião do 25º aniversário do seu pontificado, Cascais: Principia, 2003

_____ . Responsabilidades parentais no séc. XXI.**Lex Familiae.** ano 5, n.º 10, 2008.

_____ . Família, direito e lei, in **Léxico da Família**, Cascais: Principia, 2010.

VAZ, Manuel Afonso Pereira. **Lei e Reserva da Lei, A causa da Lei na Constituição Portuguesa de 1976.**Porto: UCP, 1996.

CONFLICT OF VALUES AND THE STATE INTERVENTION EXPLANATION IN THE CONTEXT OF DOMESTIC VIOLENCE IN PORTUGAL

ABSTRACT

Domestic violence is a serious social problem nowadays. The present work intends to reflect on the State intervention legitimacy, in the conjugal and parental violence context, under the light of the current leg-

islation inPortuguese legal system, from the affirmation of the noninterference in the family fundamental principle, for the recognition of safeguarding the inalienable fundamental rights of each member necessity. State intervention is constitutionally imposed, but delimited by the principles of subsidiarity and proportionality.

Keywords: Domestic violence. State Intervention. Immanent boundaries. Proportionality.