

■ COLEÇÃO FORMAÇÃO CONTÍNUA ■



AMOR E DIREITO

REFLEXOS JURÍDICOS E JUDICIAIS

FEVEREIRO 2019

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Diretor do CEJ

João Manuel da Silva Miguel, Juiz Conselheiro

Diretores Adjuntos

Paulo Alexandre Pereira Guerra, Juiz Desembargador

Luís Manuel Cunha Silva Pereira, Procurador-Geral Adjunto

Coordenador do Departamento da Formação

Edgar Taborda Lopes, Juiz Desembargador

Coordenadora do Departamento de Relações Internacionais

Helena Leitão, Procuradora da República

Grafismo

Ana Caçapo - CEJ

É a primeira vez que o CEJ organiza uma Ação de formação contínua sobre Amor e Direito e os seus reflexos jurídicos e judiciais.

Quisemos inovar.

É um desafio que vai de encontro a novas reflexões.

A reflexão, como se afirma na brochura de apresentação, de que o Amor tem vindo a ser teorizado como princípio fundamentador da filosofia, da política e do funcionamento da sociedade e a constatação de que o Direito e a Justiça são inerentes e estão no centro do funcionamento de qualquer sociedade.

E quisemos fazê-lo num dia simbólico: O Dia dos Namorados

O Dia dos Namorados, que sendo-o tem o amor no seu seio.

MACHADO DE ASSIS dizia que «cada qual sabe amar a seu modo; o modo, pouco importa; o essencial é que saiba amar».

Antes, SANTO AGOSTINHO, num registo mais absoluto, afirmava que «a medida do amor é amar sem medida», acrescentando Shakespeare ser «um amor pobre aquele que se pode medir».

SAINT-EXUPÉRY traz-nos a envolvimento do outro e a comunhão: «Amar não é olhar um para o outro, é olhar juntos na mesma direção».

E MARTIN LUTHER KING, com a força da razão dos valores em que acreditava, afirmava «pouca coisa ser necessária para transformar inteiramente uma vida: bastava amor no coração e um sorriso nos lábios».

O amor está omnipresente nas nossas vidas e no nosso dia-a-dia e é retratado de múltiplas formas e modos.

Sempre assim foi.

Na mitologia, segundo uns, o Amor era filho de Marte e Vénus, Vénus que, dizia Camões nos Lusíadas, «traz os amores consigo»; e na mensagem Bíblica, João diz: «meu mandamento é este: amem uns aos outros como eu amo vocês».

Na filosofia, muito recentemente LUC FERRY, nas suas “7 lições para ser feliz”, dedica a segunda, ao Amor.

Na literatura nacional e estrangeira o Amor é tema recorrente.

Na Pintura, o Amor aparece desde a antiguidade, com Eros e Psiqué, e é profusamente representado em Ticiano, para não mencionar autores mais recentes. Está presente na Astronomia, sendo nome de planetaide.



Está presente na toponímia, na maçonaria, pelo amor fraternal, como sua divisa marcante, na heráldica, numa tripla simbologia: as casas, simbolizando o amor e família, as pombas, significando a felicidade e o amor; ou a cor púrpura, representando a ideia de justiça, de verdade, de grandeza, da sabedoria e do amor.

E se o amor é doce, a doçaria conventual faz-lhe jus com as «Bolinhas de amor», os «namorados», as barriguinhas de freira, os sonhos, os suspiros e os ais, onde se alia a sensualidade, a sumptuosidade e a exuberância ao amor ou a falta dele.

Entre muitos adágios, diz-se que o «Amor com amor se paga» e que «o amor não tem lei».

O tempo tem-se encarregado de desmentir este último aforismo, pelo menos numa certa dimensão.

Já as Ordenações sancionavam, nalguns casos severamente, comportamentos, inspirados pelo amor, e incluídos na categoria da violação ou devassa da moral e bons costumes.

Os crimes de amor são bem retratados no *Auto do Juiz da Beira*, de GIL VICENTE, nas figuras das querelas apresentadas por Ana Dias e pelo Sapateiro e pelas peculiares sentenças proferidas pelo Juiz Pero Marques.

Mas a lei e o Direito no amor vão além do direito penal.

No âmbito civil, as normas sobre o casamento e a sua dissolução, mais não são do que a regulação das relações de amor ou da falta dele entre os cônjuges.

Ainda nas relações da família, a regulação das responsabilidades parentais são ainda, ou devem ser, a regulação do resultado de amor ou de ato de amor.

De igual modo, no domínio do direito do trabalho, formas de amor ou de amor perverso são aí consideradas.

E é neste pano de fundo que os nossos convidados nos vêm hoje falar das suas áreas de saber.

O professor e psiquiatra, JÚLIO MACHADO VAZ, que se encontra nas nossas instalações do Porto, fala-nos do Amor cortês com a classe alta fora da lei;

Depois, já a partir de Lisboa, o Conselheiro SOUTO MOURA reflete sobre quando o amor mata...

A manhã encerra com a reflexão sobre o Amor como fonte de direito pela procuradora da República, JULIETA MONJINHO.

A sessão da tarde, inicia-se com a Conselheira FERNANDA ISABEL a dissertar sobre as patologias do amor no direito civil, e encerra com o desembargador JOSÉ EDUARDO SAPATEIRO a discorrer sobre as canções do amor e do trabalho.

É este naipe de excelentes oradores, com créditos reconhecidos e que, por isso mesmo, são garantia de êxito, que saúdo e a quem, em meu nome e em nome do CEJ, agradeço a disponibilidade e a pronta adesão a esta nossa iniciativa.

A moderação está a cargo do coordenador da Formação, desembargador EDGAR LOPES, que também conduzirá o alinhamento multimédia.

É garantia de inspiração criativa e de segura condução dos trabalhos.

É altura de terminar.

Não gostaria de o fazer sem ensaiar uma definição de amor tão do agrado dos juristas, e aqui necessária para o enquadramento visual final.

Na Grande Enciclopédia Portuguesa Brasileira, o Amor tem, entre outras, a aceção de «Necessidade da natureza de que resulta a aproximação dos sexos e é causa da reprodução das espécies»

Mais recentemente, o Dicionário Moraes, diz-nos que o Amor é a inclinação natural e mútua de dois sexos.

Inclino-me a pensar que nenhuma delas satisfaça os presentes.

Sobra-lhes razão, falta-lhes sentimento.

[Para nos confortar, deixo a música e a voz de SÉRGIO GODINHO, sobre um dos mais belos sonetos de Camões, que é um Hino ao Amor e, julgo nisso ser por todos acompanhado, uma das suas mais belas definições.](#)

Isso é também o pretexto para ultimar os preparativos e passar a palavra para o Porto, para a intervenção de JÚLIO MACHADO VAZ a quem, agora, pessoalmente saúdo, dou as boas vindas ao Centro de Estudos Judiciários, e agradeço o associar-se a nós e os ensinamentos que partilha connosco.

Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fcn.pt/vod/clips/25p39oni3h/streaming.html?locale=pt>

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O amor povoa os nossos dias.
Pela presença ou pela ausência.
Pelos filmes ou séries que vemos, pelas músicas que ouvimos.
No que fazemos e porque o fazemos.
Com quem nos damos ou de quem nos aproximamos.
Aquilo por que optamos ou escolhemos.
Acaba muitas vezes por ter que ver com o Amor.

De Edgar Morin, a Martha Nussbaun, passando por Luc Ferry, o Amor tem vindo a ser teorizado como princípio fundamentador da filosofia e da política, mas também do funcionamento da sociedade.

Ora, a Justiça está no centro do funcionamento de qualquer sociedade.

Por isso, nas jurisdições do Trabalho, da Família, do Civil, ou do Penal, o Amor surge com uma influência que muitas vezes não é directamente perceptível, ou é entendido de forma pouco curial...

Alguém disse que o Amor não tem leis e o Direito não tem Amor.

Não é bem assim e é isso que resulta claro desta acção de formação.

Aproveitando o embalo dado pela agitação que o marketing mundial do comércio acaba sempre por fazer em todos os 14 de Fevereiro, no CEJ falou-se de Amor.

Porque todas as jurisdições com ele lidam diariamente.

Em 1990 Edgar Morin (numa Conferência em Grenoble, publicada in "Amor Poesia Sabedoria", Instituto Piaget, 1999) disse que se torna grotesco constatar que "as palavras sobre o amor são exactamente o contrário das palavras de amor. Elas constituem-se num discurso frio, técnico, objectivo, que degrada e dissolve de si próprio o seu objecto" (pág. 29).

Falamos de um processo complexo com ingredientes físicos, biológicos, antropológicos e mitológicos, que se constitui como o auge da união entre a loucura e a sabedoria.

Que pode ir da "fulminação, à deriva" e que, possuindo o sentimento da verdade, é também este que está na origem dos erros mais graves que cometemos (págs. 32-33).

"O amor talvez seja a nossa religião mais verdadeira e, ao mesmo tempo, a nossa doença mental mais verdadeira". A autenticidade do amor passa por projectar a nossa verdade sobre o outro e deixarmo-nos contaminar pela verdade do outro (pág. 33).

O Direito é a Vida e é sobre a Vida que a formação dos magistrados tem de incidir. Para ser eficiente.

Um homem e uma mulher inventaram o amor com carácter de urgência num poema de 1962 do cabo-verdiano Daniel Filipe.

Cerca de 300 pessoas participaram, a 14 de Fevereiro de 2018, numa acção de formação do CEJ em que essa urgência foi reflectida.

A partir do Porto com o Professor **Júlio Machado Vaz** (que de forma brilhante, a propósito do "amor cortês" – sempre com ligação à actualidade – discorreu pela evolução histórica do relacionamento amoroso, por entre simbologias, por entre culturas).

Depois em Lisboa:

– Com o Conselheiro **Souto Moura**: que com a sua habitual argúcia, humor fino e inteligência, enquadrou dogmaticamente em termos penais a matéria do sentimento e da emoção patológicos, num contexto de evolução social em que a violência doméstica - nas suas inúmeras vertentes - assume uma relevância cada vez maior, concluindo que nesses casos não é o Amor que mata, mas o amor-próprio;

– Com a Procuradora da República e Escritora **Julieta Monginho**: com o poder e o encanto de quem sabe usar a palavra como poucos, sublinhando a indissociabilidade da Cultura e do Direito, recorrendo à mitologia grega, à literatura e ao cinema, para enquadrar as alterações sociais em curso – nomeadamente a volatilidade das relações –, reflectindo sobre a realidade com que se lida nos tribunais de família e os limites da sua intervenção, concluindo ainda que, mais que fonte do Direito o Amor tem de ser a sua nascente;

– Com a Conselheira **Fernanda Isabel Pereira**: que nos conduziu com brilho pelos caminhos patológicos do Amor no Direito Civil, que, sendo um direito estrutural, tem no seu seio os princípios e os mecanismos que permitem a adaptação à realidade, concluindo que, abordar amorosamente os processos, passa pela conjugação das palavras **Atenção** (à matéria de facto), **Cuidado** (na qualificação jurídica dos factos), **Preocupação** (com uma solução Justa e quer resolva o litígio) e **Respeito** (pelas partes e pelas Pessoas envolvidas);

– Com o Desembargador **José Eduardo Sapateiro**: que com uma capacidade de comunicação invulgar nos transportou para a realidade do Direito do Trabalho - que nos envolve desde que nascemos – a propósito do Amor ao trabalho, do trabalho feito com Amor, do Amor no trabalho, sempre através de uma exaustiva utilização de livros, de canções, de banda desenhada, de filmes, os vários tipos de contrato de trabalho, o tempo e local de trabalho, o salário, os acidentes, as discriminações, as protecções.

Um dia conseguido (para usar o título do livro de Peter Handke) e em que se cruzaram os sons, as vozes e as palavras de [Anthony Quinn](#), Iggy Pop, Leo Ferré, [Heróis do Mar](#), Sérgio Godinho, [Ricardo Arjona](#), [Ágata](#), JULIO MACHADO VAZ, Maria Clara, [Jacques Brel](#), JOSÉ ADRIANO SOUTO MOURA, [Charles Aznavour](#), [Sting](#), [Carolina Deslandes](#), JULIETA MONGINHO, Carminho, [HMB](#), [Rammstein](#), The Cure, Leonard Cohen, FERNANDA ISABEL SOUSA PEREIRA, Banda do Casaco, Chico Buarque, JOSÉ EDUARDO SAPATEIRO, [Jan Garbarek](#) e Daniel Filipe, [Paul McCartney](#), [Joe Cocker](#) e [Rod Stewart](#) e [Eric Clapton](#).

Uma acção de formação especial, que muito ficou a dever aos funcionários do CEJ Eugénia Cruz (que permitiu a parceria Lisboa-Porto), Luís Ribeiro e Nuno Martins (que com os meios técnicos disponíveis fizeram milagres) e Ana Caçapo (a criativa ideóloga do grafismo).

All you need is love...

Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1t83sfyhiw/streaming.html?locale=pt>

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Ficha Técnica

Nome:

Amor e Direito – Reflexos jurídicos e judiciais

A apresentação de José Eduardo Sapateiro ficou autonomizada no e-book: “[Canções do Amor e do Trabalho](#)”.

**Coleção:**

Formação Contínua

Plano de Formação 2017-2018:

“Amor e Direito – Reflexos jurídicos e judiciais” – Lisboa, 14 de fevereiro de 2018 ([programa](#))

Conceção e organização:

Edgar Taborda Lopes – Juiz Desembargador, Coordenador do Departamento da Formação do CEJ

Intervenientes:

Fernanda Isabel Pereira – Juíza Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça
José Adriano Souto Moura – Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça
José Eduardo Sapateiro – Juiz Desembargador do Tribunal da Relação de Lisboa
Julieta Monginho – Procuradora da República
Júlio Machado Vaz – Psiquiatra

Revisão final:

Edgar Taborda Lopes
Ana Caçapo – Departamento da Formação do CEJ

Notas:

Para a visualização correta dos e-books recomenda-se o seu descarregamento e a utilização do programa Adobe Acrobat Reader.

Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico.

Os conteúdos e textos constantes desta obra, bem como as opiniões pessoais aqui expressas, são da exclusiva responsabilidade dos/as seus/suas Autores/as não vinculando nem necessariamente correspondendo à posição do Centro de Estudos Judiciários relativamente às temáticas abordadas.

A reprodução total ou parcial dos seus conteúdos e textos está autorizada sempre que seja devidamente citada a respetiva origem.

Forma de citação de um livro eletrónico (NP405-4):

AUTOR(ES) – **Título** [Em linha]. a ed. Edição. Local de edição: Editor, ano de edição.
[Consult. Data de consulta]. Disponível na internet: <URL:>. ISBN.

Exemplo:

Direito Bancário [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

[Consult. 12 mar. 2015].

Disponível na

internet: <URL: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf.

ISBN 978-972-9122-98-9.

Registo das revisões efetuadas ao e-book

Identificação da versão	Data de atualização
1.ª edição – 14/02/2019	

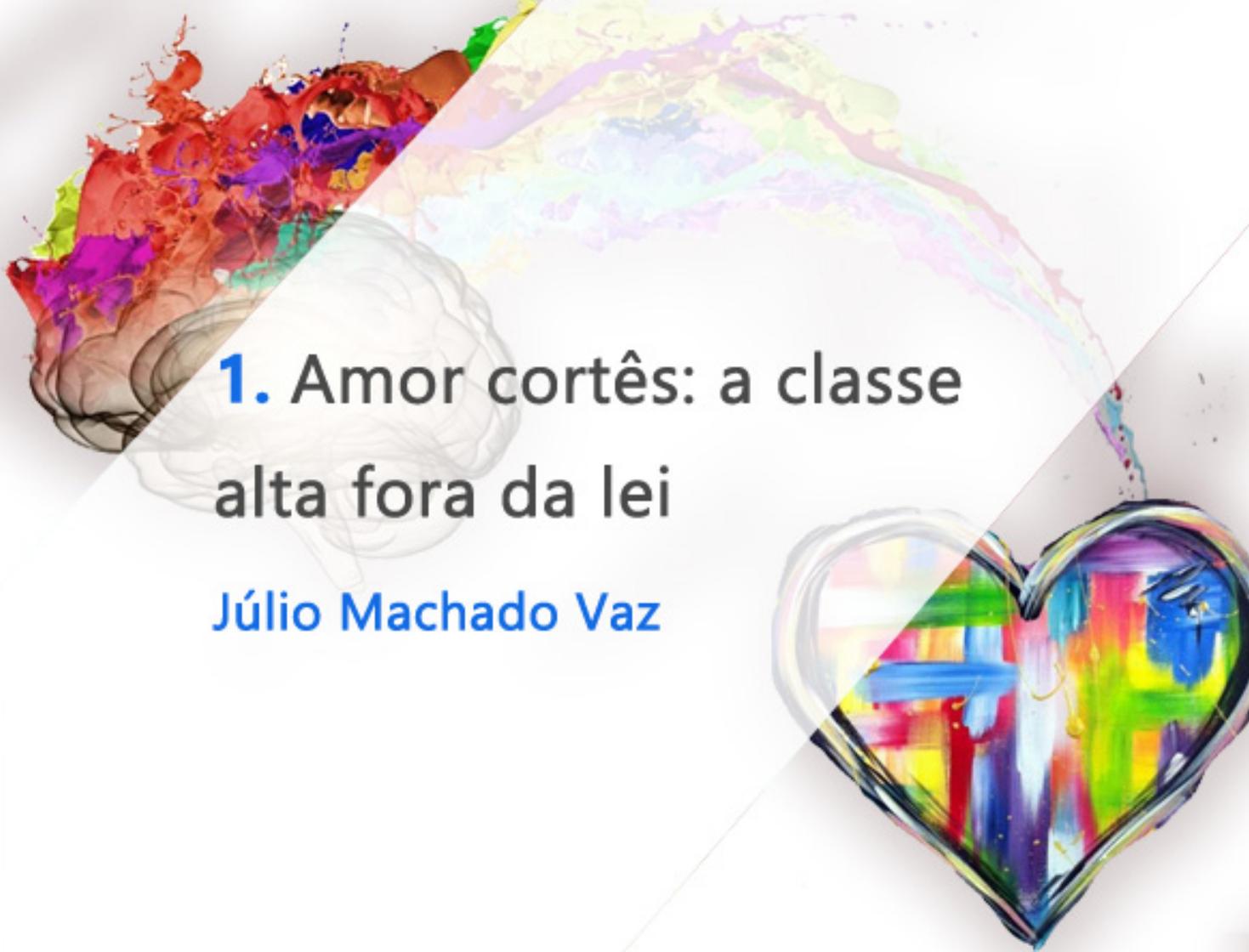
Amor e Direito – Reflexos jurídicos e judiciais

Índice

Notas iniciais	3
João Manuel da Silva Miguel Edgar Taborda Lopes	
1. Amor cortês: a classe alta fora da lei	15
Júlio Machado Vaz	
2. Quando o “amor” mata	19
José Adriano Souto Moura	
3. Amor: a fonte do direito	45
Julieta Monginho	
4. A patologia do amor: reflexos no direito civil	53
Fernanda Isabel Pereira	
5. Canções do Amor e do Trabalho	67
José Eduardo Sapateiro	



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

The image features a brain on the left and a heart on the right, both rendered with vibrant, multi-colored paint splashes. A diagonal white line runs from the top-left to the bottom-right, bisecting the scene. The brain is partially obscured by the line and the text. The heart is also partially obscured by the line and the text. The background is white with a subtle gradient.

**1. Amor cortês: a classe
alta fora da lei**

Júlio Machado Vaz

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

1. AMOR CORTÊS: A CLASSE ALTA FORA DA LEI¹

Júlio Machado Vaz*

Vídeo da apresentação

Ao longo dos anos, ocasiões houve em que o CEJ me convidou para falar de Toxicodependência. Desta vez o tema proposto foi O Amor e a Lei, presumo que um dia destes me será pedida uma palestra sobre rock, assim completando famosa trilogia.

Convidado, pus na mesa álibi favorito – sair do Porto é violento para a minha saúde mental, facto comprovado por declaração médica do próprio, cuja isenção não admito questionada! Ouvi resposta melíflua e já engatilhada – seria no Porto. Com recurso às novas tecnologias e paredes-meias com o meu consultório.

Pensei em recuar para a segunda linha de defesa, invocando gravidez da agenda. Mas pertenço ao grupo de pessoas que cultivam uma visão paranóide da Justiça, Polícias e Autoridade em geral, a consciência (razoavelmente) tranquila não evita que notificação ou sala de tribunal me façam levantar ponte levadiça e preparar o azeite a ferver. A adrenalina jorra – como tencionam “eles” tramar-me?

Eles receberam-me como um príncipe, em clássico dia tripeiro, feito de húmido cinzento. Falei-lhes de Amor Cortês. Por o Languedoc e os seus castelos me fascinarem e ser um enorme gozo regressar, mesmo através de *slides*. Mas também por achar que os delicados equilíbrios entre as leis eclesiástica e feudal, feitos de oposições teóricas e não menos evidentes cumplicidades de classe na prática; o contraste entre a visão de uma Dama idealizada – embora refém das leis masculinas do amor cortês – e o absoluto desprezo pelos direitos das mulheres de estatuto inferior; a comparação de duas poesias, masculina e feminina, formalmente semelhantes e contudo a anos-luz de distância no que ao tom genuíno e temas abordados diz respeito, com as mulheres falando de amores reais e os homens competindo entre si de um modo gongórico; o fascínio das leis do Amor Cortês como as explanou André, O Capelão, com a sua misoginia, a glorificação do ciúme, a categórica afirmação da impossibilidade da existência do Amor no seio do matrimónio... Tudo faria sentido para quem se depara com o desafio de uma decisão com muito de solitária.

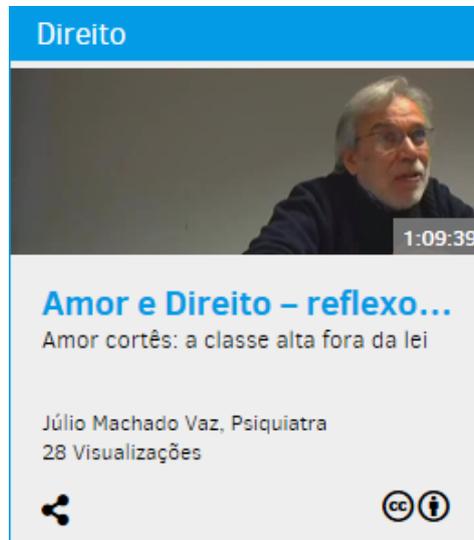
Quando o Amor chega a tribunal é bom que o passado seja conhecido, o presente meditado e o futuro acautelado, por uma visão, (in)formada e caleidoscópica de todos os intervenientes. Por isso iniciativas destas são imperiosas e honram quem as promove, a transdisciplinaridade não pode ser uma palavra órfã da prática. Durante quase quarenta anos ensinei numa Casa cujo patrono dizia: “um médico que só sabe Medicina nem Medicina sabe”. *Mea culpa*, devia conhecer bem melhor a Lei. Que sirva de atenuante a minha disponibilidade para colaborar com os seus agentes quando compreendem as vantagens de se aventurarem nas minhas áreas de trabalho, que não de *expertise*.

¹ O presente texto corresponde à apresentação realizada no Centro de Estudos Judiciários, em 14 de fevereiro de 2018, no âmbito da ação de formação "Amor e Direito – reflexos jurídicos e judiciários".

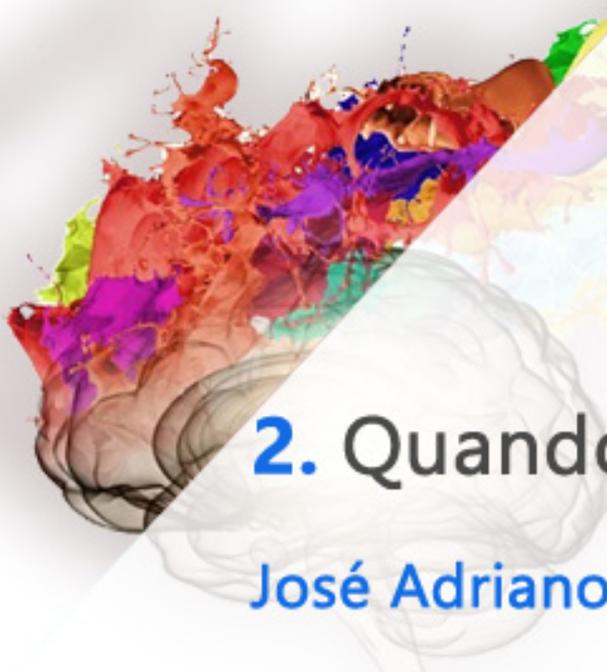
* Psiquiatra.

Confio nalguma brandura deles – sem aspas... – para com um quase septuagenário...

Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1m7ju3jogb/streaming.html?locale=pt>

A human brain is shown in profile, facing right. It is surrounded by a chaotic splash of various colors including red, orange, purple, green, and blue. A diagonal white line cuts across the image from the top right to the bottom left, passing over the brain and the text.

2. Quando o amor mata...

José Adriano Souto Moura



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

2. QUANDO O “AMOR” MATA¹

José Adriano Souto Moura*

1. Emoção, sentimento, paixão
 2. Crime na família
 3. Homicídio conjugal
 4. Estado emocional, sentimentos revelados e punição
- Vídeo da apresentação

1. Emoção, sentimento, paixão

O cruzamento do direito penal, enquanto corpo normativo tipificador de crimes, com a realidade do amor, remete-nos logo para o que se convencionou chamar “crime passionai”.

Ou seja, como acontece em relação a qualquer crime, para um comportamento humano egocêntrico, que se propõe obter uma vantagem ou simplesmente atingir uma finalidade, ignorando, ou tendo mesmo por objetivo o sacrifício dos interesses de outrem.

Mas esse crime é também passionai, ou seja, motivado pela paixão. E paixão vem do latim “*passio*” que significa sofrimento.

Dir-se-ia, então, que a primeira nota a reter seria a de que, o crime passionai é o crime cometido por alguém que o comete porque está a sofrer, e acha que esse cometimento do crime alivia ou elimina tal sofrimento.

Mas para além da nota do sofrimento, o crime passionai associa-se sobretudo a crimes cometidos sob um estado de emoção forte, ou, até, em que essas emoções são o móbil do crime. Importa então ver que tipo de emoção é que subjaz ao cometimento do delito, e se se trata de uma emoção mais ou menos repentina, que irrompe com dificuldades de controlo. Ou então, se estamos perante um sentimento surgido, mantido e alimentado ao longo do tempo. Sobretudo, se o que fica ligado ao cometimento do crime é um sentimento positivo, como por exemplo o desejo de protecção, a amizade, o amor, ou então o rancor, o desprezo ou o ódio que possivelmente surgiram depois desses sentimentos positivos.

Como veremos adiante, os crimes passionais serão as mais das vezes maturados ou reflectidos e não precipitados, serão cometidos mais por despeito do que como uma manifestação de amor. Quando muito, se quisermos, uma manifestação de amor-próprio.

De qualquer forma, seria útil desde já arrumar conceitos, fazendo as distinções que se justifiquem e estejam ao nosso alcance.

¹ O presente texto corresponde à apresentação realizada no Centro de Estudos Judiciários, em 14 de fevereiro de 2018, no âmbito da ação de formação “Amor e Direito – reflexos jurídicos e judiciários”.

* Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça.

Diz-nos a psicologia, mas o conhecimento empírico chegaria lá do mesmo modo, que as emoções são **reações** afetivas intensas, geralmente de curta duração, a estímulos externos (medo, face a uma ameaça atual, por exemplo) ou internos (recordação dessa ameaça). “Emoção” vem de “emovere”, que tem o sentido de deslocar-se, sair de si, no fundo para significar uma alteração do equilíbrio psicofisiológico da pessoa.

Já os sentimentos respeitam a **estados** afetivos bem mais complexos, relativamente duráveis e de intensidade moderada, em que intervêm com relevo factores espirituais. Esses factores podem ser representações de cariz intelectual, como a atribuição de significados ou a formulação de juízos de valor, do próprio, ou directamente derivados de uma influência social. E esses factores geram um dinamismo que lhes é inerente porque podem favorecer ou refrear a ação.

Paradigmáticos e opostos são os sentimentos de amor e ódio. O primeiro manifesta-se como atração, sob a forma de afeição, por aquilo que consideramos um bem maior. E conforme o objecto dessa afeição, o sentimento poderá traduzir-se mais em ternura se se a pessoa amada for fraca ou indefesa, ou em piedade se for um ser que sofre. Pode manifestar-se enlevo e esquecimento de si próprio se no outro se reconhecem características físicas ou morais de excelência. O ódio, pelo contrário, cifrar-se-á na aversão pelo que consideramos um mal e nem tanto físico como sobretudo moral.

Enquanto a emoção é uma reacção intensa e passageira, o sentimento é muito mais um estado calmo e durável. Enquanto a emoção surge desadaptada porque não se cifra naquilo que convém, na situação, o sentimento tem em linha de conta as circunstâncias. O sentimento é o que eu faço com as emoções, é o prolongamento no tempo do efeito da emoção e pode portanto conviver com a reflexão e com uma consciência moral.

Quanto à paixão, ela não será mais do que um estado emocional que permanece, e portanto se traduz numa inclinação que de predominante se pode tornar dominante, dominadora, ou até obsessiva, paredes meias, já, com o patológico. Será sempre uma inclinação, que em grau maior ou menor absorve de maneira estável, num certo sentido, os interesses disponíveis do sujeito.

2. Crime na família

Se o crime passionai ocorre num contexto em que emoções e sentimentos assumem especial relevo, então não admirará que também sejam frequentes na família, porque esta é, por excelência, uma comunidade assente em laços afectivos.

E quando falamos de família, claro não estamos a falar só do que até há anos era o protótipo de família portuguesa: família monogâmica, heterossexual, assente no casamento, aberta à procriação, dotada de estabilidade, fator de solidariedade e favorecendo a economia de meios entre os que a integram.

Mais do que falar de “a família” importará tratá-la antes como uma *“shell institution”*: o nome continua a ser o mesmo, externamente o aspeto pode continuar a ser o mesmo, mas por dentro o seu carácter básico mudou e portanto os conteúdos podem variar.

Se nos centrarmos porém no denominador comum das famílias de hoje, a convivência duradoura de pelo menos duas pessoas, centrada em laços afectivos, aquilo que mais sobressai é uma lenta mas profícua evolução no sentido da igualdade do estatuto da mulher e do homem.

A mulher acedeu à educação e ao mercado de trabalho, deixou de ter como ocupação exclusiva ou predominante o trabalho doméstico, sobretudo, passou a poder controlar com maior eficácia a procriação.

Homem e mulher trabalham fora de casa e passam a ter que partilhar entre si o trabalho doméstico e a educação dos filhos. Antes, o trabalho doméstico a cargo da mulher podia ser muito apreciado, mas não era realmente contabilizado. Hoje ambos contribuem para a economia da família, e naturalmente que a mulher pode e deve reivindicar um estatuto de igualdade em todos os aspectos.

Acontece é que esta mudança não é facilmente aceite por todos os elementos masculinos da comunidade, é fonte de inúmeras tensões e atritos estando assim na base de muitos crimes.

Ao mesmo tempo, família e casamento passaram a ser frequentemente dissociáveis. Casa-se mais tarde, as pessoas casam e não têm filhos, divorciam-se e voltam a casar ou não, sobretudo, vive-se cada vez mais em união de facto. De “uniões experimentais” como meio de conhecimento mútuo pré-matrimonial, cada vez mais as uniões de facto surgem como opção definitiva. Isto porque a família de facto reclama um nível de compromisso mais ligeiro, tanto mais bem-vindo quanto menos confiança existe na durabilidade da relação que está em causa.

Claro que sempre sempre houve uniões de facto. O que é novidade é o reconhecimento social de que gozam, porque deixaram de ser um desvio, mesmo que tolerado, e passaram a ser uma opção como outra qualquer, que comunitariamente se respeita.

Ora, este estado de coisas cria uma maior volatilidade da relação. Esta passa a ser encarada como precária, na medida em que é feita para durar, enquanto durar, sem grandes preocupações e esforço para fazer com que dure.

A ruptura, da iniciativa só de um dos elementos do casal passa ser frequente, e as próprias leis facilitam essa opção se houver casamento, acrescentando-se a um “divórcio-sanção” ou consensual, um “divórcio- realização pessoal”.

Ora, o problema é que, também demasiadas vezes, a despedida de um dos companheiros, não é aceite pelo outro e frequentemente resulta em crime.

O crime na família foi considerado durante séculos um assunto da esfera privada ou mesmo íntima, da família, e não suficientemente grave para ser equiparado à restante delinquência,

de modo a constituir uma preocupação de política criminal. Basta pensar que *“The rule of thumb”* era mesmo um direito antigo do Reino Unido, ao abrigo do qual o marido podia bater na mulher desde que não fosse com um pau mais grosso do que o polegar...

Na segunda metade do séc. XX começou-se a despertar para a necessidade de erradicar essa fonte de enorme sofrimento, e acabou mesmo por se concluir, que a família era a área predominante de qualquer forma de violência na sociedade. Desde simples bofetadas a toda a espécie de abusos sexuais de crianças ou adultos, acabando nos homicídios.

Estudos de criminologia feitos no Reino Unido mostram que uma em quatro mulheres já foi vítima de violência doméstica na sua vida conjugal, e todas as semanas duas mulheres são mortas pelos atuais ou anteriores companheiros (Esther Saraga e John Muncie, *“Family crime”*, *“Sage Dictionary of Criminology”*, SAGE, 2003, pág. 117).

Em Portugal, e como se sabe, despertou-se recentemente para o drama oculto da violência doméstica. A Lei 59/2007, de 4 de Setembro, entrada em vigor logo a 15 do mesmo mês, e alterada pela Lei 19/2013 de 21 de Fevereiro, que entrou em vigor um mês depois, criou o crime do art. 152.º do CP que se quis especialmente abrangente.

Para seu preenchimento não se exige uma reiteração, não se exige uma convivência actual do autor e da vítima, e o comportamento do agente pode cifrar-se nas formas mais variadas de maus tratos físicos ou psíquicos, limitando-se a lei a mencionar alguns exemplos.

A vítima, para além do cônjuge ou ex-cônjuge pode ser qualquer pessoa, do mesmo ou do outro sexo, com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro, ou análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação. Poderá ser também o progenitor de descendente comum em 1.º grau, ou pessoa particularmente indefesa que coabite com o agente. Previram-se circunstâncias agravantes qualificativas e sanções acessórias em que se incluem proibições de contactos, obrigações de afastamento e de frequência de programas específicos de prevenção, proibições de uso e porte de arma, a inibição do poder paternal tutela ou curatela. A Lei 112/2009, de 16 de Setembro, também estabeleceu o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à protecção e assistência das suas vítimas. Porém, nem sempre é fácil assegurar que a prevenção funcione sempre.

Mas os resultados não se fizeram esperar e as queixas aumentaram logo a um ritmo de 12% ao ano, se bem que Bragança e Vila Real tenham assistido a aumentos de 25%. Duas em três participações que tiveram lugar por violência doméstica respeitaram a Lisboa, Porto, Setúbal, Aveiro e Braga.²

Em 2016 os crimes mais frequentes entre os crimes registados foram os crimes voluntários contra a integridade física simples (23 173). Logo a seguir aparecem os crimes de violência

² Jornal “Público” de 5/5/2011

2 Vide “Os números da Justiça, 2016”, Direção Geral da Política da Justiça (DGPJ) do Ministério da Justiça.

doméstica contra cônjuge e análogos (22 773) ³. Só depois os crimes contra a propriedade ou os ligados à circulação rodoviária, por exemplo, bem como todos os restantes.

3. Homicídio conjugal

É sabido que a expressão “crime passional” não tem correspondência na lei, enquanto tal. Mas, claro que existem muitas previsões penais que se enquadram no que psicológica e sociologicamente é entendido por tal, e porque a família é terreno fértil de emoções começámos por um breve apontamento sobre os crimes cometidos na família, especialmente o de violência doméstica. Acontece é que a gravidade dos comportamentos que têm lugar nesse âmbito atinge a maior gravidade com a prática de homicídios, se seguirmos o indicador da moldura penal prevista. Justifica-se pois que nos detenhamos mais sobre essa realidade.

Se nos situarmos num período que vai de 2007 a 2016, tendo em conta julgamentos findos em primeira instância, vemos que os números relativos a condenações por crime de homicídio voluntário apresentam algum decréscimo: 354 em 2007 e 273 em 2016. Portanto, uma diminuição de 22,9%. A tendência mostrou-se mais marcada a partir de 2014⁴.

No que toca a homicídios em que a vítima é cônjuge ou companheiro/a, poder-se-á falar de uma tendência para o decréscimo, também, embora não uniforme. O número de casos registados, nos dez anos em causa, foi sucessivamente 44 (2007), 38 (2008), 49 (2009), 41 (2010), 37 (2011), 30 (2012), 31 (2013), 28 (2014), 26 (2015) e 34 (2016).

A proporção dos homicídios, que por comodidade chamaremos passionais, no total dos homicídios, foi maior em 2009 com 13,8% e mais baixa em 2012 com 8,1%.

Há uma esmagadora maioria de casos em que a pessoa condenada é do sexo masculino: nunca inferior a 83% (em 2013) e ultrapassando os 95% (em 2007). Os agentes do crime do sexo feminino variaram entre 4,5% e 16,1%. A tendência é para vir a aumentar o número de mulheres que mata o marido ou companheiro, embora, em ser, mais uma vez, de modo uniforme: 4,5% (2007), 13,2% (2008), 12,2% (2009), 9,8% (2010), 13,5% (2011), 6,7% (2012), 16,1% (2013), 14,3% (2014), 7,7% (2015) e 14,7% (2016).

Se agora olharmos para os tipos legais de crime, vemos que os homicídios qualificados são a esmagadora maioria a partir de 2007. Tendo em conta tanto os crimes tentados como consumados, as percentagens no total são 43,2% em 2007, mas sobe para 57,9% em 2008, e a partir daí são sempre a maioria dos homicídios: 59,2% (2009), 73,1% (2010), 67,5% (2011), 70,0% (2012), 77,4% (2013), 71,5% (2014), 73,1% (2015) e 85,3% (2016).

Dir-se-ia que a qualificativa da al. b) do n.º 1 do art. 132.º do CP (*grosso modo* haver ou ter havido uma relação conjugal ou para-conjugal ainda que sem coabitação), terá sido decisiva na qualificação, pese embora, como é sabido, não ser circunstância de funcionamento

⁴ Dados das estatísticas da DGPJ, “Destaque Estatístico” de Novembro de 2017, Número 53.

automático. Ora, a Lei 59/2007, de 4 de Setembro, entrada em vigor a 15, alargou o âmbito de aplicação da que é hoje a al. b) do n.º 2 do art. 132.º do CP. Designadamente, por prescindir da actualidade da relação, e incluir no rol de vítimas possíveis ex-cônjuges ou pessoa com quem se tenha mantido, no passado, uma relação análoga.

Mas só isto não explicará tudo. O que pode também ter ocorrido, face ao aumento das percentagens, será uma diferente sensibilidade dos julgadores, no sentido de mais facilmente considerarem existir uma especial censurabilidade ou perversidade, no caso, em face da relação afectiva pré-existente. Sem se ignorar que podem sempre conjugar-se na ocorrência, como é óbvio, outras circunstâncias qualificativas.

É curioso ver que em 2010, 2013 e 2016 houve mais homicídios qualificados tentados que consumados.

Quanto aos homicídios privilegiados, assentes nas circunstâncias de “*compreensível emoção violenta*”, ou então “*compaixão, desespero ou motivo de relevante valor social ou moral*” sempre com o denominador comum da diminuição da culpa, que se enquadraram neste âmbito, vemos que o número da sua ocorrência é diminuto. Assinalaram-se nos anos de 2008 (2,6%), 2009 (2,0%), 2010 (2,4%) e 2011 (2,7%).

A restante percentagem foi preenchida todos os anos por homicídios simples, tentados ou consumados.

4. Estado emocional, sentimentos revelados e punição

A maioria dos homicídios passionais enquadra-se na previsão dos arts. 131.º, e 132.º, n.º 1, al. b), combinados, ambos do CP. Surge então, frequentemente, a invocação do estado emocional do arguido no momento do crime como fator atenuativo da culpa. Porque segundo o art. 40.º do CP, em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa.

Com este normativo o julgador é convidado a uma tarefa que não deixa de ser curiosa que é a de quantificar a culpa, ou seja, eleger um grau de culpa. Ora, porque a cominação para cada previsão de crime nos é dada através de uma moldura penal, ela mesma quantificada, então o grau de culpa haverá de corresponder a um valor aritmético relativo dentro da escala da moldura penal do crime em apreço. Mais, porque as circunstâncias qualificativas exemplificativas do n.º 2 do art. 132.º do CP, ou outras não explicitadas, têm que resultar de uma especial censurabilidade ou perversidade do agente, é dizer do grau de culpa inflacionado, então aquela quantificação da culpa poderá passar ainda pela adoção de uma moldura e não de outra, sendo então na mais grave que se fará a correspondência entre grau de culpa e medida da pena.

Ora, esta medida da pena, escolhida a final, poderá ser, e geralmente é, o resultado de uma ponderação de circunstâncias atenuativas e agravativas gerais, de sinais contrários, dentro da moldura de certo tipo de crime. Ou então, da contraposição entre qualificativas atenuantes ou agravantes que decidem da escolha do tipo legal que se deva considerar preenchido. No caso

de se “matar outra pessoa dominado por compreensível emoção violenta”, por exemplo, a escolha do tipo privilegiado do art. 133.º do CP, por força da diminuição da culpa, irá por certo conflitar com a culpa acrescida que em princípio resultará, dos laços afectivos que uniram ou unem o agente e a vítima. Porque a existência desses laços funciona para o comum das pessoas como fator inibidor do crime. E se apesar disso a barreira foi transposta, então é porque a intensidade dolosa foi especialmente grande. E daí o maior grau de culpa. A culpa decide do limite da medida da pena dentro da moldura, e também da escolha do tipo legal de homicídio simples, privilegiado ou qualificado.

O “homicídio passional”, é entendido como o crime cometido, em regra, “repentinamente, na sequência de um impulso emocional súbito” (cf. J. Curado Neves in “A Problemática da Culpa nos Crimes Passionais”, pág. 693).

Ao direito penal interessam as emoções na medida em que se traduzam em atos externos. Daí que não seja ao direito penal que cabe censurar as emoções (e sentimentos) vividos, antes seja tarefa sua censurar a falta do controlo possível dessas emoções, quando desembocam no ato ilícito. E é pressuposto da culpa a existência de tal controlo, ainda que indireto e parcial, por parte do agente que não tenha sido declarado inimputável.

Tem sido apontada, como via de controlo das emoções, a revisão de crenças e juízos de valor inapropriados, o que implica também a revisão dos fins e desejos que lhes estão associados. Na verdade, a emoção é irracional quando se não adequa aos planos de vida do agente, mas é socialmente desadequada quando leva ao crime. Por outro lado, como forma de controlo da conduta propriamente dita, provocada pelas emoções, costuma indica-se a manipulação (alteração ou afastamento) dos contextos que se saiba propiciarem a ação criminosa.

Com D. González Lagier, diremos depois que, *“As emoções não excluem uma eleição antes a possibilitam, mas quanto mais intensas são, mais reduzem o campo de actuação da nossa razão. A nossa razão não vive sem as emoções que despoletam a acção, mas chega uma altura em que a razão se deve bastar a si própria. Se a emoção vai mais além, a sua ajuda transforma-se em entorpecimento.”*⁵ E, já no domínio da valoração do comportamento, prossegue aquele autor: *“de acordo com a tese clássica, própria da concepção mecanicista, as emoções especialmente intensas diminuem a responsabilidade porque reduzem o controle que temos das nossa acções, e portanto, a nossa culpa. Esta tese, porém, não pode ter em conta as novas figuras que agravam a responsabilidade pelas nossas acções já que motivadas por uma emoção inapropriada”*.

É referida então a posição, segundo a qual, **“o efeito das emoções na responsabilidade penal tem que ver, não com a intensidade da emoção e sim com o seu conteúdo. O relevante é saber se as emoções expressam juízos de valor adequados ou não”**⁶.

⁵ In “Emociones Responsabilidad y Derecho” Marcial Pons, pag. 149.

⁵ Idem, pág.154.

⁶ In “A Problemática da Culpa nos Crimes Passionais”, pág. 663.

E por isso, só pode ser este o sentido da exigência, segundo a qual a emoção violenta tem que ser “**compreensível**” para que opere a atenuante especial do art.º 133.º do C P.

Em consonância, diz-nos J. Curado Neves que “*não é, ou pelo menos não é só, a intensidade da emoção associada, mas a sua compatibilidade com o “código de valores individual” que dita a sua [do agente] passagem à acção*”⁷

1. Importa então agora recordar a distinção que se fez do início entre emoção e sentimento. Porque podemos aceitar que a emoção é como que um caudal de água turbulento que rebenta repentinamente um dique (Kant), mas, mesmo assim só terá efeito atenuativo se não revelar uma personalidade claramente assente numa ordem de valores negativa. Ora, muitos dos homicídios ditos passionais, senão a maioria, ocorre num ambiente de afetos, mas em que o ato é praticado como resultado de um sentimento que se formou e alimentou ao longo do tempo. Na formação desse sentimento está presente a evolução sofrida pela relação ao longo de mais ou menos tempo. Mas sobretudo intervêm por sistema representações de cariz intelectual, com a atribuição de significados ou a formulação de juízos de valor, que o próprio adotou, que são resultado de uma educação ou derivam de certa pressão social. Tudo para desembocar, sendo o caso, numa personalidade mal formada, porque profundamente egocêntrica, que ignora os interesses alheios.

Na esmagadora maioria dos casos somos confrontados com situações de enorme desgosto para o arguido ou arguida, por ter que continuar a viver sem a companhia. Mas esse desgosto rapidamente se transforma em animosidade e revolta desembocando num projecto de desforço. Ou seja, ao motivo com grande importância para o arguido, e que se nos afigura bem compreensível, de uma união desfeita pelo outro, acresce a revelação de um carácter mal formado, ou a revelação de um código de valores individual, que claramente se afasta dos padrões éticos hoje socialmente aceitáveis. Uma coisa é o desgosto sentido pelo agente, outra, o despeito por eventualmente ter sido trocado por outro. E esse despeito é um sentimento pernicioso ao revelar, traduzido na acção, intransigência e desrespeito pela liberdade alheia.

Por certo que, nestes casos, a própria vítima contribuíra para a formação de expectativas, e um compromisso pelo menos tácito alimentara tais expectativas. Mas a precaridade dos vínculos que neste campo se acentua, o que a própria lei favorece (lembro o “divórcio realização pessoal”) atrás referido, foi tornando paulatinamente aceitáveis na sociedade as rupturas unilaterais, que deixam de ser objecto de qualquer censura moral.

Juridicamente, então, importará ter em conta que a vítima do homicídio passional não estava impedida de querer iniciar uma nova relação. E independentemente de cada um, pessoalmente, ainda poder reagir moral e socialmente de uma ou outra maneira legítima a tal opção, consoante a mundividência de cada um, o certo é que importa aceitar que, juridicamente, o elemento do casal que foi morto era livre de desfazer a relação.

Ora, matar uma pessoa porque o seu comportamento não correspondeu às expectativas criadas, mas é um comportamento juridicamente possível, pese o sofrimento de quem mata, constitui um ato muito censurável.

Pretender tirar a vida a alguém é querer atingir o bem jurídico mais valioso do nosso sistema penal, em congruência com a hierarquia de valores plasmada na Constituição.

Provoca uma compreensível apreensão e um justificado sentimento de rejeição por parte da população. Revela uma personalidade do agente defeituosa. Reclama que qualquer desculpabilização não assente em equívocos.

E o equívoco maior seria, aqui, pensar que se matou por amor quando afinal se matou por amor-próprio.

1. Importa recordar a chamada técnica dos exemplos-padrão utilizada pelo legislador no art.º 132.º do C.P., e o facto de estarem em causa, pelo menos para parte muito significativa da doutrina, no seu n.º 2, circunstâncias atinentes à culpa do agente e não à ilicitude, as quais podem traduzir uma especial censurabilidade ou perversidade do agente (assim Figueiredo Dias, in “Comentário Conimbricense do Código Penal”, tomo I, pág. 27, e para uma resenha da controvérsia, na doutrina, sobre se as circunstâncias em causa respeitam ao tipo de culpa ou ao tipo de ilícito, *vide* Teresa Quintela de Brito in “Direito Penal - Parte Especial: Lições, Estudos e Casos”, pág. 191 e seg.).

É possível ocorrerem outras circunstâncias, para além das mencionadas, se bem que valorativamente equivalentes, as quais revelem a falada especial censurabilidade ou perversidade. E, por outro lado, apesar da descrição dos factos considerados provados poder apontar para o preenchimento de uma ou mais alíneas do n.º 2 do art.º 132.º, não é só por isso que o crime de homicídio, cometido, deverá ter-se logo por qualificado. Interessa sim que ocorra uma “imagem global do facto agravada” (Figueiredo Dias *ob.cit.* pág. 26).

Como resulta da recensão feita no acórdão proferido no P.º 1224/08 desta 5.ª Secção (Rel. Cons. Simas Santos), a jurisprudência deste Supremo Tribunal tem-se pronunciado, uniformemente, neste sentido [cf. Acórdãos de 13.2.97 (P.º 986/96), de 21.5.97 (P.º 188/97), de 10.12.97 (P.º 1207/97), de 18.2.98 (P.º 1086/97), de 3.6.98 (P.º 301/98), de 8.7.98 (P.º 646/98), v g.].

1.2. Esta posição não pode perder de vista o facto, de se mostrar ultrapassada uma concepção do crime ancorada num elemento puramente objectivo, correspondente à ilicitude, e outro subjectivo, integrador da culpa, tendo a dogmática penal passado a distinguir, sempre no campo da ilicitude, entre um desvalor da acção e um desvalor do resultado. A ilicitude deixou, pois, de ser só a desaprovação pela ordem jurídica, de uma situação criada com a lesão de certo bem jurídico, e passou a incluir, nessa desaprovação, também, a forma como tal situação surgiu, por obra do agente.

Ou seja, no desvalor da acção passou a incluir-se **um juízo de desaprovação, em abstracto, resultante do modo como o crime foi cometido.**

Para além da lesão ou da colocação em perigo do objecto da acção, o que integra o desvalor de resultado, a ilicitude compreende ainda, no desvalor da acção, modalidades externas do comportamento do agente, bem como circunstâncias que radicam na individualidade da sua pessoa. Daí até que se tenha passado a falar também, a este propósito, de um desvalor da acção referido ao facto, ao mesmo tempo que de um desvalor da acção referido ao autor (cf. v.g. Jescheck in “Tratado de Derecho Penal ” vol. I, pág. 323). Só a partir destes dados poderá, a nosso ver, ser abordada a construção dogmática escolhida pelo legislador para o crime do art.º 132.º do C P.

É que, caso as circunstâncias enunciadas no seu n.º 2 fossem taxativas e de aplicação automática, estar-se-ia simplesmente perante uma qualificação do homicídio, **atenta a ilicitude acrescida.** Concretamente por via do desvalor da acção, e não por via de um maior desvalor do resultado, já que, sendo o bem vida um valor absoluto e eminentemente pessoal (para a ordem de valores constitucional e portanto para o direito penal, não pode haver vidas humanas mais valiosas que outras), causar a morte de uma pessoa esgota, só por si, o desvalor do resultado (e tendo em mente o disposto na al. I) do n.º 2 do art. 132.º do C P, o facto da vítima ocupar um cargo especial, traduzir-se-á no aumento do desvalor da acção).

Ora, como a estruturação do preceito recorreu a exemplos padrão, no seu n.º 2, meramente ilustrativos da cláusula geral de agravação que está enunciada no n.º 1, ficamos afastados da concepção, segundo a qual, a qualificação ficaria a dever-se a um acréscimo de ilicitude. Como se viu, o preenchimento dos exemplos padrão nem é sempre necessário, porque pode a qualificação derivar de um circunstancialismo equivalente também merecedor de especial censurabilidade ou perversidade, nem é suficiente, porque **para além** do preenchimento de qualquer das alíneas do n.º 2 do art.º 132.º em foco, sempre importará verificar, **no caso**, a tal especial censurabilidade ou perversidade do agente. O que tudo nos confronta com uma qualificação por via da culpa acrescida.

Já noutro registo, e como nos diz Teresa Serra, “Sozinha, a cláusula geral é passível de críticas, em sede da função de garantia da lei penal, em virtude da sua grande indeterminação. Por seu turno, a enumeração exemplificativa do n.º 2, tomada isoladamente, é susceptível de reparo, ou constituir uma violação à proibição da analogia em direito penal” (in “Homicídio Qualificado – Tipo de Culpa e Medida da Pena, pág. 122”). Mas a salvaguarda da garantia ínsita no princípio da legalidade, e, por essa via, da constitucionalidade do preceito em foco, ver-se-á realizada, se “A admissão de outras circunstâncias reveladoras da especial censurabilidade ou perversidade do agente [estiver] perfeitamente delimitada aos casos em que tais circunstâncias exprimam um grau de gravidade e possuam uma estrutura valorativa correspondente ao Leitbild dos exemplos-padrão enunciados no n.º 2” (idem pág. 123).

Num contexto desta preocupação garantística, os exemplos-padrão, mesmo que não factualmente verificados, têm ainda assim a função de referência, na valoração negativa de circunstâncias não especificamente previstas, mas que autorizam o homicídio qualificado

atípico. O não preenchimento de qualquer das alíneas do referido n.º 2, e o aproveitamento de outros elementos agravativos, será legítimo, por se situar num espaço de congruência com os exemplos padrão, justificando-se à mesma a especial desaprovação da conduta.

O modo do cometimento do crime, pela motivação que a ele presidiu, a forma ou intensidade como foi executado, ou ainda pelas qualidades pessoais do agente ou da vítima, tornam-no mais grave. E mais grave porque a **conduta daquele agente** foi mais reprovável, tendo em conta a distância que separa o crime cometido daqueles outros, em relação aos quais se possa dizer que encontra eco “a convicção geral do que são motivos atendíveis ou a que é mais difícil resistir” (a expressão é de Curado Neves in “Indícios de culpa ou tipos de ilícitos?” – “Direito Penal, Parte Especial: Lições, Estudos e Casos”, autores vários, pág. 255).

Por outras palavras, a especial censurabilidade ou perversidade do agente não será mais do que a revelação de um desrespeito acrescido, ou de um desprezo extremo, do autor, pelo bem jurídico protegido. Traduz também um modo próprio do agente estar em sociedade, e, por tal via, inclusivamente, uma perigosidade merecedora de particular atenção.

1.3. A partir da verificação de circunstâncias que o legislador elegeru, “com efeito de indício” (expressão de Teresa Serra, in ob. cit. pág. 126), interessará ver se não concorrerão outros factos que, funcionando como “contraprova”, eliminem a especial censurabilidade ou perversidade do acontecido, globalmente considerado. Ou seja, importa verificar a ausência, no caso, de circunstâncias que neutralizem, ou compensem em sentido inverso, o peso agravativo dos exemplos-padrão (ou circunstâncias equivalentes), e que, no limite, poderiam apontar, até, para o homicídio privilegiado do art.º 133.º do CP.

É a propósito desta última questão que se justifica uma breve incursão pelo tema do chamado “homicídio passional”, entendido como o crime cometido, em regra, “repentinamente, na sequência de um impulso emocional súbito” (cf. J. Curado Neves in “A Problemática da Culpa nos Crimes Passionais”, pág. 693).

Ao direito penal interessam as emoções na medida em que se traduzam em actos externos. Daí que não seja ao direito penal que cabe censurar as emoções (e sentimentos) vividos, antes seja tarefa sua censurar a falta do controlo possível dessas emoções, quando desembocam no acto ilícito. E é pressuposto da culpa a existência de tal controlo, ainda que indirecto e parcial, por parte do agente que não tenha sido declarado inimputável.

Tem sido apontada, como via de controlo das emoções, a revisão de crenças e juízos de valor inapropriados, o que implica a revisão dos fins e desejos que lhes estão associados. Na verdade, a emoção é irracional quando se não adequa aos planos de vida do agente, e é socialmente desadequada quando leva ao crime. Por outro lado, como forma de controlo da conduta propriamente dita, provocada pelas emoções, costuma indica-se a manipulação (alteração ou afastamento) dos contextos que se saiba propiciarem a acção criminosa.

Com D. González Lagier, diremos depois que, “As emoções não excluem uma eleição antes a possibilitam, mas quanto mais intensas são, mais reduzem o campo de actuação da nossa

razão. A nossa razão não vive sem as emoções mas chega uma altura em que se basta a si própria. Se a emoção vai mais além a sua ajuda transforma-se em entorpecimento.” (in “Emociones Responsabilidad y Derecho” Marcial Pons, pág. 149).

E, já no domínio da valoração do comportamento, prossegue aquele autor: “de acordo com a tese clássica, própria da concepção mecanicista, as emoções especialmente intensas diminuem a responsabilidade porque reduzem o controle que temos das nossas acções, e portanto, a nossa culpa. Esta tese, porém, não pode ter em conta as novas figuras que agravam a responsabilidade pelas nossas acções já que motivadas por uma emoção inapropriada”. É referida então a postura, segundo a qual, “o efeito das emoções na responsabilidade penal tem que ver, não com a intensidade da emoção e sim com o seu conteúdo. O relevante é saber se as emoções expressam juízos de valor adequados ou não” (idem, pág. 152).

No fundo, é este o sentido da exigência de que a emoção violenta seja “compreensível” para que opere a atenuante especial do art.º 133.º do C P.

Em consonância, diz-nos J. Curado Neves que “não é, ou pelo menos não é só, a intensidade da emoção associada, mas a sua compatibilidade com o “código de valores individual” que dita a sua [do agente] passagem à acção (in “A Problemática da Culpa nos Crimes Passionais”, pág. 663).

E já em jeito de síntese final das suas antecedentes considerações, refere este autor a propósito dos crimes passionais: “Como fomos vendo ao longo deste estudo, estes resultam geralmente de um conflito familiar ou amoroso. Na maior parte dos casos o homem mata a mulher que pretende por termo ao matrimónio ou à relação amorosa. Este acto tem normalmente origem em características da personalidade do agente e desenvolvimento da relação. Caracteristicamente o marido ou amante ocupa ou pretende uma posição de superioridade no casal e não consegue suportar a inversão da relação de poderes que culmina no termo da relação por iniciativa da mulher. Neste caso não há razão para desculpar o agente, total ou parcialmente. A pretensão do marido não merece qualquer tipo de protecção, pois ele procura realizar objectivos ilegítimos, como seja a restrição da liberdade da sua parceira, *maxime* negando-lhe a possibilidade de escolher livremente em que relações amorosas se quer envolver e que tipo de vida familiar pretende levar. Ao invés de uma suposição ainda corrente, o homicida passional não mata por amor, quando muito por amor próprio” (idem pág. 715).

2. Já é tempo de descermos ao caso em apreço, o que tem que passar, antes de mais nada, pela revisão sintética da sequência fáctica que a Relação veio a dar por provada (os números reportam-se aos pontos dessa matéria de facto).

2. 1. O arguido teve três namoros (70), antes de iniciar em Maio de 2006 uma quarta relação de namoro, desta feita com a vítima (71). Essa relação amorosa viria a prolongar-se, pelo menos por um ano (1 e 2), acabando no Verão de 2007 por iniciativa dela (3). Porém o arguido

não aceitou a ruptura, e procurou convencer a vítima a alterar a sua posição, já que queria manter a relação com ela “a todo o custo” (4).

Na noite de 17 para 18 de Setembro a vítima estava em Coimbra, e o arguido estava em local distante, quando lhe telefonou pedindo-lhe para falar com ela. E então meteu-se no carro, chegando junto da ex-namorada pelas três horas da manhã (8 e 10). Foi ter à casa do amigo da vítima, testemunha Carlos Veiga, onde estava este mesmo, a namorada dele e a vítima, ficando todos à conversa (8 e 11). A dita testemunha pensou que o que o arguido queria era fazer as pazes com a vítima Maria José, ficando a partir de certa altura só estes dois, a conversar um com o outro, e saindo o arguido da casa pelas 5 ou 6 da manhã (11, 12 e 16). Entretanto, durante o tempo em que esteve em casa do Carlos Veiga, o arguido tirou-lhe uma faca, de serrilha, e com 20 cm de lâmina, que viria a ser usada no crime, “sem que ninguém o tivesse visto”, e em conversa com o dito Carlos confidenciou-lhe que “queria fazer uma surpresa à [vítima] Maria José Gomes Maurício, mas que não o podia aí fazer porque iria fazer barulho” (13, 14 e 15). Este Carlos havia de encontrar-se novamente na amanhã seguinte com o arguido, e falando-lhe novamente da aludida surpresa recebeu a resposta de que para isso já faltava pouco porque estava à espera dela (19 e 20).

Na verdade, o arguido, que aparentava nem sequer ter ido a casa (19) combinou novo encontro com a Maria José (22, 23 e 24). Pediu-lhe para conversarem num sítio sossegado, e foi o arguido que escolheu tal local, um parque de estacionamento perto da faculdade onde com ela já namorara, local recatado e sem pessoas nas proximidades (25 e 26). Aí, arguido e vítima discutiram dentro do carro, continuaram a discussão fora deste, e “Presentindo a impossibilidade de neste encontro reatar o namoro com a Maria José e enervado com a discussão”, o arguido esfaqueou a ex-namorada com a faca que trouxera da casa do Carlos (31, 32, 33 e 50).

2.2. Vejamos agora se se concretizam circunstâncias que revelem a especial censurabilidade do comportamento do agente. Vamos abordar em primeiro lugar a circunstância eleita pelo M.º P.º no seu recurso, a da al. e) do n.º 2 do art.º 132.º do C P, passando depois às circunstâncias que mais se podem aproximar da factualidade dada por provada.

2.2.1. Entende o recorrente que a agravação da responsabilidade do arguido deriva de este ter agido por motivo fútil. Como é sabido, “fútil” quer dizer insignificante, sem relevo.

Para Maia Gonçalves é um motivo “que não tem qualquer relevo, que não chega a ser motivo, que não pode sequer razoavelmente explicar (e portanto muito menos de algum modo justificar) a conduta. Trata-se de um motivo notoriamente desproporcionado para ser sequer um começo de explicação da conduta” (in “Código Penal Português” pág. 515). Segundo Figueiredo Dias o motivo torpe ou fútil é um motivo da actuação “avaliado segundo as concepções éticas e morais ancoradas na comunidade [que] deve ser considerado *pesadamente* repugnante, baixo ou gratuito (...) de tal modo que o facto surge como produto de um profundo desprezo pela vida humana” (in “Comentário Conimbricense do Código Penal” Tomo I, pág. 32 e 33).

Para se avaliar se um motivo é fútil tem que se relacionar a gravidade do comportamento com o móbil do crime. E então, se nenhum motivo justifica causar a morte de outrem (daí ser crime), a grande desproporção entre o que se elege como motivo da acção a aquilo em que esta se analisa, transforma a conduta, não só em algo intolerável, como também em algo absurdo, sem explicação, à luz das concepções éticas correntes, da sociedade. A razão do cometimento do crime tem um valor irrisório para o normal dos cidadãos, comparado com o mal que se provoca com este.

No caso em apreço, a 1.ª instância começou por considerar provado no ponto 50, depois de referir a cena das facadas, que o arguido “Agiu assim perante a recusa daquela em reatar o namoro com ele, recusa essa que lhe causou aborrecimento e desgosto”. A Relação alterou este ponto e considerou provado que o arguido “Agiu assim fortemente enervado, prevendo que não iria reatar o namoro com ela”. Em ambas as asserções aflora uma relação de causa e efeito entre a previsão (para a 1.ª instância a convicção) de que não haveria reatamento do namoro, o nervosismo (para a 1.ª instância o aborrecimento e desgosto), e o crime.

De qualquer modo, não sofre a mínima dúvida, a nosso ver, que o móbil do crime foi a ruptura de namoro por iniciativa da vítima, “Ruptura afectiva esta que o arguido, por sua vez, não aceitou”(ponto 74 da matéria de facto), bem como a recusa desta em reatar a relação.

Se, para além disto, o arguido agiu ou não “para demonstrar o seu desagrado por a vítima ousar pretender seguir o seu caminho” constitui facto não provado em ambas as instâncias. No entanto, essa seria uma especificação, da explicação do comportamento do agente, cuja falta não entra necessariamente em contradição com o que reputamos ser a compreensão do crime.

Estamos pois perante um “desgosto de amor”, perante o sofrimento que ele provocou no arguido. Ora isto não é de considerar irrisório ou insignificante.

Mas não só. Na verdade, não deixa de ser esclarecedor, que a eventual impossibilidade de o arguido viver uma vida sem a Maria José, não o tenha levado a atentar contra a sua própria vida, e sim a matá-la a ela. Ou seja, àquele motivo com grande importância para o arguido, e que se nos afigura compreensível, acresce a revelação de um carácter defeituoso, ou a revelação de um código de valores individual, de que atrás se falou, que se afasta dos padrões éticos socialmente aceitáveis. O arguido revela com o seu comportamento intransigência, egoísmo, desrespeito pela liberdade alheia. É evidente que a vítima não estava obrigada a relacionar-se em termos de namoro com quem não o queria fazer. É evidente que a sua escolha tem que ser respeitada. E também é evidente que matar uma pessoa só porque não faz o que queremos que faça, e ela não é obrigada a fazer, constitui um acto altamente censurável.

Claro que, com isto, poder-se-á dizer que o arguido revelou alguma baixa de carácter. No entanto, se o homicídio por motivo fútil pressupõe sempre baixa de carácter, esta pode muito bem revelar-se noutro contexto, que não o da acção por motivo fútil. E será, a nosso

ver, o caso. Entendemos, portanto, que se não verifica a dita qualificativa da al. e) do n.º 2 do art. 132.º do C P.

2.2.2. Importa então ver se se verifica o preenchimento, de mais alguma das outras circunstâncias enumeradas no n.º 2 do art. 132.º do C P.

A al. b) desse n.º 2 agrava a responsabilidade do homicida que pratica o facto contra o cônjuge ou pessoa com quem tenha vivido em circunstâncias análogas às dos cônjuges. Nada nos revela ter sido esse o caso.

Porém, importa ter em conta que a razão da agravação é a de que, para o comum das pessoas, os laços afectivos estabelecidos por aquela via são um factor de refreamento, que não existiria quando a potencial vítima é outra qualquer pessoa. Ora, também no presente caso, os laços afectivos decorrentes de mais de uma ano de namoro, e o facto de o arguido ainda gostar da vítima, deveriam ter funcionado como travão para a sua acção. Não aconteceu, e por isso o seu acto é mais censurável.

Note-se que o C P espanhol, no seu art. 23.º, a propósito de circunstâncias agravantes ou atenuantes, fala em ter sido vítima do crime o cônjuge “ou pessoa a quem esteja ou tenha estado ligado de forma estável por análoga relação de afectividade”. Cá, fala-se em circunstâncias de vida análogas, mas lá, basta uma relação de afectividade análoga.

Seja como for, esta agravante qualificativa da al. b), em concreto, não está preenchida.

2.2.3. Segundo a al. c) do n.º 2 do art.º 132.º do C P, agrava a responsabilidade do agente “Praticar o facto contra pessoa particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez”. Não é esse o caso dos autos.

No entanto, ressalta da matéria de facto provada, que todo o circunstancialismo criado pelo arguido, à roda da prática do crime, o colocaram numa posição de superioridade, e sobretudo reduziram de modo importante as possibilidades de defesa e resistência da vítima.

Desde logo porque esta não se apercebeu de que o arguido se munira da faca em casa do Carlos Veiga, e não se terá apercebido de que o arguido levava tal faca (e ainda outra), para o parque de estacionamento. Depois, o local do crime, escolhido pelo arguido, apesar de próximo de uma faculdade, não era frequentado, de tal modo que, em plena manhã de um dia de aulas ninguém deu pelo crime. Ao atingir a vítima do modo descrito, como se deu por provado no ponto 49, o arguido “Fê-lo depois de levar a visada Maria José para um local onde na ocasião não havia ninguém nas proximidades, segurando-a sem lhe dar qualquer hipótese de defesa ou fuga”.

A superioridade física do arguido permitiu manter “a visada Maria José Gomes Maurício firmemente agarrada com uma mão, impedindo-a deste modo de fugir, enquanto com a outra e com a faca em causa, lhe desferia golpes que a atingiam pelo corpo” (ponto 35).

2.2.4. Na circunstância da al. d) refere-se o facto do agente “Empregar tortura ou acto de crueldade para aumentar o sofrimento da vítima”. Nada aponta nesse sentido.

Porém, o crime foi cometido com uma intensidade que, para além de ter criado sofrimento à vítima, revela uma inegável brutalidade e forte insistência em o consumir.

Basta atentar nos ferimentos causados: feridas incisivas na cabeça, pescoço, tronco e membros superiores, feridas corto-perfurantes no pescoço, tórax e abdómen, escoriações na cabeça, pescoço, tronco e membros superiores, equimoses na cabeça e tronco.

Assim sendo, a vítima só não foi atingida nas pernas.

E, quanto ao hábito interno, sofreu lesões traumáticas cervicais – secção completa dos vasos do pescoço, secção completa da traqueia, secção incompleta da traqueia, lesões traumáticas torácicas – hemotórax à esquerda, perfuração do pulmão esquerdo, lesões traumáticas abdominais – hemoperitонеu, perfuração do esófago, contusões do mesocólon transversal, fígado, rim direito, duodeno e pâncreas, lesões traumáticas raqui-medulares cervicais – secção incompleta do processo transversal da 5.ª vértebra cervical.

Acresce que os vários ferimentos inciso-perfurantes nos antebraços, face palmar e face dorsal de ambas as mãos e dedos da visada têm carácter de defesa, o que bem revela o desespero com que se terá debatido.

2.2.5. A al. i) do n.º 2 em foco contempla a utilização de veneno ou qualquer outro meio insidioso. Ainda aqui a agravação resulta de se ter colocado a vítima numa situação de pouca ou nenhuma defesa, mas desta feita por de se ter usado de meio fraudulento ou sub-reptício. No caso em apreço, a prova não aponta com suficiente consistência para um engano, com o grau de dissimulação equivalente, por exemplo, ao uso de veneno. E essa parece ser uma exigência da dita al. i).

No entanto, o condicionalismo reportado no ponto 2. 2. 3. que serviu para evidenciar a especial vulnerabilidade e desprotecção da Maria José, interessa ainda como revelação da surpresa com que o agente actuou. É legítimo concluir, a partir da factualidade apurada pela Relação, que, se soubesse o risco que corria, a vítima nunca teria ido ter com ele na manhã do dia 18. E, se o fez, é porque as intenções do arguido não foram mínimamente denunciadas por ele (nem obviamente por mais ninguém). Por outro lado, a testemunha Carlos Veiga, que recebeu o arguido em sua casa e com quem entabulou o diálogo relativo à surpresa que o arguido queria fazer à Maria José, nada fez para impedir o crime. É legítimo pensar que não suspeitou das intenções do arguido para além de achar que este pretendia fazer as pazes com a vítima (ponto 11).

2.2.6. Resta aludir, no condicionalismo, à agravante da al. j) do n.º 2 do art.º 132.º do C P. Especificamente, “Agir com frieza de ânimo, com reflexão sobre os meios empregados”.

Era esta a agravante eleita pela 1.^a instância para qualificar o crime. Recorde-se que aí se dera por provado:

“13 – Na conversa que manteve naquela madrugada com o seu amigo Carlos Veiga, o arguido a dado momento confidenciou-lhe que “pretendia fazer uma surpresa à Maria José Gomes Maurício, mas que não podia ser ali porque iria fazer barulho”.

14 – Vendo que Maria José Gomes Maurício mantinha a sua intenção de não retomar o relacionamento afectivo consigo, mas manter uma relação cordial e amigável, a dado momento, sem que ninguém o tivesse visto, o arguido pegou na faca de cozinha que se encontrava na casa do Carlos Veiga.

15 – Assim, o arguido apoderou-se da faca de cozinha com cabo de cor preta, com comprimento total de cerca de 33 cm, com lâmina em metal, de serrilha, com 20 cm de comprimento, guardou-a sem que ninguém se tivesse apercebido e levou-a consigo.”

E, para a Relação, ficou provado:

**13 – Em momento não determinado da sua permanência na casa do Carlos Veiga, e sem que ninguém o tivesse visto o arguido pegou numa faca de cozinha que aí se encontrava.*

**14 – Assim, o arguido apoderou-se da faca de cozinha com cabo de cor preta, com comprimento total de cerca de 33 cm, com lâmina em metal, de serrilha, com 20 cm de comprimento, guardou-a sem que ninguém se tivesse apercebido e levou-a consigo.*

**15 – Na conversa que manteve naquela madrugada com o seu amigo Carlos Veiga, o arguido a dado momento confidenciou-lhe que queria fazer uma surpresa à Maria José Gomes Maurício, mas que não o podia aí fazer porque iria fazer barulho.*

Portanto, deixou de ficar expressa a relação entre a recusa da vítima em reatar o namoro, e o arguido ter tirado, sem que ninguém visse, a faca.

Assim sendo, a questão que logo surge é a de se saber se, entretanto, foi encontrada pela Relação uma qualquer outra explicação, para esta conduta do arguido de subtrair a faca. E não foi.

Diga-se, no entanto, que o arguido foi condenado na decisão ora recorrida por posse de arma branca, com a justificação de que, “Embora fosse uma faca de cozinha, destinada, pois, a funções de cozinha, não era essa a função a que o arguido a destinava” (fls. 1508).

A Relação refere, quanto à fundamentação dos factos que considerou provados o seguinte:

“A fundamentação dos factos provados que já constavam do acórdão recorrido é a mesma dele constante, para a qual nos remetemos. De resto o arguido não os impugnou. Aditámos-

lhe o aparente arrependimento que nos pareceu ser sincero perante as declarações que prestou na audiência de julgamento.

Quanto aos factos não provados já constantes do acórdão recorrido a justificação que se apresenta é a mesma dele constante, já que também não foram impugnados. Quanto ao aditamento agora feito de factos “não provados” e retirados do elenco dos “provados” este tribunal [da Relação] fundamenta a decisão na base do princípio “in dubio pró reo”. Efectivamente ficaram-nos insuperáveis dúvidas se ao retirar a faca de casa do amigo fosse propósito do arguido vir com ela ferir (mortalmente ou não) a Maria José, tanto que o mesmo disse não se lembrar de ter outra na sua mochila e de dali ter saído com um sentimento de frustração e vontade de suicídio.

Também se aceita como possível que ao convidar e ao sair com a vítima para o local onde a golpeou mortalmente não levasse um propósito de a matar, tudo podendo ter acontecido inopinadamente perante forte discussão em que esta o verberou ao ponto deste se ter descontrolado emocionalmente”.

Ora, analisando o conjunto da matéria dada por provada na Relação (e sem se enveredar pelo caminho de eventuais vícios da matéria de facto da decisão recorrida, que não estão em causa), é com alguma surpresa que, conjugando aqueles com as regras da racionalidade e da experiência da vida, se tenha deixado de relacionar a recusa em reatar namoro com a subtracção da faca ao Carlos Veiga. Falando-se até a este propósito de “insuperáveis dúvidas”. A Relação concluiu que a faca de cozinha não foi subtraída pelo arguido para ser usada na cozinha mas nada adiantou sobre que outro uso lhe queria dar.

Atente-se mais uma vez, e entre o mais, que o arguido surge já a horas tardias para falar com a vítima, trazendo uma faca com uma lâmina de 12 cm de comprimento, juntamente com os seus bens pessoais, dentro da sua mochila. Mas nessa noite apoderou-se ainda de outra faca, do amigo Carlos Veiga, a qual tinha uma lâmina de 20 cm. Não a pediu a este, tirou-lha sem que ninguém visse. O encontro e as conversas que arguido e vítima tiveram, versaram o namoro que já não tinham mas que o arguido queria a todo custo continuar. A tudo isto acresce a frase pronunciada pelo arguido sobre a surpresa a causar á vítima, que não podia ter lugar ali, na casa do Carlos Veiga, porque fazia barulho. E, no dia seguinte, deu a explicação de que a tal surpresa estava para breve, porque tinha marcado um encontro com a Maria José.

Seja como for, se tivesse sido formada pela Relação uma convicção, de que houvera desde a noite de 17 para 18 de Setembro um propósito, por parte do arguido, de matar a Maria José à facada, caso esta não reatasse o namoro (o que viabilizaria a qualificação que a 1.ª instância fez), tal facto psicológico teria que ser consagrado expressamente como provado.

A Relação não o fez, como se viu. Este S T J não o vai fazer, e por isso se considera não preenchida a circunstância da al. j) em apreço.

Depois de toda esta recensão dos factos, e embora se tenha concluído pelo não preenchimento, em concreto, de qualquer das al. do n.º 2 do art. 132.º do C P, ainda assim

consideramos que se está perante um crime de homicídio qualificado, desta feita atípico, por a conduta do arguido se revelar à mesma altamente censurável.

Desde logo ao sermos confrontados com o condicionalismo elencado a propósito dos pontos 2.2.1. – Móbil do arguido – ou 2.2.2. – relacionamento afectivo antecedente.

Ao que acresceria, se tal fosse necessário, mas não é, o que se disse nos pontos 2.2.3., 2.2.4., e 2.2.5., respectivamente sobre a situação criada de vulnerabilidade da vítima, a brutalidade e insistência nos golpes, a surpresa da actuação. Esta última factualidade será pois levada em linha de conta em termos de circunstâncias agravantes gerais.

II – A medida da pena

A moldura penal do crime do art. 132.º do C P é de 12 a 25 anos. Passemos então à medida da pena a aplicar, retomando considerações já constantes doutras decisões nossas, sem que tenhamos motivo para alterar o ponto de vista expresso.

1. Dir-se-á, então, que o ponto de partida e enquadramento geral da tarefa a realizar, para escolha da pena concreta a aplicar, não pode deixar de se prender com o disposto no art.º 40.º do C. P., nos termos do qual toda a pena tem como finalidade “a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade”. E, em matéria de culpabilidade, diz-nos o n.º 2 do preceito que “Em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa”.

Com este preceito, fica-nos a indicação de que a pena assume agora, entre nós, um cariz utilitário, no sentido de eminentemente preventivo, não lhe cabendo, como finalidade, a retribuição *qua tale* da culpa. Ao julgador não compete retribuir a culpa o que não impede o legislador de agravar um ilícito típico põe força de circunstâncias inerentes à culpa.

Do mesmo modo, a chamada “expição” da culpa ficará remetida para a condição de uma simples consequência positiva, quando tiver lugar, mas não pode ser arvorada em finalidade primária da pena. Sabido que, por expiação, se entende a compreensão da ilicitude e a aceitação da pena que cumpre, pelo próprio arguido, com a consequente reconciliação voluntária com a sociedade. Para alguns, até, expiação reconduz-se à ideia de “conversão moral” do delinquente.

1.1. Quanto aos fins utilitários da pena, importa referir que, se o art.º 40.º do C.P. optou por cumular a defesa dos bens jurídicos com a reintegração do agente na sociedade, não podemos deixar de ver, nesta última, uma finalidade especial preventiva, em versão positiva, e, na dita defesa de bens jurídicos, um fim último que se há-de socorrer do instrumento da prevenção geral.

É que, “a defesa de bens jurídicos” é, ela mesma, em geral, o desiderato de todo o sistema repressivo penal, globalmente considerado, e não um fim que se possa considerar privativo das penas. Mais, toda a política social de prevenção da criminalidade não visa senão a

protecção de bens jurídicos. Daí que a expressão deva ser entendida, em sede de fins das penas, como uma referência à prevenção geral, designadamente positiva ou de integração.

Procuremos fazer, sinteticamente, algumas precisões, desde logo quanto ao conteúdo da prevenção geral que se quer prosseguir com a pena.

– Não está excluído que essa prevenção geral se faça sentir na sua vertente negativa ou intimidatória, devidamente controlada pela medida da culpa assacável ao agente. No entanto, a finalidade mais importante da pena, como instrumento de controlo social ao serviço da defesa dos bens jurídico-penais, analisa-se na vertente positiva da prevenção geral. Não se dirige portanto, enquanto tal, ao delinquentes, ou aos potenciais delinquentes, mas sim ao conjunto dos cidadãos.

– No que foi, a seu tempo, o dizer de Günther Jakobs, encara-se a prevenção geral como processo de “estabilização contrafáctica das expectativas comunitárias na validade e vigência da norma infringida”, como “modelo de orientação para os contactos sociais”, ou ainda como “réplica perante a infracção da norma, executada à custa do seu infractor” (In “Derecho Penal. Parte General, Madrid, Marcial Pons, pág. 8 e segs.). Aqui se desenham, já, as vertentes que podem assinalar-se à própria prevenção geral positiva: um efeito de confiança, outro pedagógico e ainda um efeito de revivescência do próprio ordenamento jurídico.

– O efeito de confiança efectiva-se quando os cidadãos verificam que o direito se cumpre e por essa via se sentem mais seguros. É um efeito de satisfação das expectativas depositadas na seriedade da advertência, ínsita na previsão normativa penal. O efeito pedagógico retira-se da criação ou do reforço da auto-censura individual, daqueles que têm que refrear os seus impulsos para cometer crimes e não os cometem. Os quais experimentam, mais ou menos conscientemente, uma satisfação dupla: com o sofrimento do criminoso que tem que cumprir pena por ter cometido o crime, e com o facto de o próprio ter resistido ao crime, subtraindo-se a qualquer pena. Do ponto de vista lógico, também a norma jurídica, enquanto tal, para se afirmar como obrigatória, necessita de atribuir consequências que se vejam efectivadas, para o caso de não ser observada.

– Sendo junto da comunidade que se pretende fazer sentir o efeito da prevenção geral positiva, a auscultação das expectativas comunitárias, ou do sentimento jurídico colectivo, torna-se ponto de passagem obrigatório quando o julgador é chamado a seleccionar medidas de pena. Nesta tarefa, para além de falta de dados empíricos, em geral, não pode olvidar-se que a opinião pública reage muitas vezes de modo exclusivamente emocional, é flutuante, tende a procurar encontrar bodes expiatórios, ou então, deixa-se conduzir pela comunicação social de modo acrítico.

Também se não podem escamotear as dificuldades que se deparam ao juiz para decifrar o sentimento jurídico colectivo, numa sociedade plural orientada por valorações sociais tantas vezes contraditórias. Sociedade que pode confinar-se à comunidade local, ou a todo o país, se a comunicação social se fez eco do crime. E, tantas vezes, o julgador tem perante si um crime só conhecido de um círculo muito restrito de pessoas, ou que causou um impacto que não vê manifestar-se.

– Daí que procure recolher, para uso próprio, apenas o sentimento comunitário que, a seu ver, se justifique que deva ser atendido. Isto por um lado. Por outro, poderá ser obrigado a ter em conta expectativas comunitárias, que ele julgador configura que provavelmente viriam a ser desencadeadas, caso o crime tivesse sido do domínio público, nos casos em que o não foi.

1.2. Quanto à prevenção especial, sabe-se como pode ela operar através da “neutralização-afastamento” do delinquente para que fique impedido fisicamente de cometer mais crimes, como intimidação do autor do crime para que não reincida, e, sobretudo, para que sejam fornecidos ao arguido os meios de modificação de uma personalidade revelada desviada, assim este queira colaborar em tal tarefa (Vide, a propósito, v.g. Roxin in “Derecho Penal-Parte Especial”, Tomo I, Madrid, Civitas, 1997, pág.86). Modificação que se não pode impor, obviamente, mas que se pode e deve proporcionar. Vemos no desiderato legal da “reintegração do agente na sociedade” a vertente positiva da prevenção especial, sem se olvidar a utilidade dos efeitos negativos do afastamento, em casos muito contados, tal como, ainda, da intimidação ao nível individual.

Por isso é que a avaliação da culpa do agente fica ao serviço, fundamentalmente, de finalidades garantísticas, e só do interesse do arguido.

1.3. Quando, pois, o art.º 71.º do C. P. nos vem dizer, no seu n.º 1, que “A determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção”, não o podemos dissociar daquele art.º 40.º. Daí que a doutrina venha a defender, sobretudo pela mão de Figueiredo Dias, (Cfr. “Direito Penal Português – As Consequências Jurídicas do Crime”, Coimbra Editora, 2005, pags. 227 e segs.) que, se as finalidades da aplicação de uma pena residem primordialmente na tutela dos bens jurídicos, e, na medida do possível, na reinserção do agente na comunidade, então, o processo de determinação da pena concreta a aplicar, por um lado, excluirá que a expressão “em função da culpa do agente” possa ser vista, como uma recuperação de propósitos retributivos enquanto tais. Por outro lado, reflectirá, de um modo geral, a seguinte lógica:

A partir da moldura penal abstracta procurar-se-á encontrar uma “sub-moldura” para o caso concreto, que terá como limite superior a medida óptima de tutela dos bens jurídicos com atenção às expectativas comunitárias, e, como limite inferior, o “quantum” abaixo do qual “já não é comunitariamente suportável a fixação da pena sem pôr irremediavelmente em causa a sua função tutelar.” (Cfr. Idem pág. 229).

Ora, será dentro dos limites consentidos pela prevenção geral positiva que deverão actuar os pontos de vista da reinserção social. Quanto à culpa, para além de suporte axiológico-normativo de toda e qualquer repressão penal, compete-lhe, como se viu já, estabelecer o limite inultrapassável da medida da pena a aplicar. A prevenção geral negativa ou intimidatória surgirá como uma consequência de todo este procedimento.

A jurisprudência deste Supremo Tribunal tem-se orientado quase unanimemente num sentido igual ao que acaba de se referir.

O n.º 2 do art.º 71.º do C. P. manda atender, na determinação concreta da pena, “ a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele”. Enumera a seguir, a título exemplificativo, circunstâncias referentes à ilicitude do facto, à culpa do agente, à sua personalidade, ao meio em que se insere, ao comportamento anterior e posterior ao crime.

2. O comportamento do arguido revela uma intensidade dolosa grande, em termos de dolo directo. Além disso, pretender tirar a vida a alguém é querer atingir o bem jurídico mais valioso do nosso sistema penal, em congruência com a hierarquia de valores plasmada na Constituição. Provoca uma compreensível apreensão e um justificado sentimento de rejeição, por parte da população, pelo que, em termos de prevenção geral positiva, se fazem sentir exigências muito importantes.

No caso concreto, a repercussão do crime cometido, no meio académico, na cidade de Coimbra, e até no país, foi um facto. Por isso que a sub moldura do caso se deva afastar, sensivelmente, no seu limite inferior, do limite mínimo da moldura legal.

Em matéria de prevenção especial os dados disponíveis também reclamam algumas exigências. Na verdade, sem se colocar a questão da sua imputabilidade, o arguido apresentava à data do crime um quadro psicológico marcado pela depressão e ansiedade, beneficiando de acompanhamento médico (ponto 63). Foi dado por provado que “O arguido apresenta traços psicológicos mal adaptativos, sendo pessoa introvertida, ruminativa, rígida, contida em termos emocionais, com dificuldades de exteriorização de afectos – predominam traços obsessivos da personalidade, pautados pelo perfeccionismo e necessidade de controlo das várias áreas da vida, bem como traços de negativismo e insegurança, com baixa auto-estima e sentimento de inutilidade, e, por outro lado, imaturidade afectiva, associada a irritabilidade fácil, com baixa tolerância à frustração e ao conflito, e alguma tendência para o isolamento e frieza afectiva” (ponto 65).

Importa ter em conta que o arguido era um indivíduo afectado psicologicamente e actuou sob o efeito de grande nervosismo (“Agiu assim fortemente enervado, prevendo que não iria reatar o namoro com ela”, segundo o ponto 50). Este estado de ânimo não terá porém que ser muito valorizado, em termos de atenuante geral, dada a sua natureza esténica.

Por outro lado, e como já se apontou, ressalta de todo o presente episódio que o arguido assumiu uma postura egocêntrica, segundo a qual releva antes de mais o que o satisfaz, sem curar de reconhecer que **a pessoa de quem gostava é um ser livre, e portanto tem que aceitar que ela não queira namorar consigo.**

O arguido entregou-se às autoridades depois do cometimento do crime, afirmou estar arrependido e aparentou encontrar-se fortemente arrependido. Confessou os factos parcialmente, e o montante da indemnização cível pedida foi depositado nos autos. Não lhe são conhecidos antecedentes criminais, é jovem (23 anos à data dos factos), e é genericamente considerado pessoa educada e correcta. Estas as circunstâncias a que se atribui valor atenuativo.

Agravam a sua responsabilidade as circunstâncias que se referiram nos pontos 2.2.3., 2.2.4., e 2.2.5., sobre a situação criada de vulnerabilidade da vítima, a brutalidade e insistência nos golpes, a surpresa da sua actuação, e ainda o facto de a Maria José também ser uma jovem estudante, que viu os seus dias terminarem prematuramente.

Tudo visto, entende-se que a pena a aplicar deve situar-se, no caso, na metade inferior da moldura, e portanto entre os doze e os dezanove anos e seis meses de prisão. Considera-se justa a aplicação ao arguido da pena de dezasseis anos de prisão.

Ao que acrescerá a pena de quarenta dias de multa à taxa diária de 5€ por dia, pela prática do crime 86.º n.º 1 al. d), conjugado com a al. l) do n.º 1 do art. 2.º da Lei 5/2006 de 23 de Fevereiro, posse injustificada de arma branca, e que não foi objecto do recurso.

Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1oxrle414z/streaming.html?locale=pt>

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A human brain is shown in profile, rendered in a light, semi-transparent style. It is surrounded by vibrant, multi-colored paint splashes in shades of red, orange, yellow, green, blue, and purple. A broad, multi-colored rainbow arches over the brain, extending from the left side towards the right. The background is white with a diagonal line running from the top-left to the bottom-right.

3. Amor: a fonte do direito

Julieta Monginho



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

3. AMOR: A FONTE DO DIREITO¹

Julieta Monginho*

Vídeo da apresentação

1.

Para se mais precisa devia chamar a esta intervenção Amor: a nascente do direito. A fonte é já uma construção humana, enquanto a nascente é uma emanção da natureza. Fiquem descansados, não estou interessada em falar do direito natural. O meu objectivo é ir à origem. Numa cosmogonia que eu criasse, os seres humanos nasceriam da água e só quando se afastassem dela ficariam expostos aos elementos perigosos e aos seus medos. Desses medos surgiriam as guerras que o direito não resolve, as guerras que terminam com o terror e a aniquilação. O melhor seria nunca se afastarem da nascente de renovação e pacificação, que se confundiria com o direito: um conjunto de regras básicas, daquelas que se ensinam às crianças de dois ou três anos: pedir por favor, dizer obrigado e desculpa, partilhar os brinquedos. Um sistema muito simples, mas capaz de gerir os conflitos inerentes à condição humana – as relações entre humanos e entre os humanos e a natureza.

O direito nasceu da necessidade de regular pacificamente as relações entre humanos, logo de um impulso amoroso, oposto à vingança e à exclusão.

O impulso amoroso como origem está também presente nas cosmogonias que mais impacto têm na nossa cultura.

No Génesis descreve-se que, a partir do nada, ou das águas, Deus criou uma sequência de elementos, os últimos dos quais o homem e a mulher, à sua imagem e semelhança. E criou também a árvore da sabedoria, que propiciou o encontro amoroso entre dois seres humanos. Mesmo que contra a sua divina vontade.

Na mitologia grega o Cosmos foi criado a partir do caos – a matéria informe e sem luz, dotada de energia. Depois surgiu a terra – Gaia – que veio dar luz ao céu e, em simultâneo, Eros – o amor, a força do desejo.

Nas Cosmicómicas de Italo Calvino, o universo estava concentrado num único ponto, até que a senhora Ph(i)Nk.⁹, com o seu busto, as suas ancas e a sua combinação cor-de-laranja, disse «rapazes, se eu tivesse espaço, como gostaria de vos fazer umas *tagliatelle*». E assim o universo começou a expandir-se, com os movimentos de uma mulher a preparar a *pasta*.

Que melhor motivo para a expansão do universo e, com ele, da cultura, do que o desejo de alimentar um bando de gente esfomeada, evidentemente um desejo amoroso.

¹ O presente texto corresponde à apresentação realizada no Centro de Estudos Judiciários, em 14 de fevereiro de 2018, no âmbito da ação de formação "Amor e Direito – reflexos jurídicos e judiciários".

* Procuradora da República.

A cultura e o conflito nascem iguais, da relação entre seres humanos, e colocam questões cada vez mais complexas: a cultura exige pensamento criativo; o conflito exige pacificação e as regras que permitem aceder-lhe. O gene egoísta de que fala Richard Dawkins precisa de ser completado pela cultura para preservar a espécie. Como António Damásio nos diz no seu livro mais recente, a regra «tratar os outros como queremos que os outros nos tratem» terá sido formulada a partir do que os humanos sentiam quando sofriam ou viam os outros sofrer. Segundo ele, o sofrimento e o florescimento terão sido os principais motivadores da inteligência criativa que produziu culturas.

Cultura e direito são inseparáveis e, provavelmente, formas sofisticadas de sobrevivência.

Sobre o amor-desejo (Eros) e sobre o amor-alteridade (Agapê) os humanos contruíram regras de relacionamento que funcionam em seu lugar, quando o sentimento se manifesta insuficiente ou excessivo, regras estas que, em grande parte, se tornam jurídicas, ou seja, na nossa cultura actual, pelo menos desde Montesquieu, transpostas para lei geral e abstracta por quem detém o poder de as formular – o poder legislativo, democraticamente eleito – e aplicadas por quem tem o poder democraticamente enraizado na Constituição de as executar.

Fazendo já a transição para o direito da família, vou falar do primeiro julgamento formal que é relatado na literatura e, como não podia deixar de ser, situado na Grécia Antiga. É a história contada na Trilogia de Ésquilo Oresteia, representada no ano 485 a.C., dividida em três partes: Agamémnon, Coéforas e Euménides. Muito sucintamente: Clitmnestra mata o marido, Agamémnon, quando este regressa da Guerra de Tróia (vingando o sacrifício da filha Ifigénia) e entregando o trono a Egisto, com quem casa. Orestes, filho de Clitmnestra e de Agamémnon, é induzido por Apolo a, segundo as regras antigas, vingar a morte do pai: mata Egisto e, depois, a própria mãe. (Este é, de resto, o enredo retomado por Shakespeare em Hamlet, sendo que neste as contradições se centram nos dilemas internos do príncipe da Dinamarca). Orestes começa então a ser perseguido pelas Eríneas – as Fúrias – encarregadas de atormentar os criminosos. Consegue fugir-lhes com a ajuda de Apolo, mas é de novo apanhado e, nessa altura, pede a intervenção de Atena, a deusa da sabedoria. Esta decide reunir um tribunal, no Areópago: «(...) atendendo à gravidade da questão, vou eleger juízes, obrigados por juramento, para julgarem os casos de sangue, criando assim um tribunal que funcionará para sempre». Durante o julgamento há alegações das duas partes, a que defende a morte de Orestes e a oposta. Perante o empate de votos dos juízes, a deusa Atena é chamada a decidir e poupa a vida de Orestes. Assim põe ponto final ao ciclo de sangue. A vingança é substituída pela justiça. As velhas Eríneas são persuadidas por Atena a deixarem o seu antigo papel e a tornarem-se as vigilantes de Atenas, sob o nome de Euménides – As Benevolentes, que talvez conheçam do livro de Jonathan Littell com o mesmo nome, sobre o Holocausto.

Portanto, o primeiro julgamento da história versa uma questão de família e foi decidido por uma mulher, a própria protectora de Atenas e da sua democracia, e também a deusa da sabedoria. Nada que nos espante. Antiguidade e Contemporaneidade encontram-se na mesma sala de audiências.

2.

A ligação entre o amor e o Direito da Família é óbvia, embora mais evidente com a ascensão do ideal do amor no ocidente, quando o casamento começou a ser baseado no amor, ou seja, no século XIX, com a Revolução Industrial. Em inúmeras outras culturas a constituição de laços familiares é alheia ao amor, com toda a série de abusos que isso propicia – casamentos forçados, casamentos indesejados de meninas com homens mais velhos. Quando Stendhal descreveu com detalhe as diversas fases do amor, não as ligou ao casamento. Já Flaubert e Tolstoi escreveram as suas obras-primas a partir da oposição entre o amor e os laços matrimoniais, com a perdição das mulheres – Emma Bovary e Ana Karenina – por causa dela. Jane Austen ou Emily Brönte, em registos opostos, problematizaram também a relação entre o amor e a convenção. As histórias dramáticas de Romeu e Julieta e de Pedro e Inês são precursoras deste tema literário.

Se bem que a constituição de família baseada no amor romântico também esteja sujeita a outras contingências e frustrações, não de pequena monta, desde logo o anunciado fim do amor, que raramente acontece ao mesmo tempo entre os membros de um casal. O mito do príncipe encantado, a idealização do amor, também faz as suas vítimas.

A família é o núcleo afectivo por excelência. Se as famílias felizes parecem todas iguais e por isso não têm história, as infelizes, por cada uma o ser à sua maneira, têm-na em abundância e não só em Tolstoi. As histórias de famílias infelizes abundam na literatura e dominam os tribunais.

A felicidade da constituição da família parece estar reservada a outras instâncias – a igreja ou a conservatória onde se celebra o casamento, a maternidade onde nascem as crianças. O tribunal fica com as rupturas difíceis, cabe-lhe lidar com sentimentos amiúde distantes do amor.

Estando quase exclusivamente focado nas rupturas amorosas, ou em momentos de instabilidade – pois não deve intervir no fluxo harmonioso – o direito de família desempenha um papel inicial de mediação. É um papel que se contrapõe ao da literatura: destinando-se a suavizar os conflitos e a reparar as fracturas do núcleo familiar e, portanto, a tornar as famílias menos infelizes, retira-lhes potencialidades literárias.

Pessoalmente, dividida entre os dois campos – o jurídico e o literário – sinto-me um pouco Penélope – desfazendo à noite a teia que teci de dia, ou vice-versa. De dia decidida a apaziguar as histórias infelizes, à noite a provocar conflitos imaginários para os resolver como as personagens o exigirem.

Muitas vezes, em plenas diligências, tive a sensação de estar a intrometer-me indevidamente numa família. É muito interessante a questão dos limites da intervenção do Estado neste núcleo de intimidade (se é que ainda existe intimidade nesta época da exposição contínua), ou seja, a questão dos limites entre o estritamente privado e o que suporta a legitimidade para a intervenção do Estado. Curiosamente, muitas vezes o que vejo à minha frente são pessoas muito vulneráveis, perdidas nos seus labirintos pessoais, decididas ou obrigadas a enfrentar os

labirintos da justiça para pedir a intervenção de um poder que lhes dê um rumo, se possível não lhe criando uma desorientação adicional.

O direito tem o poder de agir sobre os vínculos, o que é extraordinário, porque se traduz numa forma de substituição do amor e do seu oposto. É o direito que define o que é o casamento, a união de facto, a filiação adoptiva, o apadrinhamento civil. Seja qual for a situação afectiva de cada cidadão ela é, de imediato, enquadrável pelo direito. Mas mais extraordinário é que a dinâmica do que é hoje a família, ou do que as famílias vão sendo, escapa à compartimentação legal e até à linguística. Como chamar, por exemplo, aos filhos do cônjuge do pai? Quando reconhecerá a lei a avódrasta? Tais conceitos ainda não adquiriram vida legal. O direito é uma espécie de Coelho atrasado da Alice – sempre de relógio na mão e desencontrado do tempo. Mesmo assim tem feito progressos, reconhecendo efeitos jurídicos às uniões de facto ou pondo fim a discriminações fundadas na orientação sexual, por exemplo.

3.

A patologia que o direito é chamado a consertar deriva essencialmente dos conflitos mais comuns – vínculo vs. liberdade; vínculo vs. identidade; vínculo vs. afastamento afectivo; vínculo vs. laços biológicos.

Na primeira das oposições – vínculo vs. liberdade – o direito é chamado a intervir quando o amor é encarado como uma forma de poder. É o caso do ciúme exacerbado, assente no desejo de domínio sobre o outro, em vez de no reconhecimento do outro, do «desejar o desejo do outro» (Heidegger).

O amor é uma proposta para se transcender a si mesmo, para ser sensível ao apelo do outro, implica o respeito pelo direito do outro.

Respeito não pode confundir-se com medo produzido por atitudes autoritárias. Respeito – do latim *respicere* – significa etimologicamente olhar para ou olhar por. O amor exige a liberdade e a reciprocidade.

Tive um caso em que a mulher descobriu que, além de um sistema de escuta no telemóvel, o marido tinha instalado um sistema de vigilância num cigarro que ele deixava colocado na mesinha da sala, dentro de um maço quase vazio. A mulher descobriu esta última forma de vigilância no dia em que, tendo embarcado num voo para um país sul-americano, viu entrar o marido no mesmo avião. Depois de ter feito as marcações através de um telemóvel novo. Mas sim, sentada no seu lugar habitual no sofá, em frente da mesinha onde o maço de cigarros quase vazio continuava, como se ali tivesse sido displicentemente esquecido.

A intervenção do direito nesta área tem as evidentes repercussões penais, mas também as inerentes ao direito da família, sobretudo quando existem crianças que acabam quase sempre por ser elas mesmas vítimas directas desses comportamentos patológicos. É das situações mais difíceis que se deparam a um magistrado, lidar com o sofrimento causado por casos de violência doméstica, perseguição, devassa da vida privada, motivados pela negação da

liberdade no relacionamento amoroso, que deixa marcas emocionais duradouras. Nestes casos, quando se verifique situação de perigo para as crianças, a intervenção em sede de promoção e protecção pode ser necessária, e, se o for, sobrepe-se à intervenção no âmbito da providência cível.

Outra oposição é a que existe entre vínculo e identidade. Uma contradição, tão humana, entre a preservação do eu e o desejo de unidade. Qualquer tentação fusional, embora irresistível na fase do enamoramento, terá consequências nefastas se for prolongada. Assim no casal, assim entre pais e filhos.

Se estas contradições se traduzem sobretudo em conflitos internos, têm por vezes manifestações externas de oposição nas quais o direito é chamado a intervir. Na maioria das situações o que se passa é a dificuldade por parte dos filhos em demonstrarem de forma saudável a sua progressiva autonomia relativamente aos pais, e a dificuldade por parte dos pais em aceitarem e até estimularem esse movimento. A fase da adolescência – que nos asseguram durar agora até aos 24 anos -, é aquela que inclui mais comportamentos de risco, tantos deles a requerer intervenção em sede protectiva ou mesmo em sede tutelar educativa, se os comportamentos consubstanciarem a prática de crimes, designadamente violência intrafamiliar, crimes esses que, por isso, são agravados nos termos do art. 132.º, n.ºs 1 e 2 a) do C. Penal. E tudo por causa do amor...Ou da falta dele. Creio que se fosse feito um estudo sobre o tema – ignoro se já foi – se concluiria facilmente que à grande maioria dos jovens que se considera necessitam de educação para o direito falta pelo menos uma, se não as duas, figuras parentais.

A oposição entre vínculo e afastamento afectivo leva à ruptura. Quase sempre assimétrica, quase sempre dolorosa. O risco do amor é a separação – a perda, a morte do outro na minha consciência e vice-versa, que dá lugar a um período de luto.

Para não voltar a referir obras literárias, desta vez vou recordar filmes: desde os clássicos, como Quem tem medo de Virginia Woolf, Kramer contra Kramer, A Guerra das Rosas até filmes mais recentes, como Uma Separação, de Asghar Farhadi, O Segredo de um Cuscus, de Abdellatif Kechiche, O que está por vir, com a grande Isabelle Huppert.

Hoje em dia não tem de ser o tribunal a abençoar o divórcio, se ele for consensual. Terá, sim, de lidar com os aspectos litigiosos – uma vez mais o odioso para os tribunais – da separação, incluindo o do destino dos filhos menores. É aqui que se colocam as terríveis questões geradas pelo conflito parental, que começam na regulação do exercício das responsabilidades parentais, se ramificam nos mais delirantes incidentes processuais e por vezes exigem, na minha perspectiva, intervenção protectiva – art. 3.º b) e f) da LPCJP.

Ao longo destas intervenções devemos seguir os princípios orientadores constantes do art. 4.º da LPCJP, aplicáveis às providências cíveis por força do art. 4.º do RGPTC, elas próprias emanações dos princípios consagrados na Convenção dos Direitos da Criança.

As crianças têm direito à preservação dos laços afectivos profundos, quer na vertente protectiva quer na vertente cível – art. 4.º alínea g) da LPCJP.

E têm direito a manter com ambos – pai e mãe – uma relação de grande proximidade – art. 1906.º, n.º 7 do C. Civil.

Também é tutelado o direito ao convívio com avós – art. 1887.º - A do C. Civil – e com irmãos, estes mesmo no caso de acolhimento residencial, não devendo jamais ser separados – art. 58.º, n.º 1 j) da LPCJP.

Por último a oposição entre o vínculo e os laços biológicos. Refiro-me aos casos em que a parentalidade biológica compromete o vínculo próprio da filiação – as situações previstas no art. 1978.º, n.º 1 do C. Civil. Quando existe comprometimento desse vínculo, porque a criança tem direito a uma família, a lei prevê que possa ser adoptada. A adopção constitui um vínculo afectivo que na maioria das vezes é criado pelo próprio direito – o encontro entre filhos que procuram os pais e pais que procuram os filhos. Poucos momentos há mais felizes na vida pessoal e na vida dos magistrados que intervêm no estabelecimento desse vínculo.

Como mãe adoptiva, senti esse momento do lado de dentro. Nesse dia nasceu-me um filho. A sua gestação durou no meu coração um pouco mais de nove meses. O meu filho chama-se Filipe.

Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fcn.pt/vod/clips/1sg1kn59pv/streaming.html?locale=pt>

A conceptual illustration featuring a human brain on the left, partially obscured by a diagonal white line. A vibrant, multi-colored paint splash (red, orange, purple, green, yellow) originates from the brain and flows across the top of the page. On the right, a heart is depicted, also filled with the same multi-colored paint, suggesting a connection between the brain and the heart. The background is white with a subtle shadow effect.

4. A patologia do amor: reflexos no direito civil

Fernanda Isabel Pereira

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

4. A PATOLOGIA DO AMOR: REFLEXOS NO DIREITO CIVIL¹

Fernanda Isabel Pereira*

Vídeo da apresentação

«Just to the end of love»

Leonard Cohen

Procurei, em vão, uma definição para o AMOR.

Nenhuma das que encontrei transmitia a riqueza e os cambiantes possíveis deste sentimento tão vasto e tão abrangente que se projecta em múltiplas dimensões e facetas da vida humana. Creio que o Amor é um mistério e não é susceptível de ser reduzido a uma classificação ou definição.

No entanto, muitas são as tentativas e perspectivas que procuram encontrar um conceito do Amor.

Segundo Sócrates, o filósofo, o Amor é «*um desejo de qualquer coisa que não se tem e que se deseja ter*».

Para Platão é a ânsia de ajudar o *eu-próprio autêntico* a realizar-se, num processo que submete o corpo ao espírito.

Para Camões o Amor é fogo que arde e não se vê. É dor que dói e não se sente.

O Amor é um acto de fé. De fé no outro.

Baseia-se na relação de confiança e não existe sem respeito recíproco.

Respeito, em latim *respicere*, significa «**olhar para**», isto é, aceitar o outro com a sua individualidade, reconhecer a sua identidade singular, o que pressupõe que a pessoa amada permaneça tal com é e não como queremos que ela seja.

Nem sempre é fácil no mundo dos afectos viver o Amor nesta dimensão e, muitas vezes, confunde-se com relação de «**domínio**» do outro ou de «**fusão**» com o outro, com a inerente **perda da individualidade, logo, de liberdade**.

Estas e muitas outras situações são potenciadoras de conflitos, de rupturas que acabam por desencadear litígios judiciais.

¹ O presente texto corresponde à apresentação realizada no Centro de Estudos Judiciários, em 14 de fevereiro de 2018, no âmbito da ação de formação "Amor e Direito – reflexos jurídicos e judiciários".

* Juíza Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça.

Na realidade, os tribunais são chamados a intervir, fundamentalmente, na resolução das **PATALOGIAS DO AMOR**, quando o amor entra em ruptura, quando as relações afectivas se degradam ao ponto de faltarem a capacidade ou a lucidez necessárias para ser encontrada uma solução de consenso, isto é, quando o amor se transforma em **DESAMOR**.

E pode perguntar-se, então, **até que ponto o Direito consegue chegar ao sentimento e purgar as mágoas** de quem procura a via judicial para encontrar uma solução para os afectos magoados, frustrados, destruídos.

Não é fácil a resposta. Nem sempre o casamento ou a união de facto entre a vida e o Direito é feliz. Nem sempre a Lei do Direito e a Lei do Amor estão em sintonia.

No entanto, e apesar de não existir na lei referência expressa ao Amor, ele está, ainda que indirectamente, subjacente em muitas normas.

O direito institucionalizou o amor romântico através do casamento, definido no artigo 1577º do Código Civil «*como contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida*».

Trata-se de um **contrato sui generis**, que se baseia **na igualdade de direitos e de que decorre um conjunto de deveres**. O dever de respeito, de fidelidade, de cooperação e de assistência, este último de cariz patrimonial, já que compreende a obrigação de prestar alimentos e de contribuição para as despesas domésticas (artigos 1672º e 1675º do Código Civil).

A **violação culposa, grave ou reiterada dos deveres conjugais, comprometedora da vida em comum, tinha efeitos resolatórios**, tal como em qualquer outro contrato, podendo o cônjuge cumpridor desvincular-se através da acção de divórcio litigioso movida contra o cônjuge incumpridor. Era o chamado **divórcio-sanção**.

Paralelamente, ficava o cônjuge culpado, além do mais, obrigado a reparar os **danos não patrimoniais** causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento, isto é, decorrentes do próprio divórcio (artigo 1792º na redacção anterior à reforma de 2008).

Subsistia a dúvida sobre a possibilidade de o cônjuge lesado ter direito a ser indemnizado nos termos gerais da responsabilidade civil (artigo 483º do Código Civil) pela violação dos deveres conjugais, independentemente do divórcio.

Surgiram, então, duas correntes de sentido oposto na doutrina.

A admiti-la, Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira (*Curso de Direito da Família*, vol. I, Introdução/Direito matrimonial, Coimbra Editora, 4ª ed., 2001, p 156).

A negar essa possibilidade, Carlos Pamplona Corte Real e José Silva Pereira (*Direito da Família-Tópicos para uma Reflexão Crítica*, Lisboa AAFDL, 2008).

A jurisprudência, foi neste campo vanguardista, abrindo caminho no sentido da possibilidade de o cônjuge lesado ser indemnizado, em acção autónoma à do divórcio (processo comum), dos danos patrimoniais e não patrimoniais decorrentes da violação dos deveres conjugais ainda que a acção de divórcio não tivesse sido instaurada (neste sentido, entre outros, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 08.02.2001, proc. nº 00A4061).

A profunda reforma operada pela Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, pôs termo ao *divórcio-sanção* – divórcio litigioso – baseado na culpa, substituindo-o pelo *divórcio fracasso ou constatação da ruptura* da vida em comum – divórcio sem consentimento de um dos cônjuges (artigo 1781º do Código Civil) –. Passou a ser suficiente a mera ruptura do casamento.

Erradicando a culpa dos cônjuges, o legislador deu mais um passo na aproximação entre o casamento e a **união de facto**, a qual, **não sendo um negócio jurídico**, é, todavia, **geradora de efeitos jurídicos desde que a comunhão de vida livremente exercida fora do quadro vinculativo de um contrato** esteja dotada duma certa estabilidade (seja análoga à dos cônjuges) e não se confunda com relações passageiras ou efémeras.

Estou a referir-me ao **alargamento aos unidos de facto** do leque de mecanismos de protecção já estabelecidos para o casamento, designadamente, no que diz respeito ao destino da casa de morada de família em caso de ruptura, e ao direito a prestações sociais, que operam agora também *automaticamente*, como sucede com o casamento ou a viuvez (cfr. as alterações introduzidas pela Lei nº 23/2010, de 30 de Agosto, na Lei nº 7/2001, de 11 de Maio).

Podemos dizer que com a alteração de paradigma do casamento decorrente da reforma de 2008, **o grande fosso entre casados e unidos de facto** reside, essencialmente, no domínio do direito sucessório.

Com efeito, a *um fortíssimo estatuto sucessório do cônjuge sobrevivente* – herdeiro legítimo e legitimário – contrapõe-se um estatuto sucessório do unido de facto sobrevivente circunscrito ao direito de exigir alimentos da herança do falecido condicionado, nos termos gerais, pela verificação do duplo requisito da necessidade de quem os pede e da possibilidade de quem os deve prestar (artigos 2003º e 2004º do Código Civil)

Apesar, do **afrouxamento dos deveres conjugais**, como refere Pereira Coelho, a nova redacção do artigo 1792º nº 1 do Código Civil **não deixou de consagrar tutela indemnizatória ao cônjuge lesado**, como já sucedia, consagrando expressamente o *direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge, nos termos gerais da responsabilidade civil*, em acção autónoma a instaurar nos tribunais comuns.

O facto de a actual lei não admitir o *divórcio-sanção* com fundamento na violação dos deveres conjugais **não teve o efeito de derrubar a tutela autónoma daqueles deveres nos termos gerais da responsabilidade civil**, agora expressamente ressalvada no n.º 1 do artigo 1792.º do CC.

Todavia, como se dá nota no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17.09.2013 (proc. 5036/11.3TBVNG.P1.S1), a redacção dada a este preceito pela Lei nº 61/2008, **pode colocar-nos a questão de saber** se na previsão da norma:

– Está exclusivamente prevista a reparação dos danos causados ao cônjuge lesado resultantes da própria dissolução do casamento ou se;

– Essa mesma previsão normativa abrange, igualmente, os danos emergentes daqueles factos que conduziram à ruptura da vida comum e ao divórcio.

Entendeu o mesmo acórdão que (com excepção dos casos em que o rompimento do casamento é consequência de alteração das faculdades mentais do outro cônjuge – n.º 2 do artigo 1792.º do Código Civil –), *a lei deixou de fazer qualquer distinção entre os danos directamente resultantes da dissolução do casamento e os danos resultantes de factos ilícitos ocorridos na constância do matrimónio, nomeadamente os que possam ter conduzido ao divórcio, sendo, uns e outros, pelo menos em abstracto, ressarcíveis através de acção judicial para efectivação de responsabilidade civil.*

Já os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 09/02/20012, (proc. n.º 819/09.7TMPRT.P1.S1), e de 17/09/2013, (processo n.º 5036/11.3TBVNG.P1.S1) assim haviam decidido, sendo que, mais recentemente, também o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12.05.2016 (proc. 2325/12.3TVLSB.L1.S1), *decidiu no sentido da admissibilidade do direito de indemnização do cônjuge lesado, nomeadamente pelos danos não patrimoniais, independentemente da dissolução do casamento por divórcio e mesmo na constância do matrimónio, nos termos gerais da responsabilidade civil.*

No que concerne à união de facto, apesar de **não existir uma vontade de vinculação no plano jurídico**, a sua ruptura pode suscitar problemas jurídicos, nomeadamente, quando na constância da união se acumulou património em comum.

Na falta de um regime, como o matrimonial, que lhe seja aplicável, os unidos de facto estão, em princípio, **sujeitos ao regime geral das relações obrigacionais e reais.**

A doutrina e a jurisprudência entendem que, uma vez terminada a união de facto por ruptura entre os seus sujeitos, cada um deles *“tem direito a participar na liquidação do património adquirido pelo esforço comum”*:

– **Seja** de harmonia *“com os princípios das sociedades de facto quando os respectivos pressupostos se verificarem”* (cfr. Pereira Coelho, *Temas de Direito de Família*, 1986, 17; e *Curso de Direito de Família*, com Guilherme de Oliveira, I, 2.ª edição, 109, e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09-03-2004);

– **Seja** pela aplicação das regras do instituto de enriquecimento sem causa (cfr., v.g., Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça 08-05-1997, *in CJ/STJ*, 2, 1997, p. 81 e Jorge D. Pinheiro, *Direito*

de *Família Contemporâneo*, 2011, 732) - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05.05.2015 (proc. n.º 171/06.2TBVNO.C1.S1).

O AMOR não se esgota, porém, na relação amorosa, formal ou informalmente constituída, como todos sabemos.

Podemos falar, entre muitos outros, do amor paternal ou maternal, do amor filial, do amor fraternal, do amor presente na amizade, do amor ao trabalho, do amor ao Direito, do amor à arte, do amor às coisas, etc, etc.

São muitos os litígios que resultam das divergências em relação aos filhos, as quais derivam, na maioria dos casos, da projecção da infelicidade dos pais e da incapacidade de compreenderem que **a felicidade e bem-estar dos filhos é um Bem Maior**, que merece e deve sobrepor-se às mágoas que sentem pela frustração das expectativas que nutriam pelo futuro da sua relação amorosa.

Os processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais constituem um bom e infeliz exemplo desse tipo de litigância.

Também no **campo do direito sucessório** são particularmente difíceis as tensões que se geram com a partilha, em particular, entre pais e filhos e entre irmãos, reflexo da transposição dos desamores e das crises de afecto para o património que, tantas vezes, é já só o que os une.

Por vezes, os laços afectivos que pautam as relações do autor da sucessão com os seus familiares – legalmente referenciados como os que deviam ser contemplados com a sua herança – **quebram-se, por razões várias.**

Tal acontece, nomeadamente, quando actuaram de tal modo quanto ao falecido, que resulta eticamente reprovável que possam beneficiar da herança deixada.

Entramos no campo da **indignidade sucessória** regulada nos artigos 2034º a 2038º do Código Civil.

Com efeito, à luz do estabelecido no artigo 2034º carecem de capacidade sucessória, por motivo de indignidade:

- a) O condenado como autor ou cúmplice de homicídio doloso, ainda que não consumado, contra o autor da sucessão ou contra o seu cônjuge, descendente, ascendente, adoptante ou adoptado;
- b) O condenado por denúncia caluniosa ou falso testemunho contra as mesmas pessoas, relativamente a crime a que corresponda pena de prisão superior a dois anos, qualquer que seja a sua natureza;
- c) O que por meio de dolo ou coacção induziu o autor da sucessão a fazer, revogar ou modificar o testamento, ou disso o impediu;

d) O que dolosamente subtraiu, ocultou, inutilizou, falsificou ou suprimiu o testamento, antes ou depois da morte do autor da sucessão, ou se aproveitou de algum desses factos.

Entre as várias outras discussões da doutrina, **coloca-se a questão** de saber se a enumeração das causas da indignidade indicadas no citado preceito legal é meramente **enunciativa ou taxativa**.

Os autores pronunciam-se, em larga maioria, pela **tipicidade das causas de indignidade**. Não só pelo seu **carácter excepcional**, mas, sobretudo, por se **configurar como uma pena civil** (Pamplona Corte Real, Gomes da Silva, Carvalho Fernandes e Jorge Duarte Pinheiro). Referem que as *“causas enumeradas são as únicas que podem fundar a declaração judicial de indignidade: esta determina a aplicação de sanção punitiva, que está sujeita ao princípio da legalidade”*.

De modo diverso, Oliveira Ascensão considera que, pese embora se verifique uma enumeração das causas de uma penalização tão grave como a exclusão da sucessão, tendo por base razões de segurança, tal não determina que se trata de uma tipologia taxativa, vedando toda a analogia.

Segundo este autor, não haverá razão para afastar o recurso a uma *“analogia mais limitada”*, a partir da integração no conceito base de indignidade e, simultaneamente, em alguma das causas previstas na lei, **analogia legis**, vedado ficando, tão só, o recurso à **analogia juris**, pelo que *«se determinado comportamento, pela sua gravidade, se integrar no conceito base de indignidade e, simultaneamente, em algumas das causas previstas no citado art. 2034º, é possível chegar à admissão de novos casos de indignidade por analogia legis»*.

A jurisprudência dos nossos tribunais não é abundante nesta matéria.

O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27.3.2007 (proc. 569/07) considerou que *«a gravidade da declaração de indignidade e dos factos que o legislador seleccionou como suas possíveis causas, bem como os requisitos de que as fez depender, conduzem-nos ao entendimento de que devem considerar-se **taxativas as causas de incapacidade sucessória enunciatas no art.º 2034**, afastando a possibilidade de interpretação extensiva da sua alínea a) – artigos 9.º e 11.º C. Civil»*.

Nele se decidiu ainda que *«Não pode haver lugar à declaração de indignidade sucessória do herdeiro que, indiciado por homicídio do autor da herança, não foi condenado pela prática do respectivo crime em processo penal.*

Nada autoriza, designadamente em caso de **extinção do procedimento criminal por morte do agente indiciado**, a aplicação da norma do art.º 2034, a) C. Civil, por via de recurso à analogia ou a interpretação extensiva do preceito.

A lei exige claramente a condenação do indigno, como autor ou cúmplice da prática dos factos, em sentença penal, resultando afastada a possibilidade de prova do ilícito constitutivo do crime em acção cível».

Também o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7.1.2010 (proc. 104/07.9TBAMR.S1), entendeu **não ser possível a analogia juris** ou a *analogia legis*, **nem a interpretação extensiva**, entendendo que, «*tal como vem definida no art.º 2034º do CCivil, a condenação do réu, com trânsito em julgado, a 6 anos de prisão efectiva, pela prática, em 1993, do crime de violação na pessoa da sua filha, não arrasta a incapacidade por indignidade*».

Perante isto, questionou-se no mesmo Acórdão, e passo a citar:

«Quer então isto dizer, inelutavelmente, que ao réu deve ser reconhecida a capacidade sucessória na herança aberta por óbito de sua filha. Não, não deve. Isso seria de todo em todo intolerável, inaceitável para uma consciência ética e de valores.

Isso brigaria frontalmente, e de uma forma violenta, com o princípio da dignidade da pessoa humana inscrito logo no art.º 1 da Constituição da República Portuguesa como conformador da nossa identidade enquanto povo soberano, porque seria dar a vida de alguém a quem a esse alguém roubou a honra.

Seria um atentado manifesto aos bons costumes e mesmo ao fim social e económico desse direito, o direito de suceder. E quando os limites assim impostos ao direito são dessa maneira tão manifestamente excedidos, o direito não é, o direito não existe. O direito tem limites internos cuja ultrapassagem é a entrada no não direito. É o abuso do direito tal como o define o art.º 334 do CCivil. Parece aqui haver alguma intrínseca contradição naquilo que vimos dizendo, uma vez que afirmámos atrás que o crime praticado pelo réu não está incluído na taxatividade definida como excepção no art.º 2034 e então, porque está fora dela, haveria que aceitar a regra da capacidade sucessória.

*Não há contradição alguma. Continuaremos a afirmar que, por si só, o crime praticado pelo réu não o faria cair na excepção da incapacidade por indignidade. O que dizemos é que as circunstâncias concretas do caso conduzem a que o reconhecimento do direito do réu a suceder a sua filha – **tão mais evidentes quanto a herança é o direito à indemnização por morte dela!** – viola manifestamente aquilo que são as concepções ético-jurídicas dominantes.*

(...) Esta mulher morre muito nova, antes dos 30 anos, e o réu é seu pai. Reconhecer ao réu capacidade sucessória na herança de sua filha seria sancionar um intolerável abuso do direito do réu a suceder-lhe. E onde há abuso, abuso nos termos definidos no art.º 334 do CCivil, não há direito».

Fez-se Justiça com recurso à válvula de escape do sistema no direito civil. **O abuso de direito!** Direi mesmo que se decidiu aqui também com o coração. Com o sentido ético dos afectos.

Deixando a Patologia do Amor, **poderemos questionar se o Amor também se indemniza.**

Muitos casos existem em que os tribunais são chamados a tutelar o Amor. Em que intervêm na protecção das relações familiares, dos laços afectivos que unem os seus membros, das expectativas de felicidade.

Infelizmente, **subjacente a essa protecção encontra-se, por regra, o sofrimento, a dor da perda e o luto**, como acontece na responsabilidade civil extracontratual ou por facto ilícito decorrente de acidente de viação.

Referirei alguma jurisprudência sobre a matéria que me parece mais significativa.

Num caso da morte de um filho num acidente de viação, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23.09.1997 considerou que a circunstância de os pais da vítima, titulares do direito à indemnização por danos não patrimoniais, terem mais dois filhos, poderá ser relevante na ponderação do dano patrimonial de cessação do auxílio que o falecido prestava (ou que os pais estavam na expectativa de vir a receber quando necessitassem, nomeadamente na velhice) mas é de pouco relevo em relação aos danos não patrimoniais: **é que o amor dos pais pelos filhos (e o correspondente desgosto pela sua perda) não se divide, é sempre grande**

O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31.10.2017 (proc. n.º 178/14.6T8GMR.G1.S1) decidiu que «Devem ser indemnizados o desejo, a ansiedade e **a expectativa de uma paternidade e maternidade – desejadas e construídas** (a recorrente sujeitou-se a tratamentos de fertilidade) – que de um momento para o outro se esvaem, de forma violenta, através de aborto provocado pelas lesões sofridas por via do embate ocorrido, atribuindo o montante de € 35 000,00 a cada um dos autores a título de indemnização por danos não patrimoniais.

Também o amor-próprio se indemniza, como decidiram, entre muitos outros, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 18.10.2012 e de 03.04.2014 (procs. Nº 112/2010.2TJVN.F.P1.S1 e 856/07.6TVPRT.P1.S1).

E o amor aos animais, agora tão em voga, já em 2002 foi indemnizado. Assim decidiu o Acórdão da Relação do Porto de 02-05-2002 (proc. nº 0230493) ao julgar viável o pedido de indemnização, por danos não patrimoniais relacionados com a morte de um cão, fundado na privação do direito de propriedade do autor sobre o animal.

Estava em causa nesse aresto a morte do cão dos autores pelo cão dos réus e a questão que se colocava era a de saber se o grande desgosto sofrido pelos autores com a morte do seu cão, única companhia da autora durante a ausência do marido e das filhas e pelo qual ambos nutriam profunda afeição, assumiam dignidade de reparabilidade por deverem ser considerados – à luz do critério acolhido no artigo 496º nº 1 do Código Civil – susceptíveis de merecer a tutela do direito, isto é, saber se o dano verificado era *«de tal modo grave que justifique a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado»*.

Como sabemos a lei consagra a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais em termos gerais, **deixando ao tribunal a tarefa de determinar objectivamente se um certo dano é merecedor**

da tutela do direito, tendo em conta as circunstâncias do caso (cfr. Calvão da Silva, “Responsabilidade Civil do Produtor”, pp. 683).

Na falta de uma enumeração legal ou de outro modo de tipificação dos casos de danos não patrimoniais compensáveis, não se encontra na doutrina e na jurisprudência, nem será possível encontrar, uniformidade de entendimentos relativamente ao que deva ou não qualificar-se como dano não patrimonial relevante.

No referido acórdão, na linha, aliás, da sentença da 1ª instância, ponderou-se não ser necessária uma sensibilidade especialmente requintada para que a perda de um animal nas circunstâncias ali retratadas representar um verdadeiro desgosto, que vai para além da mera incomodidade ou contrariedade, invocando-se o conjunto de princípios e deveres consagrados na Convenção Europeia para a Protecção dos Animais de Companhia, aprovada em 13/4/87 e a Lei da Protecção dos Animais, vigente ao tempo (Lei n.º 92/95, de 12/9), **tudo a corroborar a evolução das concepções sócio-culturais no sentido de os animais já não serem tratados de forma meramente utilitária e de merecer tutela jurídica o relacionamento dos seus donos com eles.**

Julgou, assim, o Tribunal da Relação a situação configurada digna de compensação, atribuindo-se ao autor a indemnização de 80.000\$00 (€ 399,04) e à autora a indemnização de 150.000\$00 (€ 748,20), ambas acrescidas de juros de mora à taxa legal.

Mas também o amor às coisas é indemnizável quando esteja em causa o valor estimativo ou afectivo de objectos a que, por alguma razão nos ligamos particularmente, seja porque nos recordam alguém que já não está presente na nossa vida, seja porque fazem apelo a um momento marcante, seja até porque faz parte de uma colecção a que nos dedicámos.

Desde que se trate de dano que pela sua gravidade mereça tutela jurídica (artigo 496º n.º 1 do Código Civil) será certamente indemnizável a título de dano não patrimonial.

No âmbito dos danos patrimoniais, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05-06-2008 (proc. n.º 1370/08), na ponderação da situação da excessiva onerosidade para o devedor, entendeu que não podem deixar de ser também ponderados factores subjectivos respeitantes ao lesado e ao seu justificado interesse específico na reparação do objecto danificado, em vez do recebimento do respectivo valor em dinheiro.

Optando por privilegiar a restauração natural (artigo 562º do CC), **não teve por excessivamente onerosa** para uma companhia de seguros a reparação do veículo do autor, danificado em acidente de viação ocorrido por culpa do segurado daquela – com valor de mercado inferior ao valor da reparação – por se tratar de um automóvel com muito pouca quilometragem e pelo qual o autor **nutria grande estima**, utilizando-o diariamente.

Na breve pesquisa que fiz sobre o tema de hoje fui interpelada pelo texto de um, Rafeale Monteiro Melo, publicado na internet com o título: **Responsabilidade civil no Direito de Família: o amor tem preço?**

Escreveu este autor brasileiro que, embora «*não sejam muitos os precedentes jurisprudenciais consagrando a tese da indemnização no Direito de Família, tradicionalmente fundamentado no afecto e nos laços parentais, sem se dar valor económico às relações de família, muda-se neste início de século o paradigma. Nesse mundo globalizado e mensurável pelo económico, passa o património moral a ter valor materializado em espécie dinheiro e, como tal, tem a jurisprudência de, seguindo os passos da doutrina, forçar o legislador a positivizar na legislação o conteúdo desse direito*».

É no seu seio da família, suporte primeiro, único e essencial de todos nós, que crescemos, recebemos afecto, aprendemos as regras, socializamos e somos preparados para entrar no mundo que nos rodeia.

A vida e a experiência nos tribunais mostram-nos que são muitos os casos em que assim não acontece. Em que existe uma omissão culposa do dever de cuidado e afecto do pai ou da mãe.

Será que a dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno ou materno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afectivo, moral e psíquico, deve ser indemnizável, tendo por base o princípio da dignidade da pessoa humana constitucionalmente consagrado (artigo 1º da Constituição). E que dizer relativamente ao abandono dos idosos, pouco «*úteis*» na sociedade actual.

Não existe dispositivo legal específico sobre o tema e esta questão tem sido pouco debatida na doutrina entre nós.

Esta possibilidade, relativamente aos filhos menores e aos idosos, não pode/deve rejeitar-se liminarmente, embora o mérito de uma tal responsabilidade civil resida, a meu ver, sobretudo na função social e pedagógica que poderia ter.

De todo o modo, será um caminho a percorrer com cuidado e reflexão, que lanço para debate, referindo com interesse para este tema a dissertação de mestrado de Ana Catarina Janeiro Fialho, de Outubro de 2014.

Ao terminar a abordagem a um tema tão desafiante como o que foi proposto pergunto se é possível julgar com Amor.

A resposta é afirmativa.

Tal como no amor, o julgamento comporta Atenção, Cuidado, Preocupação e Respeito.

Atenção na apreciação e ponderação do julgamento da matéria de facto;

Cuidado na subsunção jurídica dos factos provados ao direito aplicável a cada caso concreto;

Preocupação de encontrar na aplicação do direito uma solução que resolva efectivamente os interesses de quem procura o Tribunal como derradeiro recurso;

Respeito pelas partes, que esperam não apenas eloquentes peças jurídicas, mas uma verdadeira resolução do seu caso, que para cada uma delas é único.

Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1t83sfyz8/streaming.html?locale=pt>

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



**5. Canções do Amor
e do Trabalho**

José Eduardo Sapateiro



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

5. CANÇÕES DO AMOR E DO TRABALHO¹

José Eduardo Sapateiro*

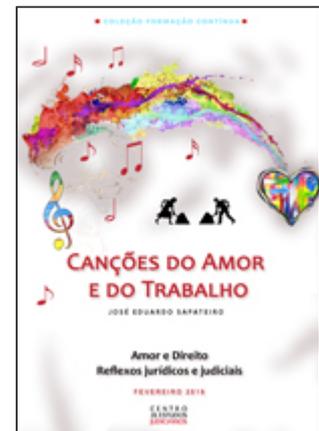
Índice

Vídeo da apresentação

O texto correspondente a esta comunicação encontra-se publicado no e-book do CEJ [Canções do Amor e do Trabalho](#), disponível neste [link](#), pelo que se optou apenas pela publicação do índice e da videogravação.

Índice

- I. APRESENTAÇÃO, HOMENAGENS E AGRADECIMENTOS
- II. HAMOR
- III. CANTO DO AMOR E DO TRABALHO
- IV. MUSIC WAS MY FIRST LOVE
- V. ALL WE NEED IS LOVE
- VI. A CANTIGA É UMA ARMA
- VII. BLACKBIRD
- VIII. A MARCHA DOS ELEFANTES (OU CORONEL HATHI'S MARCH)
- IX. CACHORRO VAGABUNDO
- X. LEÃOZINHO
- XI. A HORSE WITH NO NAME
- XII. JOÃO E MARIA
- XIII. FRIENDS
- XIV. O QUE SERÁ
- XV. FALTANDO UM PEDAÇO
- XVI. DEFINIÇÃO DO AMOR
- XVII. JÁ NÃO HÁ CANÇÕES DE AMOR
- XVIII. O MEU AMOR
- XIX. AOS AMORES
- XX. CANTIGA DO TRABALHO
- XXI. READERS DIGEST
- XXII. SOMENTE O NECESSÁRIO!
- XXIII. BOCEJO (OU UMA FÁBULA PÓS-MODERNA DA CIGARRA E DA FORMIGA)
- XXIV. AS MÃOS DOS TRABALHADORES
- XXV. ELOGIO DO ARTESÃO
- XXVI. DEUS LHE PAGUE
- XXVII. WORKING CLASS HERO
- XXVIII. MARIANA DAS SETE SAIAS



¹ O presente texto corresponde à apresentação realizada no Centro de Estudos Judiciários, em 14 de fevereiro de 2018, no âmbito da ação de formação "Amor e Direito – reflexos jurídicos e judiciais".

* Juiz Desembargador do Tribunal da Relação de Lisboa.

XXIX. AMÉLIA DOS OLHOS DOCES
XXX. BOLERO DO CORONEL SENSÍVEL QUE FEZ AMOR EM MONSANTO
XXXI. GENI E O ZEPPELIN
XXXII. FOLHETIM
XXXIII. ANA DE AMSTERDAM
XXXIV. OLHA O ROBOT
XXXV. CANTIGA DO DESEMPREGO?
XXXVI. ARRANJA-ME UM EMPREGO
XXXVII. DEAD MAN'S BOOTS
XXXVIII. PARVA QUE SOU
XXXIX. BALADA DA FIANDEIRA
XL. A VIDA É UM CORRIDINHO
XLI. VOCÊ NÃO ENTENDE NADA
XLII. O OPERÁRIO EM CONSTRUÇÃO
XLIII. MÚSICA DO TRABALHO
XLIV. COTIDIANO
XLV. A DAY IN LIFE
XLVI. DIA DE SÃO RECEBER
XLVII. WORKIN' FOR A LIVIN'
XLVIII. FOI A TRABALHAR
XLIX. OUR HOUSE
L. MONÓLOGO DO OPERÁRIO
LI. SEXTA-FEIRA (EMPREGO BOM JÁ)
LII. QUATRO COISAS QUER O AMO
LIII. AO ROMPER DA BELA AURORA
LIV. TEMPO É DINHEIRO
LV. TIME
LVI. TIME IS ON MY SIDE?
LVII. AS HORAS EXTRAORDINÁRIAS
LVIII. AVEC LE TEMPS
LIX. CASA NO CAMPO
LX. LISNAVE
LXI. AFURADA
LXII. O CARTEIRO
LXIII. A RAPARIGUINHA DO SHOPPING
LXIV. QUE FORÇA É ESSA
LXV. A ILHA
LXVI. PICA DO SETE
LXVII. NAMORO
LXVIII. EU SEI QUE EU VOU TE AMAR
LXIX. EU TE AMO
LXX. O CASAMENTO DOS PEQUENOS BURGUESES
LXXI. ESPALHEM A NOTÍCIA
LXXII. MENINO D'OIRO
LXXIII. NOTÍCIA DE JORNAL

- LXXIV. CANÇÃO DE EMBALAR
LXXV. SEGUNDO ANDAR DIREITO
LXXVI. PADRE
LXXVII. CANÇÃO PARA A MINHA FILHA ISABEL ADORMECER QUANDO TIVER MEDO DO ESCURO
(OU SOMENTE UM CONTO DE NINAR)
LXXVIII. ISN'T SHE LOVELY
LXXIX. CALÇADA DE CARRICHE
LXXX. AQUI DENTRO DE CASA
LXXXI. AS MULHERES DE ATENAS
LXXXII. WORKING GIRL
LXXXIII. FAST CAR
LXXXIV. THE BETTER HALF OF ME
LXXXV. OUR HOUSE
LXXXVI. ENGRENAGEM
LXXXVII. QUE BOM QUE É!
LXXXVIII. FÁBRICA
LXXXIX. INDUSTRIAL DISEASE
XC. SUBMISSÃO
XCI. CANTIGA SEM MANEIRAS
XCII. LUKA
XCIII. LES AMIS DE MONSIEUR
XCIV. O TANGO DOS PEQUENOS BURGUESES
XCV. O CIO DA TERRA
XCVI. OBRIGADO, PATRÃO
XCVII. MINHA EMPREGADA
XCVIII. CONSTRUÇÃO
XCIX. WRECK OF THE OLD 97
C. WRECK ON THE HIGHWAY
CI. A BANCA DO DISTINTO
CII. BIG BAD JOHN
CIII. PEDAÇO DE MIM
CIV. BARCA BELA
CV. VAI-TE EMBORA Ó PAPÃO
CVI. O PATRÃO E NÓS
CVII. O PATRÃO NOSSO DE CADA DIA
CVIII. Ó PATRÃO DÊ-ME UM CIGARRO
CIX. ARREGANHAR O DENTE
CX. BREAD AND ROSES
CXI. JOE HILL
CXII. THERE IS POWER IN A UNION
CXIII. IR E VIR
CXIV. O QUE FAZ FALTA
CXV. INQUIETAÇÃO
CXVI. VAI TRABALHAR VAGABUNDO
CXVII. CANÇÃO DOS DESPEDIDOS

CXVIII. OLD MAN
CXIX. LES VIEUX
CXX. VALSINHA
CXXI. HELLO IN THERE
CXXII. VOU-ME EMBORA, VOU PARTIR
BANDA SONORA
BIBLIOGRAFIA
VÍDEO

Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/29lecte4hg/streaming.html?locale=pt>

Título:

Amor e Direito – Reflexos jurídicos e judiciais

Ano de Publicação: 2019

ISBN: 978-989-8908-61-2

Série: Formação Contínua

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt