

Revista Portuguesa de
CIENCIA CRIMINAL

Diretor: Jorge de Figueiredo Dias | Ano 33 N.º 1 | Quadrimestral | janeiro - abril 2023

SEPARATA

Comentário ao acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 2 de fevereiro de 2022

A proteção da vítima, os crimes de violência doméstica e de violação e a procedibilidade por crimes semipúblicos ou particulares, na sequência de alteração dos factos ou da qualificação jurídica posterior à acusação por crime público

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto

Processo: 927/20.3KRPRT.P1

(...)

Sumário:

I. Com a redação do n.º 1 do artigo 152.º do Código Penal introduzida pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, veio o legislador legitimar a jurisprudência que já vinha entendendo que os maus tratos que integrem a prática de crime de violência doméstica se podiam reportar a situações de agressão (física ou psicológica) reiterada e continuada no tempo, ou a agressões únicas, mas de gravidade tal que possibilitem a afirmação de que foram praticadas por especial malvadez ou grave disfunção do agente.

II. Consequentemente, a circunstância de existir uma conduta delituosa isolada não obsta, só por si, à subsunção legal ao crime de violência doméstica: essencial é determinar se o facto ilícito excede a tutela conferida pelo tipo matriz e impõe a defesa reforçada específica desse crime.

III. Na verdade, o crime de violência doméstica tutela muito mais do que a soma dos vários ilícitos típicos que o podem preencher, dirigindo-se a condutas que, pelo seu carácter violento ou pela sua

configuração global de desrespeito pela pessoa da vítima ou de desejo de prevalência de dominação sobre a mesma, é suscetível de contextualizar uma situação de maus tratos físicos e/ou psíquicos.

IV. Na situação em apreço, as condutas em causa, no seu contexto, embora censuráveis, não atingem o patamar do mau trato físico ou psíquico pressuposto pela violência doméstica por não se patentear um domínio, uma subjugação, sobre a pessoa da vítima, sobre a sua vida e/ou sobre a sua liberdade, condenando-a a uma vivência de medo e subjugação.

V. Iniciando-se validamente o procedimento sem necessidade de queixa, vindo a questão a colocar-se apenas na sequência de alteração ocorrida na sequência da prova produzida em julgamento não renasce, em tal fase, a matéria relativa à procedibilidade do procedimento ou legitimidade do Ministério Público para a prossecução do processo — até porque a imputação criminosa inovatória não resulta de ato próprio deste, mas antes de atividade cometida ao tribunal —, pelo que o curso normal do processo apenas poderá ser impedido pelo surgimento de um obstáculo, como seja a apresentação de desistência de queixa pelo ofendido.

VI. Mesmo nos casos em que o procedimento se inicie por crime público, a ulterior imputação e responsabilização por crime de natureza semi-pública resultante da prova produzida em audiência de julgamento, dependerá necessariamente dos factos terem chegado ao conhecimento do Ministério Público dentro do prazo legal de seis meses, sob pena de, a não ser assim, se violar o princípio da igualdade relativamente a ofendidos e arguidos que, em idênticas circunstâncias mas em que o procedimento se iniciasse logo como relativo a crime semipúblico, seriam confrontados com a caducidade do direito de queixa (ofendidos) e beneficiariam do arquivamento do processo (arguidos). (...)

A) Factos provados

1. O arguido iniciou uma relação amorosa com a assistente no mês de outubro de 2019.

2. Na noite da passagem de ano de 2019 para 2020, no interior da residência da assistente, por volta das 24h00, iniciou uma relação sexual, consentida, com a assistente.

3. No decurso da relação sexual, o arguido colocou-se de joelhos por cima do corpo da assistente, agarrou-lhe os cabelos, puxou-lhos e direcionou a boca dela para o seu pénis.

4. No momento em que a assistente desviou a cara, o arguido, sem lhe largar o cabelo, colocou-lhe a mão por trás das costas, virou-a ao contrário, com força, magoando-a na cabeça e tentou penetrá-la de costas, não o conseguindo da forma pretendida.

5. Por isso, tornou a virá-la, sem que lhe largasse o cabelo.

6. Como a assistente ficou nauseada e desfaleceu momentaneamente, o arguido levou-a para a casa de banho, onde ela vomitou.

7. Nos cinco dias seguintes, a assistente manteve-se na cama.

8. Num dia indeterminado do mês de janeiro de 2020, quando jantavam num restaurante situado em..., o arguido e a assistente discutiram devido ao facto desta lhe ter dito para libertar a irmã e não ficar chateado por ela não o convidar para almoçar em casa dela aos domingos, juntamente com o pai deles.

9. No decurso dessa discussão o arguido disse-lhe: “cala-te que isso não é nada contigo. Não tens de te pronunciar”.

10. Num dia indeterminado do mês de fevereiro de 2020, à noite, quando se encontravam no salão da casa da assistente, o arguido abordou-a com a intenção de manter com ela relações sexuais.

11. A assistente consentiu e começaram ambos a despir-se tendo o arguido se colocou [*sic*], de pé, em frente a ela, em cima do sofá onde a mesma estava sentada, agarrou-a pelo cabelo, com força e segurou-se nele, puxando-lho e magoando-a.

12. A seguir, enquanto lhe puxava o cabelo, encostou-lhe os joelhos ao pescoço, com força, e tentou introduzir-lhe o pénis na boca, sem que o conseguisse fazer porque a assistente o empurrou.

13. Nesse momento, ele desequilibrou-se e tombou para trás, sem que caísse, porque se segurou no cabelo dela, onde sempre manteve as mãos, fazendo com que a cabeça da assistente tombasse para a frente e ela escorregasse do sofá e caísse ao chão, provocando-lhe dores.

14. Na altura em que a assistente estava caída no chão, o arguido calcou-lhe o seio esquerdo com o pé, provocando-lhe dores e um hematoma.

15. Numa noite indeterminada de março de 2020, o arguido insistiu com a assistente que lhe servisse whisky, ao que a ela anuiu.

16. Na altura em que a assistente falava com o filho, maior de idade, através das redes sociais, o arguido insurgiu-se para que desligasse o computador e acusou-a de dar mais atenção ao computador do que a ele.

17. Porque a assistente não o fez, o arguido abandonou a residência daquela.

18. Em dois dias não concretamente apurados do primeiro semestre de 2020, um no interior da casa da assistente e outro no interior da viatura do arguido, este disse à assistente: “AA... tu não me conheces. Tu não sabes quem eu sou. Nunca ninguém falou assim para mim”.

19. Num dia indeterminado do namoro do arguido com a assistente, o primeiro apelidou a assistente [*sic*] “burrinha”.

20. Num dia não concretamente apurado, o arguido telefonou para o indivíduo que efetuava a poda na quinta situada em..., Vila Nova de Gaia, onde a assistente se encontrava e perguntou-lhe se ela já estava na quinta e o que é que estava a fazer.

21. No dia 13 de junho de 2020, depois do jantar, quando a assistente se apercebeu de que lhe faltava a chave da casa da sua quinta, situada em..., Vila Nova de Gaia, que tinha arrendado e de que necessitava para entregar ao novo inquilino, telefonou ao arguido e pediu-lhe para a procurar no carro dele.

22. Como ele não a encontrou, a assistente pediu-lhe para ver se a chave estava num apartamento desabitado, pertencente à família dele, situado em Espinho, onde tinham estado no domingo anterior, 7 de junho de 2020.

23. Porque o arguido não lhe atendia o telefone, a assistente dirigiu-se a casa do arguido, situada em..., Vila Nova de Gaia, para o tentar convencer a acompanhá-la ao apartamento situado em Espinho.

24. Na altura em que o viu no exterior do apartamento, no momento em que ele se dirigiu ao caixote do lixo para depositar um saco, abordou-o e suplicou-lhe que a acompanhasse ao referido apartamento porque necessitava urgentemente de entregar as chaves ao inquilino.

25. A assistente ofereceu-se para o transportar na sua carrinha, até Espinho.

26. O arguido negou-lhe o pedido e disse-lhe que ela não entrava no carro dele.

27. Não obstante, o arguido acabou por aceder aos seus pedidos e dirigiu-se ao apartamento situado na cidade de Espinho, ao volante do veículo automóvel dele.

28. A assistente seguiu-o na carrinha dela.

29. Quando chegaram, o arguido e a assistente discutiram por motivo não concretamente apurado, razão pela qual o arguido se recusou [*sic*] a permiti-la entrar no apartamento e a procurar as ditas chaves.

30. A assistente disse-lhe: “Terminou aqui o relacionamento. Acabou. Devolva-me a aliança”, ao que o arguido anuiu. Mais se apurou quanto ao arguido que:

31. É... da construção civil, auferindo €500,00 de vencimento mensal.

32. Vive com o pai, em casa deste.

33. Tem um filho maior e economicamente independente.

34. Tem o 9.º ano de escolaridade como habilitações literárias.

35. É tido por familiares e amigos como uma pessoa respeitadora e pacata.

36. Não tem antecedentes criminais (...) ¹.

Anotação

Introdução

Com a presente análise, pretendemos atentar em três matérias sobre as quais o acórdão em estudo se debruça, cujo debate se nos afigura de grande premência para uma atuação eficaz do sistema de justiça no combate à violência doméstica e na proteção das suas vítimas.

De acordo com os dados divulgados pela CIG (Comissão para a Cidadania e a Igualdade de Género), relativos aos três primeiros trimestres de

¹ O aresto está disponível na íntegra em www.dgsi.pt.

2022, vinte mulheres foram assassinadas em contexto de violência doméstica. Estes números representam um aumento significativo comparativamente com o ano precedente: em 2021, na totalidade, foram mortas dezasseis mulheres, neste particular âmbito ².

Sendo inegável a evolução legislativa e formativa, nomeadamente, de forças de segurança e magistratura, nas últimas duas décadas, associada a uma atuação cada vez mais atenta, eficaz e rápida destas entidades, persistem lacunas a colmatar em vários campos, sendo que estas se detetam não tanto na lei, mas na forma como é aplicada e (não) operacionalizada.

O preenchimento do conceito de maus-tratos, patente no art. (artigo) 152.º do CP (Código Penal), tem levantado várias dúvidas, conducentes, na atualidade, a uma vasta corrente jurisprudencial que exige, para que aqueles se tenham por verificados, a reiteração dos atos (eventual pressuposto, específica e expressamente afastado pela norma em 2007) e/ou a sua intensa gravidade.

Gostaríamos de, com o presente excurso, apresentar alguns contributos para a distinção entre o crime de violência doméstica e aqueles menos graves (e não só) com que pode estabelecer concurso aparente, buscando questionar a reiteração e/ou intensidade que vêm sendo requeridas para que se tenha por lesado o bem jurídico tutelado por este tipo legal de crime.

A final, importa-nos refletir acerca da polémica conclusão de tantas decisões judiciais que se iniciam com uma denúncia, seguida de uma acusação, por violência doméstica, e que terminam em absolvição, perante condutas provadas, penalmente típicas, considerando-se problemática esta preponderância atribuída à justiça formal por oposição à material.

Antes de nos centrarmos nos dois pontos mencionados, dedicaremos uma nota inicial à questão levantada pela assistente, a propósito da prestação de declarações na presença do arguido, a que se refere o MP (Ministério Público) junto do Tribunal de 1.ª Instância.

² Comissão para a Cidadania e a Igualdade de Género, “Indicadores Estatísticos”, *Portal da Violência Doméstica*. Corroborando o número de mulheres mortas em 2021, em contexto de violência doméstica, cf. Ministério da Administração Interna, *Relatório Anual de Segurança Interna — 2021, 2022*, p. 45.

Breve nótula sobre a prestação de declarações em sede de julgamento na presença do arguido

Embora não conste das conclusões finais do recurso transcritas para o texto da decisão que analisamos ³, na sua resposta, o MP refere ter a assistente invocado o art. 20.º, n.º 2, da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro, afirmando não terem sido livres as suas declarações prestadas em sede de julgamento, visto terem ocorrido na presença do arguido, o que lhe causou receio de represálias.

Portugal tem o dever, enquanto Parte da Convenção de Istambul, nos termos do seu art. 56.º, n.º 1, de tomar medidas que protejam as vítimas durante todas as fases do processo penal ⁴. Sobre isto, o GREVIO (*Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence*), no seu relatório relativo a Portugal, destaca as falhas detetadas na forma como as vítimas são inquiridas e aconselha o incremento do uso pelos juízes da possibilidade de interrogar as vítimas durante o inquérito, evitando a repetição do testemunho e, de modo geral, convida as autoridades portuguesas a melhor empregarem as medidas de proteção contra a vitimação secundária e revitimação durante o processo penal ⁵.

A Diretiva 2012/29/UE, centrada exclusivamente nos direitos das vítimas de crime, atribui grande relevância ao direito à proteção. O art. 19.º, mormente, estabelece expressamente um direito geral “à inexistência de contactos entre a vítima e o autor do crime”. Paralelamente, o art. 22.º exige que seja realizada uma avaliação individual de todas as vítimas de crime para que, se existirem específicas necessidades de proteção, estas sejam diagnosticadas e, nesse caso, se estabeleçam as medidas especiais de proteção a aplicar, fixando o n.º 3 do preceito que para este efeito releva estarem em causa vítimas de “violência baseada no género, violência em relações de intimidade,

³ Reitera-se a possibilidade de consulta do acórdão em www.dgsi.pt.

⁴ Nomeadamente, de acordo com a al. g) da norma, “(...) assegurando que o contacto entre as vítimas e os autores das infrações no interior dos tribunais e das instalações dos organismos responsáveis pela aplicação da lei seja evitado quando possível; (...)”.

⁵ Ver GREVIO, *Baseline Evaluation Report — Portugal*, 2019, p. 62.

violência sexual”, pela sua vulnerabilidade. O art. 23.º, n.º 3 fixa as ditas medidas de que as vítimas com específicas necessidades de proteção devem beneficiar durante o processo penal, nomeadamente, nas suas alíneas *a)* e *b)*, aquelas que permitem evitar o contacto visual entre as vítimas e os autores do crime através do recurso a tecnologias de comunicação.

A Lei n.º 130/2015, de 4 de setembro, que veio consagrar o Estatuto da Vítima” e transpor esta Diretiva, fixou no seu art. 15.º, n.º 2, o direito de todas as vítimas de crime à evitação de contactos com o arguido. Quanto às que veio designar como “vítimas especialmente vulneráveis, o art. 20.º estabeleceu que, após a avaliação individual, se pode atribuir este estatuto. Por sua vez, o art. 21.º, n.º 1 refere que “Deve ser feita uma avaliação individual das vítimas especialmente vulneráveis, a fim de determinar *se* ⁶ devem beneficiar de medidas especiais de proteção”. Ora, critique-se, desde já, esta opção, visto que, o que a Diretiva exige é que todas as vítimas sejam avaliadas e que àquelas que tenham necessidades específicas de proteção, se apliquem medidas especiais — citando o art. 23.º, n.º 3: “As vítimas com necessidades específicas de proteção identificadas nos termos do art. 22.º, n.º 1 *devem* ⁷ beneficiar das seguintes medidas durante o processo penal (...)”.

Uma dessas medidas, que se encontra transposta no art. 21.º, n.º 2, al. *c)*, da Lei n.º 130/2015, visa “(...) evitar o contacto visual entre as vítimas e os arguidos, nomeadamente durante a prestação de depoimento, através do recurso a meios tecnológicos adequados (...)”. O art. 23.º, n.º 1 fixa, nesse sentido, os termos em que se deve recorrer à videoconferência ou teleconferência quando as vítimas especialmente vulneráveis devam prestar declarações, fazendo depender o seu uso do requerimento das vítimas ou de iniciativa oficiosa do MP ou do juiz. Note-se, porém, que a Diretiva prevê, claramente, também no art. 23.º, que “os Estados-membros devem assegurar” a aplicação de medidas de proteção às vítimas a quem tenham sido diagnosticadas necessidades específicas de proteção. Por isto,

⁶ Itálico nosso.

⁷ Itálico nosso.

apesar do que parece resultar de preceitos como o art. 23.º da nossa lei, o ónus de proteger a vítima não pode ficar entregue à própria ou a quem possa advogar por ela, pertencendo sim às autoridades que dirigem o processo, consoante a fase em que se encontre, que devem atuar em função do resultado da avaliação das necessidades de proteção. Isto parece decorrer, inclusivamente, da premissa de que parte o art. 21.º, n.º 1, do Estatuto da Vítima, sendo esta contradição manifestação clara da falta de coesão e clareza desta lei⁸. Trata-se, também, da única solução que resulta de uma interpretação do preceito conforme ao Direito da União Europeia⁹. Pouca valia teria um direito que as entidades estaduais não tivessem a obrigação de implementar.

Quanto à possibilidade de se aplicar ou não medidas de proteção às “vítimas especialmente vulneráveis” — ao invés do dever de o fazer — criada pela lei portuguesa e já censurada, veja-se que, no caso, a escolha não poderia suscitar dúvidas. Na transposição para o ordenamento jurídico português fixou-se, através do art. 67.º-A, n.º 1, al. b), e n.º 3 que remete para o art. 1.º, al. j), ambos do CPP, que as vítimas de violência doméstica são sempre vítimas especialmente vulneráveis, pelo que tal “estatuto” da assistente nunca seria questionável. Estando em causa uma vítima de violência ocorrida na intimidade, ademais, de violência sexual, necessariamente, em sede de avaliação individual, ter-se-ia concluído pela premência de a proteger, nomeadamente, permitindo-lhe prestar declarações sem estar na

⁸ Foi instaurado um procedimento de infração pela Comissão Europeia, com início em julho de 2019, a um conjunto de Estados-membros, que abrangia Portugal, porque “(...) não aplicaram várias disposições da referida diretiva, como o direito das vítimas serem informadas sobre os seus direitos e sobre o processo, ou o direito de apoio e proteção”. — cf. *Pacote de procedimentos de infração de julho: principais decisões*, 2019. Sobre o incumprimento das exigências da Diretiva aquando da sua transposição para a lei nacional, cf. Associação Portuguesa de Apoio à Vítima, *Posição da APAV relativa à Lei n.º 130/2015, de 4 de Setembro, que procede à 23.ª alteração ao Código de Processo Penal e aprova o Estatuto da Vítima*, 2015.

⁹ Os princípios do primado e da interpretação conforme são fruto de construção jurisprudencial — vejam-se, respetiva e paradigmaticamente, os acs. (acórdãos) do Tribunal de Justiça da União Europeia *Costa/ENEL* e *Marleasing*.

presença do arguido. De todo modo, a incumbência de fazer operar medidas de proteção sempre decorreria “(...) [d]a obrigação de os tribunais nacionais interpretarem a lei nacional de transposição de uma diretiva à luz do seu texto e finalidade (...)” ¹⁰.

Da norma invocada pela assistente — o art. 20.º, n.º 2, da Lei n.º 112/2009 — consta que “O contacto entre vítimas e arguidos em todos os locais que impliquem a presença em diligências conjuntas, nomeadamente nos edifícios dos tribunais, deve ser evitado, sem prejuízo da aplicação das regras processuais estabelecidas no Código de Processo Penal” ¹¹ ¹². Este direito passou a assistir a todas as vítimas de crime, por força do art. 15.º, n.º 2, do Estatuto da Vítima, como vimos ¹³.

Da fórmula “(...) sem prejuízo da aplicação das regras estabelecidas no Código de Processo Penal” poderá retirar-se, simplesmente, como fez o MP afeto ao tribunal de 1.ª Instância, que a ofendida tinha de requerer o afastamento, não sendo este decretado oficiosamente pelo juiz, na fase do julgamento, para ver as suas necessidades de proteção acauteladas? Ou, lendo-a à luz das normas da União Europeia ¹⁴, dela deve concluir-se que a obrigação das entidades estaduais

¹⁰ SOFIA PAIS, «Algumas reflexões sobre o princípio da interpretação conforme no contexto da “transposição judicial” das directivas», *Separata da RFDUP*, Ano VII, 2010 (especial), p. 506 e s.

¹¹ A assistente terá invocado, igualmente, o art. 352.º, n.º 1, al. a), do CPP. Porém, ante a *ratio* desta previsão no sentido de preservar a integridade da prova e não tanto de proteger a testemunha de vitimação secundária ou de retaliações, centrámo-nos nas restantes normas. Diga-se, ainda assim, que a referida al. a) manterá sempre uma relação imbricada com a proteção da pessoa declarante e que, na situação analisada, poderia, também, constituir fundamento para o afastamento do arguido da sala de audiência.

¹² Atente-se, também, nos arts. 20.º, n.º 3, 22.º, n.º 1 e 32.º da Lei n.º 112/2009.

¹³ Assim como o previsto no art. 22.º, n.º 1, que passou a constar também do art. 17.º, n.º 1, do Estatuto.

¹⁴ Os arts. 20.º, n.º 2, da Lei n.º 112/2009 e 15.º do Estatuto da Vítima surgem na sequência de atos jurídicos da União Europeia: o primeiro da Decisão-Quadro do Conselho de 15 de Março de 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal, de cujo art. 8.º, n.º 3 consta que “Cada Estado-Membro garante igualmente que o contacto entre vítimas e arguidos nos edifícios dos tribunais pode ser evitado, a não ser que o processo penal o imponha” e o segundo, conforme foi referido, da Diretiva

de evitar contactos só cede se as normas do processo penal assim o impuserem? Parece-nos ter de prevalecer a segunda alternativa.

Então, por força dos preceitos específicos relativos às “vítimas especialmente vulneráveis” ou do regime geral de evitação de contactos entre vítima e autor do crime — devendo os primeiros prevalecer — diremos que cumpria ao MP ou ao juiz ter atuado de forma a proteger a vítima, sendo que, não se viabilizando a prestação de depoimento à distância, o afastamento do arguido da sala de audiência deveria ter sido providenciado, ainda que não requerido pela assistente, exceto se alguma norma do CPP o impedisse ¹⁵.

Parte das dificuldades associadas à denúncia de violência doméstica, obtenção de prova e condenação por estes crimes, decorre de as vítimas não confiarem no sistema de justiça e o recearem. Assim, o combate à violência doméstica e sexual passará, necessariamente, pela salvaguarda dos direitos das vítimas no âmbito do processo penal.

Crime de violência doméstica?

Em face dos factos que resultaram provados, cabe-nos agora ponderar o seu eventual enquadramento jurídico-penal no âmbito do crime de violência doméstica, previsto no art. 152.º do CP ¹⁶.

2012/29/UE, mais concretamente do seu art. 19.º, que estabelece que “Os Estados-Membros devem determinar as condições necessárias para permitir evitar contactos entre as vítimas, e, se necessário, os seus familiares, e o autor do crime nas instalações em que decorre o processo penal, a não ser que o processo penal o exija”.

¹⁵ Note-se que, idealmente, a vítima teria sido inquirida em sede de declarações para memória futura, nos termos do art. 33.º da Lei n.º 112/2009 e do art. 24.º da Lei n.º 130/2015, sendo que só deveria repetir o depoimento em sede de audiência se tal fosse “indispensável à descoberta da verdade” e não pusesse “em causa a saúde física ou psíquica” da assistente, nos termos do n.º 6 do art. 24.º do Estatuto da Vítima. Sobre a importância de viabilizar as declarações para memória futura, nomeadamente, em processos por violência doméstica, *vide* os recentes acs. do TRL de 23-09-2021 (proc. n.º 141/21.0SXLBSB-A.L1-9) e de 25-01-2022 (proc. n.º 1064/21.9PBOER-A.L1-5). Todas as decisões judiciais mencionadas no presente comentário podem ser consultadas em www.dgsi.pt.

¹⁶ Gostaríamos de salientar, neste ponto, que muitas condutas violentas — alerte-se para a extensão e severidade do conjunto de “Factos não provados”, passíveis de

consulta em www.dgsi.pt — foram tidas como não provadas pelo tribunal *a quo* com fundamentos que nos levantam dúvidas e suscitam críticas. Acompanhando a “Motivação” apresentada pelo órgão jurisdicional, deparamo-nos, por exemplo, com o seguinte argumento: “O relato da assistente, que foi sempre muito emocionado, afigurou-se-nos igualmente muito vago, confuso e contraditório, apresentando notórias dificuldades em localizar no espaço e no tempo cada uma das situações que ia descrevendo, o que não se mostra compreensível já que a relação de namoro em análise não durou mais do que nove meses. Por outro lado, ao longo do seu discurso, a assistente recorreu muitas vezes a conceitos genéricos e interpretações que fazia sobre acontecimentos, demonstrando grande dificuldade em contextualizar as discussões ou outras ocorrências, e em explicar, com recurso a situações reais e concretas, as razões dos seus sentimentos, que ia descrevendo, com maior cuidado. Quando chamada a concretizar tais conceitos e a explicar a gênese de tais sentimentos, a assistente apresentou sempre muita dificuldade em fazê-lo de modo adequado e admissível à luz das regras de experiência comum. Do seu relato retivemos ainda a notória animosidade que tem relativamente ao arguido, bem como uma certa atitude revanchista, estando constantemente a verbalizar a alegada maldade e boçalidade do mesmo”. Primeiramente, refira-se que dos “Factos não provados” podemos retirar que a generalidade das agressões denunciadas pela assistente está localizada temporal e localmente: basta olhar-se às alíneas *c)*, *e)* e *f)* do dito segmento para verificar que os atos descritos remontam a específicos meses do ano de 2019 e terão ocorrido na casa da vítima. Por outro lado, na busca pela verdade material, usando das regras da experiência comum, ter-se-á de interpretar o relato da testemunha, neste caso vítima, em face do contexto em que o presta. Ora, uma mulher que tem de descrever os maus-tratos que sofreu, o que implica que verbalize e retrate atos sexuais a que foi forçada e insultos que lhe foram dirigidos pelo companheiro, particularmente numa sala de audiências, na presença de várias autoridades e inclusivamente do arguido, dificilmente não apresentará um discurso emotivo, confuso e vago. A favor do afastamento de certos factos tidos por genéricos do rol dos factos provados, muito se tem escrito na jurisprudência nacional — cf., nomeadamente, acs. do TRP de 25-11-2020 (proc. n.º 98/20.5GCOVR.P1) e de 22-09-2021 (proc. n.º 1025/18.5PBMAL.P1). Porém, surgem, igualmente, decisões que refutam os argumentos dessa corrente — por exemplo, cf. acs. do TRL de 16-12-2020 (proc. n.º 675/18.4PCLRS.L1-3) e do TRP de 16-03-2022, (proc. n.º 613/20.4PDVNG.P1). Finalmente, esperar de uma vítima de violência doméstica que não sinta animosidade para com o arguido parece pôr em causa a sua humanidade e pretender que aquela apresente características mais próximas da santidade. A idealização das vítimas de violência doméstica e de violência sexual é frequentemente observável na jurisprudência nacional e traduz-se, nomeadamente, na exigência de que a vítima, para ser credível, seja sempre coerente, sempre submissa (quer emocional, quer economicamente) e nunca reaja às agressões de que é alvo. As apreciações do tribunal *a quo* são perfeitos exemplos desta prática: descredibiliza os relatos da vítima não só com base no que transcrevemos, mas também numa troca de mensagens com os filhos do arguido em que o insulta (“provocador”, “brutamontes”, “mal-educado”, “pesoa “com falta de higiene”, “trafulha”, “falso”, etc.). Sobre isto, ver MADALENA DUARTE,

Aquando desta tarefa, o tribunal *a quo* refere que “O bem jurídico tutelado por esta incriminação é plural e complexo, visando essencialmente a defesa da integridade pessoal (física e psicológica) e a proteção da dignidade humana no âmbito de uma particular relação interpessoal”.

Quanto ao bem jurídico tutelado pelo tipo legal, a doutrina divide-se, nomeadamente, entre a saúde, abrangendo a saúde física e psíquica, posição apoiada paradigmaticamente por TAIPA DE CARVALHO¹⁷, e que sufragamos, a integridade física e psíquica, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual e a honra¹⁸ e o livre desenvolvimento

“O lugar do Direito nas políticas contra a violência doméstica”, *Ex æquo*, n.º 25, 2012, pp. 59-73, concretamente acerca de “uma tipologia aplicada às vítimas”, pp. 67-70 e INÊS FERREIRA LEITE, “Sensibilidade & Bom Senso: Um (breve) percurso interpretativo do tipo legal da violência doméstica à luz do seu tipo social e das abordagens judiciais”, *in*: Rui Cardoso *et al.* (org.), *Violência doméstica e de género e mutilação genital feminina*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019, pp. 11-46, especificamente sobre os vários fatores geradores de imparidade entre agressores e vítimas, pp. 14-21. Acrescente-se, finalmente, que a vingança como motivação comum de denúncias falsas por violência doméstica surge a par de outros estereótipos, como modo de a magistratura, em certos casos, distinguir a vítima “verdadeira” ou “simulada” — cf. CONCEIÇÃO GOMES *et al.*, *Violência doméstica: estudo avaliativo das decisões judiciais*, Lisboa: Comissão para a Cidadania e a Igualdade de Género, 2016, pp. 154-156.

¹⁷ AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, “Artigo 152.º (Violência Doméstica)”, *in*: Jorge de Figueiredo Dias (org.), *Comentário Conimbricense do Código Penal — Parte Especial*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 512. Em sentido mais ou menos coincidente, pronunciam-se, entre outros, RICARDO BRAGANÇA DE MATOS, “Dos maus tratos a cônjuge à violência doméstica: um passo na tutela da vítima”, *RMP*, 107, 2006, pp. 102 e 103, FERNANDO SILVA, *Direito Penal Especial — Os crimes contra as pessoas*, 3.ª ed., Lisboa: Quid Juris, 2011, p. 306, JORGE DOS REIS BRAVO, “A actuação do Ministério Público no âmbito da violência doméstica”, *RMP*, 102, 2005, p. 66, PLÁCIDO CONDE FERNANDES, “Violência Doméstica — Novo quadro penal e processual penal”, *RCEJ*, n.º 8, 2008, pp. 304 e 305 e NUNO BRANDÃO, “A tutela penal especial reforçada da violência doméstica”, *Julgar*, n.º 12, 2010, p. 15 e s. e INÊS FERREIRA LEITE, “Violência doméstica e concurso de crimes: delimitação à luz do conceito de unidade normativo-social”, *in*: Catarina Abegão Alves *et al.* (org.), *Prof. Doutor Augusto Silva Dias In Memoriam*, vol. II, Lisboa: AAFDL, 2022, p. 54. ELISABETE FERREIRA, referindo-se à saúde, será nomeada *infra*, pela especificidade que entendemos ter a sua posição.

¹⁸ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “Artigo 152.º — Violência Doméstica”, *in*: *Comentário do Código Penal — à luz da Constituição da República e da Convenção*

da personalidade ¹⁹, sendo estabelecida, por regra, pelos autores, uma relação entre a tutela concedida por este tipo legal e a proteção da dignidade humana.

Nada tendo a apontar quanto à ideia de que o art. 152.º visa garantir o respeito pelo princípio da dignidade humana, como aliás parece ser maioritariamente defendido pela doutrina ²⁰, já a eleição deste preceito fundamental — em que assenta toda a ordem jurídica e que, como tal, é inerentemente protegido por vários tipos legais de crime — a bem jurídico principal ²¹, levanta-nos dúvidas. Devendo os bens jurídicos ser concretizações de valores constitucionais, para se poder “afirmar que “preexiste(m)” ao ordenamento jurídico-penal” ²², poderão com eles ser confundidos? ²³ A aceitar-se que este princípio fosse entendido como bem jurídico, não deveria ser ponderado apenas no caso de crimes que tipifiquem condutas consideradas, genericamente, desumanas? ^{24 25}

Europeia dos Direitos do Homem, 4.ª ed. atualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021, p. 642.

¹⁹ ANDRÉ LAMAS LEITE, “A violência relacional íntima: reflexões cruzadas entre o Direito Penal e a Criminologia”, *Julgar*, n.º 12, 2010, p. 49 e PEDRO GARCIA MARGUES, “Ora, trabalha, sofre e cala... ou não — Breve reflexão sobre a relevância da violência doméstica e dos maus tratos na compreensão da legítima defesa”, *Direito e Justiça — Estudos em homenagem ao Professor Doutor Nuno Espinosa Gomes da Silva*, vol. II, 2013, p. 327.

²⁰ AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, “Artigo 152.º...”, *cit.*, p. 512, RICARDO BRANÇANÇA DE MATOS, *op. cit.*, pp. 102 e 103, FERNANDO SILVA, *op. cit.*, p. 306 e ANDRÉ LAMAS LEITE, “A violência relacional...”, *cit.*, p. 49 e s.

²¹ Como faz AUGUSTO SILVA DIAS, *Crimes contra a vida e a integridade física*, 2.ª ed., reimpressão, Lisboa: AAFDL, 2021, p. 111.

²² JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal — Parte Geral — Questões Fundamentais — A Doutrina Geral do Crime*, Tomo I, 3.ª ed., Coimbra: Gestlegal, 2019, p. 136 e s.

²³ Respondendo negativamente a esta questão, concretamente quanto à dignidade humana, *vide* NUNO BRANDÃO, *op. cit.*, p. 14 e INÊS FERREIRA LEITE, “Sensibilidade & Bom Senso...”, *cit.*, p.14, nota de rodapé n.º 35.

²⁴ Assim, NUNO BRANDÃO, *op. cit.*, p. 14.

²⁵ Como o de escravidão, previsto no art. 159.º do CP e punido com pena de prisão de cinco a quinze anos. A pena prevista no art. 152.º é drasticamente inferior, indicando que o legislador não pretendeu limitar o seu âmbito de aplicação a condutas de tão extrema gravidade.

Outras questões prendem-se com o resultado que parece advir da referência à dignidade humana, não só como bem jurídico do crime de violência doméstica, mas também enquanto princípio que a tutela providenciada pelo art. 152.º reflete: a formulação de um requisito de intensidade relativo às condutas típicas deste crime. Será de impor a estes atos que lesem “(...) o âmago da dignidade da pessoa ou o livre desenvolvimento da sua personalidade (...)” e que só se afirme a violência doméstica quando o agressor tenha procurado “(...) reduzir a vítima a uma mera “coisa””?²⁶ Defender que o bem jurídico do crime concretiza direitos constitucionais, que emanam do princípio da dignidade humana, implica que “A degradação, centrada na pessoa do ofendido, desses valores jurídico-constitucionais (...)” seja “(...) a pergunta operatória no *distinguo* entre o crime de violência doméstica e todos os outros que, por via do até aqui designado “concurso legal”, com ele se relacionam”?²⁷ Não nos parece.

A decisão em análise — quer o entendimento defendido pela 1.ª instância, quer pelo TRP — vem aliar-se a vasta jurisprudência em que é notória uma interpretação especialmente restritiva do elemento objetivo do art. 152.º, traduzida na imposição de que os atos típicos evidenciem “um estado de degradação, enfraquecimento ou aviltamento da dignidade pessoal”²⁸, constituindo os maus-tratos “tratamento cruel, degradante ou desumano da vítima”²⁹.

O pressuposto da “intensidade”, decorrendo de certas análises que têm sido feitas quanto ao bem jurídico atribuído ao tipo legal de

²⁶ FRANCISCO MOREIRA DAS NEVES, “Violência doméstica — Bem jurídico e boas práticas”, *RCEJ*, n.º 13, 2010, p. 55, que menciona a integridade pessoal como bem jurídico do crime.

²⁷ ANDRÉ LAMAS LEITE, “A violência relacional...”, *cit.*, p. 50.

²⁸ Retirada do ac. (acórdão) do TRP de 28-09-2011 (proc. n.º 170/10.0GAVLC.P1), esta frase pode ser encontrada em vários acs. posteriores que perfilam o mesmo posicionamento, tais como os do TRG de 02-11-2015 (proc. n.º 77/14.1TAAVV.G1) e do TRP de 13-06-2018 (proc. n.º 189/17.0GCOVR.P1), de 27-06-2018 (proc. n.º 82/17.6GAALB.P1), de 13-11-2019 (proc. n.º 109/19.7GAARC.P1) e de 08-09-2020 (proc. n.º 672/19.2GBAMT.P1).

²⁹ Cf. acs. do TRC de 17-01-2018 (proc. n.º 204/10.8GASRE.C1) e de 07-02-2018 (proc. n.º 663/16.5 PBCTB.C1) e do TRP de 08-07-2015 (proc. n.º 1133/13.9PHMTS.P1), de 27-06-2018 (proc. n.º 82/17.6GAALB.P1) e de 02-02-2022, aqui comentado.

crime, afirmou-se, igualmente e particularmente, após a reforma penal de 2007 (que tornou claro que uma única conduta maltratante já podia conduzir ao preenchimento do tipo), como alternativa à verificação da reiteração das condutas. Esta interpretação vingou na doutrina ³⁰ e na jurisprudência, enfatizando-se em muitas decisões judiciais que todas as condutas teriam “de ser particularmente graves, quer porque constantes ou reiteradas, traduzindo um padrão comportamental, quer porque particularmente intensas ou desvaliosas, prescindindo-se então dessa reiteração” ³¹.

Acontece que a jurisprudência se tem também referido à intensidade não apenas como requisito associado à conduta isolada, mas a todas as ações ou omissões típicas. Diz-nos o ac. do TRC de 17-01-2018 que “Os factos praticados, isolados ou reiterados, integrarão este tipo legal de crime se (...) transmitirem este quadro de degradação da dignidade (...)” ³².

O tribunal *a quo*, tendo descredibilizado a maioria das imputações por que a assistente responsabilizou o arguido ³³, considera que os factos que se lograram provar não constituem agressões sexuais. Esta instância reconhece a violência dos factos, mas questiona que tenha existido falta de consentimento da assistente para a sua prática, desconsiderando que os gestos agressivos empregues pelo arguido são claras formas de, violentamente, submeter alguém à prática de atos sexuais.

³⁰ AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, “Artigo 152.º...”, *cit.*, pp. 517-520 e partilhando, parcialmente, da sua posição, AUGUSTO SILVA DIAS, *op. cit.*, p. 111, nota n.º 2, PLÁCIDO CONDE FERNANDES, *op. cit.*, p. 307, FRANCISCO MOREIRA DAS NEVES, *op. cit.*, p. 55, ANDRÉ LAMAS LEITE, “A violência relacional...”, *cit.*, p. 45, NUNO BRANDÃO, *op. cit.*, p. 22, FERNANDO SILVA, *op. cit.*, p. 303 e, aparentemente, pela jurisprudência que refere, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 644.

³¹ Esta menção é feita pela decisão da 1.ª instância que deu origem ao ac. em análise e também, a título de exemplo, nos acs. do TRP de 09-01-2013 (proc. n.º 31/09.5GCVLP.P1) e de 27-06-2018 (proc. n.º 82/17.6GAALB.P1) e do TRG de 02-11-2015 (proc. n.º 77/14.1TAAVV.G1).

³² O ac. referido (proc. n.º 204/10.8GASRE.C1) é citado pela decisão da 1.ª instância cujo recurso se julga no ac. que comentamos, assim como, a título exemplificativo, nos acs. do TRC de 07-02-2018 (proc. n.º 663/16.5 PBCTB.C1) e de 18-05-2022 (proc. n.º 924/19.1PBLRA.C1).

³³ Cf. nota de rodapé n.º 16, *supra*.

Confrontada com a inquirição quanto ao modo como se opôs aos atos sexuais e como o arguido a obrigava àqueles, parece a vítima, genericamente, ter referido que apesar de não os querer praticar, acabava por aquiescer. Porém, resulta dos factos provados, designadamente, que, numa primeira ocasião, a assistente foi fisicamente manipulada de modo a colocar a boca no pénis do agressor — tendo desviado a cara — e a ser penetrada “de costas”, acabando por desfalecer e, numa segunda situação, perante nova tentativa de, agressivamente, ser forçada a praticar sexo oral, empurrou o arguido. Não é deixada margem para se entender que deu a sua anuência aos atos, apesar de não os querer. Ainda assim, é esse o entendimento que o tribunal *a quo* manifesta, concluindo, por isso, que os factos não revelam “(...) a gravidade, o desprezo, a humilhação, [*sic*] e a especial desconsideração pela vítima, nem implicam um quadro de degradação da dignidade da assistente (...)” ou são suficientes para que se pudesse afirmar “(...) que o comportamento do arguido assentava numa posição de domínio e controlo sobre a assistente”.

Já o tribunal de recurso, afirmou: “Com efeito, percorrendo a factualidade provada nos pontos 2 a 7 e 10 a 14 é perfeitamente claro que os descritos relacionamentos sexuais começam por ser consensuais mas comportaram a tentativa de actos — essencialmente sexo oral — que a ofendida rejeitou e que o arguido tentou obter pela força”.

Porém, o TRP prossegue, dizendo que os factos não atingem “(...) a gravidade/danosidade que a densificação normativa pressupõe”. O tribunal de recurso vem corroborar, então, parcialmente, a posição da 1.^a Instância, pugnando pela necessária verificação de reiteração dos atos típicos ou sua “(...) gravidade tal, que possibilitem a afirmação de que foram praticados por especial malvadez ou grave disfunção do agente (...)”.

Refere também, nesta sequência, como elemento fundamental à distinção entre o crime de violência doméstica e aqueles que lhe subjazem, a existência de uma relação de domínio, concluindo pela inexistência de tal subjugação com base, nomeadamente, nos “moldes como a ofendida se referia (pejorativamente) ao arguido”³⁴.

³⁴ Já o MP afeto ao TRP entende “(...) que, mesmo sem qualquer alteração da matéria de facto provada (...) é patente a consumação deste crime [de violência

ELISABETE FERREIRA pronunciou-se já quanto ao “pseudo pressuposto da intensidade”: a “criação” deste requisito “(...) potencia o surgimento de interpretações tão diversas quantos os intérpretes em contacto com a norma e com a situação concreta, comportando o risco de violação do princípio da igualdade de tratamento” e do princípio da legalidade penal^{35 36}. A autora entende que a interpretação do art. 152.º deve ser literal, distinguindo-se os atos típicos isolados a integrar nesta norma dos atos subjacentes aos crimes comuns, não necessariamente em função da “gravidade intrínseca da conduta praticada”, mas da verificação a fazer caso a caso da lesão do bem jurídico que defende ser tutelado pelo crime, particularmente, a título secundário: “(...) a convivência familiar, para-familiar ou doméstica, uma confiança relacional”³⁷. Rejeita, igualmente, uma aparente “(...) assunção de que o tipo legal de violência doméstica para se ter por preenchido, não se compadece com a satisfação dos requisitos gerais do dolo, mas antes, exige a verificação de um elemento intencional acessório ou complementar, próximo daquele a que o tipo legal do artigo 153.º do CP de 1982 fazia referência expressa e que tão criticado foi, à época — a malvadez ou egoísmo”³⁸.

doméstica], ainda que baseada nos dois referidos episódios, ou, no mínimo, daqueles que, numa visão fragmentada da atuação do arguido ofenderam o corpo e a liberdade da assistente, inclusive o de coação sexual ou mesmo o de violação, p. e p. pelos artigos 163.º e 164.º do CP, respetivamente, cuja consideração poderá obrigar ao reenvio do processo para a 1.ª instância, nos termos do art. 426.º do CPP para eventual cumprimento dos procedimentos previstos nos artigos 358.º e/ou 359.º do CPP”.

³⁵ ELISABETE FERREIRA, “Crítica ao pseudo pressuposto da intensidade no tipo legal de violência doméstica (Comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15 de janeiro de 2013, proferido no âmbito do processo n.º 1354/10.6TDL5B.L1-5)”, *Julgar online*, 2017, p. 6.

³⁶ Corroborando esta crítica, veja-se o ac. do TRP de 15-01-2020 (proc. n.º 420/17.1PAVLG.P1).

³⁷ ELISABETE FERREIRA, *op. cit.*, p. 13.

³⁸ *Ibidem*, p. 13. A título de exemplos de decisões que referem o “desejo de dominação ou abaixamento”, olhe-se aos acs. do TRP de 08-07-2015 (proc. n.º 1133/13.9PHMTS.P1), de 13-06-2018 (proc. n.º 189/17.0GCOVR.P1), de 22-09-2021 (proc. n.º 1025/18.5PBMAL.P1) e de 30-03-2022 (proc. n.º 50/20.0PBVLG-A.P1) e do TRG de 15-10-2012 (proc. n.º 639/08.6GBFLG.G1); exigindo “crueldade,

INÊS FERREIRA LEITE refere que a reiteração é “(...) elemento intrínseco do tipo social e mero elemento possível do tipo legal do crime de violência doméstica”³⁹. Entende, por isso, que, encontrando-se provada uma só conduta maltratante, ainda que não muito grave, pode haver preenchimento do elemento objetivo típico, caso se demonstre “(...) o tal ambiente global de intimidação, menorização, subalternização, a partir de um contexto de imparidade e dependência, que caracterizam o tipo social da violência doméstica”⁴⁰. A autora critica igualmente a jurisprudência “(...) que exigia uma enorme intensidade do evento agressivo — quando não ficava demonstrada a reiteração (...) — para o preenchimento do tipo legal da violência doméstica”, como resultado do desconhecimento do julgador “(...) do guião comum das “estórias de amor” que dão origem às estórias de terror (...)”⁴¹.

Da letra do art. 152.º do CP retira-se que maus-tratos físicos ou psíquicos, que incluem castigos corporais, privações da liberdade, ofensas sexuais ou impedir o acesso ou fruição aos recursos económicos e patrimoniais próprios ou comuns, reiterados ou não, dirigidos às pessoas com quem o agente mantenha ou tenha mantido as especificadas relações, preenchem o tipo legal. Ou seja, à partida, basta que as “ofensas sexuais” sejam contra a namorada, como na situação em apreço, ou que ofensas à integridade física aparentemente isoladas sejam perpetradas pelo marido contra a mulher, para que constituam violência doméstica.

Poderá, porém, a isto objetar-se com a paralela previsão na lei penal de crimes qualificados por certas relações de proximidade entre agente

desprezo, vingança, ou especial desejo de humilhar a vítima”, mormente, os acs. do TRP de 22-04-2020 (proc. n.º 11/19.2GBAND.P1) e de 07-07-2021 (proc. n.º 2739/19.8T9VFR.P1). O ac. em análise refere-se até a um pretense pressuposto “inovador”, exigindo alternativamente o dito dolo de malvez ou uma “grave disfunção do agente”, levantando esta expressão uma série de novas dúvidas. Estamos a falar de uma patologia que pudesse conduzir à atenuação da culpa ou mesmo à sua exclusão, por inimputabilidade do agente? De facto, tal asserção pouca ligação parece apresentar com o conteúdo da norma.

³⁹ INÊS FERREIRA LEITE, “Sensibilidade & Bom Senso...”, *cit.*, p. 10.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 11.

⁴¹ *Ibidem*, p. 12.

e vítima (veja-se o crime de ofensa à integridade física qualificada, nos termos do art. 145.º e 132.º, n.º 2, do CP), sugerindo dever existir uma distinção entre esses casos e os de violência doméstica.

Inferindo do conceito de maus-tratos uma intenção do legislador de criminalizar concretamente a fenomenologia social tida por violência doméstica, pensamos que a dita diferenciação, existindo dúvidas, pode ser procurada na gravidade material ou reiteração das condutas provadas — que, no caso, nos parecem estar patentes, desde logo, nos dois episódios de agressões sexuais. Porém, estes não são os únicos fatores que apontam a existência de violência doméstica. Importante poderá ser, nomeadamente, indagar da existência de um ambiente hostil e de opressão da vítima ⁴², assim como, analisar a agressão enquanto eventual rutura dos laços de solidariedade cuja existência é expectável entre as pessoas mencionadas na norma ⁴³. Nesta senda, note-se que o contexto específico em que ocorre um facto típico (por exemplo, se tem lugar num sítio público, em frente de estranhos, amigos, familiares, perante filhos do casal, ou em ocasiões de maior vulnerabilidade da vítima — por exemplo, se esta está grávida) será de ponderar também para aferição do seu impacto.

Recuperando a referência do TRP à não subjugação da assistente, diga-se que, efetivamente, a relação de domínio ⁴⁴, a imparidade ⁴⁵,

⁴² Não confundível, como melhor explanaremos, com a “coisificação” extrema, auxiliar interpretativo do conceito de maus-tratos, que criticámos *supra*.

⁴³ Laços esses que, frequentemente, importará respeitar, mesmo em relações pretéritas. Não pendendo para a eleição da confiança relacional a bem jurídico, até por temermos que passasse a constituir um novo entrave à condenação nos termos do art. 152.º do CP, parece-nos que a sua lesão deverá ser considerada aquando da apreciação do impacto das condutas, para sua integração no conceito de maus-tratos.

⁴⁴ Note-se a caracterização que PEDRO GARCIA MARQUES (*op. cit.*, pp. 319-374) faz da “forma de agressão específica da violência doméstica” enquanto “situação existencial de domínio”.

⁴⁵ Focando a imparidade, cf. INÊS FERREIRA LEITE, “Sensibilidade & Bom Senso...”, *cit.*, nomeadamente, na p. 11: “Entendo que apenas existe verdadeira violência doméstica, enquanto tipo social (mas não, necessariamente, no que respeita ao tipo legal), quando um episódio de violência (física, psicológica, sexual ou verbal) ocorre num contexto de imparidade no casal ou de abuso de uma dependência”.

a subordinação da vítima, assente em inúmeros fatores de dependência, parece-nos ser um aspeto a que importa atentar havendo incerteza na identificação de casos de violência doméstica a integrar no art. 152.º, perante outros tipos legais. Posto isto, o aresto em exame, assim como a corrente jurisprudencial em que se integra, faz assentar a existência deste tipo de relacionamento em aspetos relativos à formação, condição económica ou reações da vítima, que não correspondem à totalidade dos indicadores da subjugação daquela, sendo, inclusiva e frequentemente, alvo de leituras enviesadas, marcadas por alguns estereótipos ⁴⁶ — a vítima que vive com medo da próxima agressão pode ter capacidade para reconhecer os maus-tratos e culpar o seu agressor e pode fazê-lo usando de alguma violência, nomeadamente insultando-o, sem que isso signifique que não sofre no contexto de uma relação desigual. Mais, esta jurisprudência tem vindo persistentemente a exigir que a violência das condutas maltratantes que se logre provar seja de tal modo grave que permita antever a tal subordinação. Ora, não será a gravidade das condutas a razão fundamental para concluir pela existência de domínio, mas sim a presença ou ausência dos ditos fatores de dependência ⁴⁷.

A imparidade pode ser detetável em condutas que isoladas são pouco graves do ponto de vista material, mas que, quando enquadradas no historial da relação, demonstram a existência de um ambiente violento, de maus-tratos, a integrar no tipo legal de violência doméstica. Daí que entendamos que ações de aparente parca relevância criminal dadas como provadas, para além dos episódios

⁴⁶ Estereótipos esses de que já demos conta *supra*, na nota n.º 16, de que tratam, entre nós, nomeadamente, MADALENA DUARTE, *op. cit.*, pp. 67-70, CONCEIÇÃO GOMES *et al.*, *op. cit.*, pp. 152-174, INÊS FERREIRA LEITE, “Sensibilidade & Bom Senso...”, *cit.*, pp. 18-21, partindo de obras como SUSAN FISKE, “Stereotyping, prejudice, and discrimination”, *in*: Daniel Gilbert, Gardner Lindzey e Susan Fiske (org.), *The handbook of social psychology*, Boston: McGraw-Hill, 1998, pp. 377-380 e LYNN SCHAFFRAN, “Eve, Mary, Superwoman — How Stereotypes About Women Influence Judges”, *Judges Journal*, 24, n.º 1, 1985, pp. 12-17.

⁴⁷ Nesta análise, importa sopesar as concretas dinâmicas emocionais características da violência doméstica, assim como, a prevalência de inúmeras desigualdades quanto ao entendimento do papel de homens e mulheres na sociedade. Cf. FERREIRA LEITE, “Sensibilidade & Bom Senso...”, *cit.*, p. 16 e s.

de violência que se destaquem, podem ser decisivas na classificação de uma situação como violência doméstica e sua distinção de outros crimes, por denotarem um contexto relacional violento, útil na verificação do elemento objetivo do art. 152.^o 48.

Assim, no caso em apreço, para além das agressões sexuais, cuja violência é patente na atuação do arguido, só por si materialmente graves e danosas, parece-nos importante atentar nos episódios descritos nos pontos 8 e 9, 15, 16, 17, 18 e 19 e no relatado, a final, nos pontos 20 a 30. Isto porque, não constituindo *per si* condutas penalmente típicas ou puníveis, permitem percecionar que o arguido mantinha uma atitude em relação à vítima de desrespeito pela sua capacidade de intervir e opinar — mandou-a calar aquando de uma discussão relativa à sua família e apelidou-a de “burrinha” —, de autoridade e manipulação — insistindo para que a assistente o servisse ou desligasse o computador para lhe dar atenção, abandonando a sua casa por aquela não o fazer — e de geral desconsideração da sua pessoa e necessidades — de que a situação final pode ser exemplo, visto que perante um pedido simples de ajuda da assistente, o arguido dificultou a resolução da questão, dizendo-lhe que ela não podia entrar no seu carro, nem no seu apartamento.

⁴⁸ Algo similar se diga sobre os já referidos “factos genéricos”, a cujo tratamento jurisprudencial aludimos na nota n.º 16. Assim, factos, ainda que pouco precisos, mas identificáveis pela defesa, frequentemente desconsiderados por serem genéricos e tidos por não-escritos por supostamente inviabilizarem o contraditório, têm grande relevância neste âmbito. Estes tendem a demonstrar um todo contextual indicador de uma relação perturbadora do bem-estar da vítima, mesmo que esse todo não seja composto por condutas tidas por alguma jurisprudência como materialmente graves o suficiente para conduzirem à verificação de um crime de violência doméstica. Destarte, factos formulados do seguinte modo — «Desde essa data o arguido passou a dirigir quase diariamente à assistente expressões do seguinte teor: “sem mim não és nada”, “sem mim não és ninguém”, “mais ninguém vai gostar de ti”, “nenhum homem te aturou tanto tempo”» (ac. do TRL de 28-10-2021, proc. n.º 394/20.1PBVFX.L1-9) ou «Em datas não concretamente apuradas, mas cerca do final do ano de 2019, nas ocasiões em que se encontravam zangados um com o outro, o arguido efetuava vários telefonemas para a ofendida e remetia-lhe mensagens dizendo: “és uma porca, uma puta, uma gorda”» (ac. do TRP de 16-03-2022, proc. n.º 1052/20.2GBVNG.P1) — revelam-se fundamentais para identificar situações de violência doméstica, que o tipo visa criminalizar.

Estes atos denotam uma percepção da mulher como um ser menos capaz, que tem de obedecer e cuidar do homem e permitem situar as agressões sexuais numa relação desrespeitadora da saúde física e mental da assistente e enquanto violência de género.

Em situações de violência em relações íntimas de aparente pouca gravidade material, a expressão de preconceitos relacionados com o género da vítima será outro elemento a considerar para integração dos factos no crime de violência doméstica ⁴⁹.

Saliente-se, para finalizar, que, existindo indícios a que se pode olhar para interpretar e aplicar o art 152.º — a reiteração, a gravidade material das condutas, o ambiente relacional violento, a quebra da confiança relacional, o contexto específico da agressão, a desigualdade entre as partes e a motivação por preconceitos de género — nenhum destes aspetos consta da letra da lei, não sendo elementos típicos do crime e não se podendo, como tal, exigir a sua presença para a verificação do tipo legal. Apenas devem servir de apoio para, existindo conjunta ou alternativamente, permitirem apontar uma situação de violência doméstica quando, pelo isolamento da violência e/ou sua aparente menor gravidade, haja dúvidas quanto à tipicidade no seio do art. 152.º; e para que cumpram a sua função têm de ser devidamente compreendidos, com base em informação científica sobre esta criminalidade e não em ideias pré-concebidas quanto ao seu significado.

Destarte, concluindo, o elemento literal será o ponto de partida e o limite para aplicar a norma, cumprindo condenar no seu âmbito quem pratique atos que lesem a saúde da vítima, que por si já constituam crime, como ofensas à integridade física simples, injúrias, ameaças ou que, não sendo autonomamente típicos, quando analisados no contexto das relações em causa, se enquadrem num ambiente relacional violento,

⁴⁹ “É por isto que não sendo toda a violência doméstica, violência de género, grande parte dela é isso mesmo, como revelam as estatísticas”; violência de género, ou seja, aquela que “(...) reflita, negativamente, os padrões sociais de minorização ou desconsideração do género feminino, que seja produto patológico dos estereótipos de género socialmente difundidos, ou que esteja suportada na desigualdade real, historicamente demonstrada, entre homens e mulheres” — *vide* INÊS FERREIRA LEITE, “Sensibilidade & Bom Senso...”, *cit.*, pp. 20 e 2, respetivamente.

como comentários depreciativos e humilhações, que ocorram entre pessoas que entre si têm as relações descritas na lei. Não é exigida reiteração ou gravidade das condutas. Perante uma ofensa à integridade física simples, por exemplo, aparentemente isolada enquanto conduta que já constitui uma infração criminal, de pouca gravidade material — como um estalo — no âmbito das relações mencionadas no art. 152.º, questionando-se se deverá conduzir ao preenchimento deste tipo legal ou ao de ofensa à integridade física simples ou eventualmente qualificada, cumpre analisar o contexto em que foi praticada e o historial da relação, na posse do conhecimento necessário sobre os referidos indícios, para perceber que tipo de realidade está em causa.

Constituindo, então, as condutas provadas, a nosso ver, violência doméstica, nos termos do art. 152.º, n.º 1, al. *b*), do CP, cumpre, porém, verificar se as agressões sexuais preenchem um tipo de crime mais severamente punido — o de violação.

A lei penal vigente à data dos factos (1 de janeiro de 2020 e fevereiro do mesmo ano) é a atual. O art. 164.º, n.º 1, do CP — cuja alteração se nos afigura premente ante o art. 36.º da Convenção de Istambul, de modo que a existência de violência sexual passe a depender do não consentimento livre da vítima - impõe que, para a sua verificação, o agente constranja a vítima à prática de atos sexuais, constrangimento este definido, nos termos do n.º 3 da norma, como emprego de qualquer meio para agir contra a vontade cognoscível da vítima.

Ora, não só, no primeiro momento, a vítima procurou virar a cara e, no segundo, empurrou o arguido, manifestando claramente a sua vontade contrária às relações sexuais, pelo que sempre se concluiria pela existência de constrangimento e do crime na sua forma simples, como o arguido tentou, através da violência física, a penetração da vítima oral e “de costas”, pelo que, os elementos típicos correspondentes à incriminação agravada do art. 164.º, n.º 2, al. *a*), se verificam. Porém, não tendo o arguido conseguido praticar a cópula em nenhum dos casos, as condutas teriam de ser punidas nos termos previstos para a tentativa — arts. (artigos) 22.º, 23.º e 73.º do CP. Assim, o limite máximo da pena de dez anos seria reduzido para seis anos e oito meses e o limite mínimo para sete meses e seis dias, de acordo, respetivamente, com as als. *a*) e *b*) do n.º 1 do art. 73.º do mesmo diploma. Havendo duas situações de tentativa de violação,

nos termos do art. 30.º do CP, estabelece-se um concurso efetivo entre dois crimes iguais e seria necessário determinar a medida concreta de pena quanto a cada um deles e posteriormente fixar a pena conjunta, nos termos do art. 77.º, também do CP ⁵⁰.

A enquadrar-se a situação no âmbito do art. 152.º, n.º 1, al. b), a pena seria de dois a cinco anos, porque agravada por os factos terem ocorrido no domicílio da vítima, nos termos do n.º 2, al. a), da mesma norma.

Parece estabelecer-se, entre os dois crimes, uma relação de concurso aparente, devendo prevalecer o ilícito mais gravoso, consagrado no art. 164.º, n.º 2, al. a), do CP ⁵¹.

⁵⁰ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, p. 1201 e s.

⁵¹ A parte final do n.º 1 do art. 152.º do CP estabelece que quem praticar as condutas típicas nele descritas será punido nos seus termos, apenas “(...) se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal”. Esta norma fixa, assim, uma cláusula de subsidiariedade expressa. Deduzindo a maioria da doutrina desta menção a necessária existência de uma relação de concurso aparente (ou uma forma de unidade de norma ou lei — JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, pp. 1153 e ss. e 1159) entre o crime de violência doméstica e outros mais graves que se verifiquem no mesmo contexto, parece-nos ter razão INÊS FERREIRA LEITE (“Violência doméstica...”, *cit.*, p. 55) quando afirma que “(...) a relação entre os tipos dos arts. 152.º e 152.º-A do CP com outras incriminações depende, como sempre, de um juízo de unidade normativo-social”, pelo que, “(...) quando algum dos atos isolados permita a verificação do tipo social de um crime mais grave (...), deverá ser punido em concurso efetivo com os crimes de violência doméstica ou maus-tratos, sempre que para além dos atos isolados, tenham ocorrido reiterados ataques à saúde da vítima”. Defendendo igual resultado, ANA MARIA BARATA DE BRITO, “Concurso de crimes e violência doméstica”, *RCEJ*, n.º 2, 2018, pp. 91-113 e, a título de exemplo, os acs. do TRC de 16-02-2022 (proc. n.º 76/20.4GGCVL.C1) e do STJ de 20-04-2017 (proc. n.º 2263/15.8JAPRT.P1.S1). De outro modo, a interpretação do art. 152.º seria contrária à sua *ratio*, conduzindo à desproteção do bem jurídico por ele tutelado. FIGUEIREDO DIAS, ante uma pluralidade de normas penais abs-tratamente aplicáveis, investiga da vigência de relações lógicas entre elas para concluir pela existência ou não de unidade de norma ou lei. Apenas nas situações em que estes princípios lógicos não resultam na prevalência de uma norma, é que recorre ao sentido de ilicitude do comportamento global para averiguar da existência de concurso de crimes. Já FERREIRA LEITE retira da unidade do sentido social de ilicitude a existência de concurso aparente entre normas e encara os “princípios lógicos” do concurso de normas como acessórios, ao invés de pressupostos — cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, pp. 1149 e ss. e 1153 e ss. e INÊS FERREIRA LEITE, “Violência doméstica...”, *cit.*, pp. 43

Sobre isto, refere o tribunal de recurso: “Todavia, os pontos 3 a 7 e 10 a 14 admitiriam, em abstrato e sem preocupação de análise quanto à eventual verificação de desistência penalmente relevante (cfr. art. 24.º, do Cód. Penal) ⁵², a subsunção ao crime de violação na forma tentada [sexo oral/cópula] e/ou ofensa à integridade física simples [puxões de cabelo/viragem do corpo com força], previstos e puníveis, o primeiro, pelos arts. 22.º, 23.º, 73.º e 164.º e o restante pelo art. 143.º, todos do Cód. Penal. Todavia, qualquer destas infrações reveste natureza semipública, dependendo de queixa — v. arts. 178.º, n.º 1 e 143.º, n.º 2, do Cód. Penal” ⁵³.

Em face do afirmado, salientamos a aparente contradição deste entendimento que associa ao tipo legal de crime punido de forma

e ss. e 51 e ss. No caso em estudo, de entre as condutas provadas, destacam-se duas agressões sexuais. As restantes ações, embora relevantes para a compreensão do contexto relacional e para a eventual condenação “global” por violência doméstica, não constituem, *per se*, factos puníveis no âmbito de outros tipos legais e conjuntamente também não se afiguram, desligadas das agressões sexuais, como suficientes para conduzirem à verificação do crime de violência doméstica, pelo que, neste contexto, havendo unidade normativo-social, não resultando de cada um dos tipos — violência doméstica e violação — um desvalor autónomo sobre o qual possa ser realizado um juízo de censura jurídico-penal também autónomo e existindo, então, concurso aparente, “consuma-se” a subsidiariedade, prevalecendo o tipo punido com a pena mais grave — o de violação. Com raciocínio similar, cf. CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *Do concurso de crimes ao “concurso de ilícitos” em direito penal*, Coimbra: Almedina, 2015, pp. 314 e ss. Tendo ocorrido duas distintas agressões sexuais, estabelece-se uma relação de concurso efetivo entre dois crimes de violação (tentada), como vimos.

⁵² Esta possibilidade parece ser de arredar, certamente, pelo menos, na segunda ocorrência, visto que o arguido na primeira situação não logrou a penetração porque a assistente desfaleceu e na segunda porque a vítima o empurrou, tendo-se aquele desequilibrado e tombado para trás. Diríamos, embora não conheçamos a “motivação interior” do agente, que não se poderá falar de desistência voluntária, mas sim de uma desistência determinada por um circunstancialismo exógeno à sua vontade (Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, pp. 877-880).

⁵³ Como exposto, as condutas parecem-nos ser reconduzíveis ao crime de violação, conforme previsto no art. 164.º, n.º 2, al. a), do CP, por envolverem o uso de violência física. Existindo um concurso aparente entre a ofensa à integridade física e a violação, deve esta última prevalecer, visto que *lex specialis derogat legi generali*. Aparentemente neste sentido, quanto ao tipo de relação que se estabelece entre as normas dos arts. 143.º e 164.º do CP, ver JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, p. 1155 e s.

menos severa — o de violência doméstica — uma gravidade superior do que a subjacente ao crime que comina um limite máximo da sanção aplicável mais elevado — a violação. Diríamos que a interpretação que exige às condutas típicas do art. 152.º do CP uma intensidade não prevista legalmente, neste contexto, conduz inclusivamente a uma subversão da lógica gradativa dos crimes patente na lei penal.

Quanto à eventual condenação pelo crime de violação, impõe-se um obstáculo, que nos faz transitar para a terceira parte do nosso excursus: o seu carácter semipúblico ⁵⁴.

Procedibilidade por crime semipúblico ou particular

Perante o que vimos de dizer, importa tentar responder à pertinente questão: podia o processo seguir os seus termos, não tendo sido feita queixa criminal no prazo fixado por lei, por crime semipúblico? ⁵⁵

A procedibilidade dos processos em que o MP acusa o arguido de crime público e em que, em sede de audiência de discussão e julgamento, quer por alteração da qualificação jurídica, quer por alteração dos factos, se conclui pela prática de crimes semipúblicos ou particulares, tem gerado discordâncias jurisprudenciais. O problema coloca-se amiúde em casos tidos como de violência doméstica desde a sua origem, que se deparam, em sede de julgamento, mormente,

⁵⁴ Não se entendendo (ao contrário do que defendemos, pelas razões que em baixo elencaremos) que uma condenação por um crime semipúblico — o de violação, previsto no art. 164.º do CP — seria possível na sequência de uma acusação ou pronúncia por um crime público — o de violência doméstica, previsto no art. 152.º do CP —, por ter ocorrido uma alteração dos factos ou da qualificação jurídica, sem que tivesse sido feita queixa no prazo legal, sempre se deveria condenar o arguido pelo crime de violência doméstica, cujos elementos típicos se dão por verificados, conforme constatámos.

⁵⁵ Note-se que o TRP considerou poder afirmar-se a existência de um erro decisivo, nos termos do art. 410.º, n.º 2, al. b), do CPP: “Todavia, considerando a fundamentação de facto na sua totalidade, cremos que, realmente, existe também contradição desta, a justificar intervenção em sede de recurso de facto”. Em face disto, perante a dúvida quanto à procedibilidade, o tribunal podia ter determinado o reenvio do processo para a 1.ª Instância, de acordo com o art. 426.º, n.º 1, do CPP. Esta é uma possibilidade aventada pelo MP afeto ao TRP.

com o entendimento que distingue o tipo legal previsto no art. 152.º dos crimes, geralmente menos graves, que tipificam também algumas das condutas que abrange, com base na reiteração e/ou gravidade excessiva, atentatórias da essência e dignidade humanas, que erigem a bem jurídico da incriminação.

Decisões como as do TRC de 10-12-2008, do TRE de 28-01-2014 e do TRP de 25-11-2015 e de 07-07-2021 negam a possibilidade de se lograr uma condenação por um crime particular, como o de injúria, nas referidas circunstâncias, inexistindo uma acusação particular apresentada pela pessoa constituída assistente — por incumprimento, nomeadamente, dos arts. 50.º, n.º 1 e 285.º do CPP — afastando, as duas últimas, a suficiência da adesão à acusação pública ⁵⁶.

Diferente corrente, embora exigindo específicas manifestações de vontade da pessoa ofendida no sentido do prosseguimento do processo — no caso de crimes semipúblicos, que tenha denunciado o crime dentro do prazo legal previsto no art. 115.º, n.º 1, do CP e no caso de crimes particulares, àquela acrescentando a exigência de que o ofendido se tenha constituído assistente e aderido à acusação formulada pelo MP —, propugna que “Impedir neste caso a condenação pela prática de crimes de injúria e difamação por ausência de acusação particular quando essa ausência se ficou a dever à dedução de uma acusação pública pela prática de crime de violência doméstica que englobava tais crimes numa relação de concurso aparente, acusação que a assistente acompanhou, frustraria as legítimas expectativas da assistente e representaria uma inaceitável injustiça e uma inaceitável (embora não propositada) “deslealdade processual” ^{57 58}.

⁵⁶ Os arestos mencionados correspondem aos processos com os números, respetivamente, 679/05.7GAMMV.C1, 1617/11.3PBFAR.E1, 848/13.6TAVRE.P1 e 1300/19.1PIPRT.P1.

⁵⁷ Ver ac. do TRP de 13-01-2021 (proc. n.º 799/18.8GBPNE.P1); cf., igualmente, o ac. do mesmo tribunal de 27-04-2016 (proc. n.º 780/13.3GALSD.P1), o ac. do TRL de 17-06-2015 (proc. n.º 48/13.5PFPDL.L1-3) e o ac. do TRG de 25-09-2017 (proc. n.º 505/15.9GAPTL.G1). As decisões do TRP de 30-01-2013 (proc. n.º 1743/11.9TAGDM.P1), de 04-03-2020 (proc. n.º 351/18.8PBRRG.P1), de 14-10-2020 (proc. n.º 986/18.9PAVNG.P1) e de 10-11-2021 (proc. n.º 263/20.5GBOVR.P1), defendendo o mesmo entendimento, recusam a procedibilidade do processo por

Com um intuito próximo e buscando também a manifestação de vontade da vítima no sentido de querer o processo penal, posicionam-se as decisões do TRP de 09-03-2020, 10-02-2021 e de 28-04-2021 ⁵⁹, revelando-se, no entanto, menos exigentes quanto aos atos que se podem ter em conta para interpretação da vontade da vítima como favorável à existência e prossecução do processo. Veja-se, por exemplo, que na última decisão pugna-se pela condenação por difamação, sem que a ofendida se tenha constituído assistente ou acompanhado a acusação pública, retirando-se o seu desejo de ver o procedimento criminal avançar do facto de ter formulado pedido de indemnização cível.

Finalmente, é notória uma orientação que, ainda que visando dar resposta à mesma problemática, se afirma díspar, por não buscar indícios da afirmação da vontade da pessoa ofendida, bastando-se com a não manifestação do seu desejo de pôr fim ao processo.

Veja-se o ac. do TRP de 24-10-2007, em que se pode ler: “Por isso, não temos que indagar pelo sentido de algum comportamento das assistentes durante o inquérito para dele extrairmos a afirmação tácita do exercício de direito de queixa por parte desta (no caso as possíveis implicações do pedido de constituição de assistentes). A promoção do Ministério Público foi exercida de forma válida e eficaz à luz das exigências fixadas no tempo em que essa promoção teve lugar, e a evolução que o processo depois conheceu não se repercute sobre a validade do seu início”. Em sentido coincidente, posicionou-se o TRG por decisão datada de 09-12-2019 e o TRC, nos acs. de 11-05-2016 e de 03-02-2021 ⁶⁰, defendendo que “O curso normal do processo só

crime particular por não haver acusação particular, nem acompanhamento da acusação pública.

⁵⁸ Neste sentido parece posicionar-se, em face do direito constituído, ANDRÉ LAMAS LEITE, «A falta de condições de procedibilidade para a acção penal e verdadeiras “decisões-surpresa”: interrogações e proposta de *iure condendo*», *RMP*, 155, 2018, pp. 141-153, e em particular na nota n.º 11 da p. 146, onde refere que, tendo o ofendido, constituído assistente, acompanhado a acusação do MP, nos termos do art. 284.º, “(...) não faleceria qualquer pressuposto processual”.

⁵⁹ Acs. com os números de proc., respetivamente, 765/17.OPHMTS.P1, 383/18.6 GAVNG.P1 e 668/19.4GAFLG.P1.

⁶⁰ Arestos com os n.ºs de proc., respetivamente, 0742054, 945/17.9GAEPS.G1, 771/13.4GCVIS.C1 e 231/16.1GABBR.C1.

poderá ser impedido pelo surgimento de um obstáculo — desistência de queixa —, legalmente reconhecido”⁶¹.

Regressando ao aresto que motiva este estudo, note-se que nele se afirma a sua integração na “jurisprudência dominante”, citando-se a decisão do mesmo tribunal de 24-10-2007, que vimos de mencionar: “(...) uma vez iniciado o procedimento por um crime público, a constatação, após o julgamento, de que os factos integram a prática de um crime semipúblico não tem qualquer efeito sobre o procedimento iniciado de forma válida, para além de, por ser favorável ao arguido, se admitir a possibilidade de desistência da queixa”. Contudo, de seguida, refere-se a indispensável chegada dos factos ao conhecimento do MP no prazo de 6 meses, fixado pelo art. 115.º, n.º 1, do CPP.

Esta decisão parece assumir, assim, um posicionamento original, ante as correntes enunciadas. Afirmando identificar-se com a última, que apenas faz depender a procedibilidade da não desistência da vítima, destaca a exigência de que os factos sejam comunicados ao MP — diretamente, pela vítima, ou indiretamente — no prazo previsto para a extinção do direito de queixa. Deixando claro, esta jurisprudência, que não é necessário que tenha sido formulada queixa, para que o processo possa avançar por crimes semipúblicos, exigir que o prazo fixado para aquela seja cumprido, ainda que não para o seu exato exercício, afigura-se-nos algo contraditório.

O posicionamento a que alude o aresto fundamenta-se na doutrina de certos autores sobre a sucessão de leis no tempo que alterem as condições de procedibilidade de um crime, nomeadamente na trabalhada por TAIPA DE CARVALHO.

⁶¹ A terceira e a quarta correntes jurisprudenciais que enunciámos parecem, assim, desviar-se do conjunto de decisões analisadas por ANDRÉ LAMAS LEITE, “A falta de condições...”, *cit.*, pp. 155 e 156, “(...) visto que em todos os casos estava-se perante uma manifestação de vontade do ofendido que havia apresentado queixa (tendo sido este o modo pelo qual o MP adquiriu notícia do crime) e, pelo menos em alguns deles, tinha até existido acompanhamento da acusação pública pelo assistente (artigo 284.º), pelo que destes factos se retira que foi em devido tempo — e de modo inequívoco — manifestada a vontade do ofendido (que até se constituiu assistente) no procedimento criminal”, jurisprudência que o autor refere atuar “(...) no limite (mas ainda dentro) da tarefa hermenêutica que a Constituição lhe confia (...)”.

Diz-nos, então, este ilustre penalista, que a queixa e a acusação particular são figuras com natureza dupla, processual e material, visto que, sendo pressupostos processuais, também condicionam a responsabilidade penal. Assim, poder-se-ia pensar que, por força dos arts. 2.º, n.º 4, do CP e 29.º, n.º 4, da CRP (Constituição da República Portuguesa), defenderia a ilegitimidade do MP em processos que lei nova viesse fazer depender de queixa ou acusação particular. No entanto, diz-nos o autor: “A *queixa* é (...) *uma condição de procedibilidade*, isto é, uma *conditio sine qua non* do (início) do processo, esgotando-se os seus efeitos jurídicos na criação do pressuposto da promoção da acção penal pelo Ministério Público; a *desistência da queixa* é, diferentemente, uma *causa de extinção do processo penal* (...). Não sendo, portanto, a queixa uma condição de prosseguibilidade (...), então, *uma vez iniciado o processo* por iniciativa do Ministério Público, num momento em que estava em vigor uma lei (L.A.) que considerava o crime respectivo como público, *deixa de haver lugar e necessidade para a apresentação de uma queixa* cujos (possíveis) efeitos jurídicos já se produziram, quando entra em vigor uma lei (L.N.) que passa a considerar o respectivo crime como semi-público (...). Disto não se pode concluir que, assim sendo, há como que uma quebra ou excepção do princípio da aplicação retroactiva da lei nova favorável. (...) Pois, após a entrada em vigor da L.N. que passa o crime de público a semi-público, crime cujo processo já tenha sido iniciado, *ex officio*, pelo MP, pode o ofendido (aquele que passar a ter o direito de queixa) pôr termo ao processo, extinguindo-o pelo exercício do direito de desistência”⁶².

Ora, a decisão em análise, ao afastar a possibilidade de o arguido ser condenado pelo crime de violação, por os factos não terem chegado ao conhecimento do MP no prazo de 6 meses, parece contrariar a ideia patente a este entendimento, no sentido de, uma vez promovido validamente o processo por iniciativa do MP, posteriores alterações quanto à exigência de queixa ou acusação particular não terem efeitos relativamente à regularidade do procedimento validamente encetado, exceto se houver desistência do ofendido.

⁶² AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais*, 3.ª ed. revista e atualizada, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 390.

Por outro lado, inviabiliza a salvaguarda das expectativas das vítimas do crime, que é igualmente assumida como propósito desta corrente. Refere o já mencionado ac. do TRG de 09-12-2019 que “Tendo-se o processo iniciado legitimamente, deve entender-se que assim permanece, sob pena de se surpreender agora a ofendida com uma exigência que não é razoável, ou seja, que prefigurasse e antecipasse a necessidade de satisfação *[sic]* uma condição de procedibilidade que, ao tempo em que podia ser exigida, enquanto pressuposto para a promoção do processo, não o era. Sem prejuízo, claro está, de uma eventual desistência de queixa por parte da ofendida já constituir, ela sim, um obstáculo ao prosseguimento do processo”. Impor o cumprimento do prazo do art. 115.º, n.º 1, do CP implica a exigência de um pressuposto que não era, então, requerido.

Quanto ao desrespeito pelo princípio da igualdade “(...) relativamente a ofendidos e arguidos que, em idênticas circunstâncias mas em que o procedimento se iniciasse logo como relativo a crime semipúblico, seriam confrontados com a caducidade do direito de queixa (ofendidos) e beneficiariam do arquivamento do processo (arguidos)”⁶³, diríamos, primeiramente, que, assim se entendendo, tal sucederia, igualmente, quando, ainda que chegando os factos ao conhecimento do MP nos 6 meses fixados, se prescindisse da formulação de queixa pelo ofendido, ao contrário do que aconteceria se o processo principiasse por crime semipúblico, o que o aresto não aponta. Ou quando se abdicasse, em geral, de qualquer manifestação de vontade da pessoa ofendida para que processos por crimes semipúblicos ou particulares avançassem, como propugna a corrente para que a decisão remete. Em segundo lugar, afirme-se que se propugna tratamento igual para ofendidos e arguidos nas mesmas situações — se é certo que encetando-se o processo por crime semipúblico, a vítima teria que fazer queixa no período fixado pelo art. 115.º, n.º 1, existindo alteração dos factos ou da qualificação jurídica que conduzisse à classificação do crime, inicialmente entendido como público, em semipúblico, sem que os factos chegassem

⁶³ Cf. aresto em análise.

ao conhecimento do MP no referido prazo, o processo ter-se-ia por legitimamente promovido ⁶⁴.

Sobre a aplicação no tempo das leis processuais penais materiais, GERMANO MARQUES DA SILVA, pugnando, então, tal como AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, pela sua “natureza mista penal e processual” ⁶⁵, defende que o princípio patente ao n.º 4 do art. 2.º do CP, de aplicação do regime mais favorável ao arguido, será o vigente, por regra, quanto às normas sobre condições de procedibilidade. Porém, afirma que, se “(...) à data da alteração da lei que converte crime público em semi-público ou particular (...)” o processo já se encontrar na fase de instrução ou de julgamento, “(...) essa alteração já não tem efeitos no que respeita à validade da acusação, mas a nova natureza do crime tem implicações, nomeadamente no que respeita ao direito de extinção do procedimento pela via da desistência da queixa (melhor, de renúncia ao procedimento)” ⁶⁶.

Já FERNANDA PALMA, reiterando o entendimento de que o art. 5.º, n.º 1, do CPP, que prevê a aplicação imediata da lei nova processual penal, não se aplica a “(...) normas que se refiram às condições de procedibilidade ou causas de extinção do procedimento criminal, (...) na medida em que estas delimitem direta e exclusivamente a relação jurídica punitiva (...)” ⁶⁷, quanto à situação em que o crime passe de público a semipúblico ou particular defende que “(...) é ainda o princípio do Estado de Direito — como regra de objetividade, de previsibilidade e segurança jurídica geral — que impõe, neste caso, que as expectativas do titular do direito de queixa não sejam defraudadas, dando-se-lhe oportunidade processual de exercer o seu direito após a entrada em vigor da lei nova” ⁶⁸. Acrescenta a autora, desligando esta solução da *ratio* de aplicação do art. 5.º, n.º 1, que “O direito de queixa

⁶⁴ Refutando a violação do princípio da igualdade, cf. TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais*, cit., pp. 397 e 398.

⁶⁵ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português — Introdução e Teoria da Lei Penal*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020, p. 246.

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 248 e 249.

⁶⁷ MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Penal*, 4.ª ed., reimpressão atualizada, Lisboa: AAFDL, 2020, pp. 168 e 169.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 170.

é influenciado pelo chamado princípio vitimológico, segundo o qual compete ao Direito assegurar a reparação dos danos do crime sofridos pela vítima (...)” e “(...) pressupõe que a proteção penal de um bem de que alguém é titular, embora relevante para toda a sociedade, deve ser deixado à disponibilidade do ofendido em situações em que o valor da disponibilidade pelo seu titular seja prevacente”⁶⁹.

Diríamos que, formulando raciocínio similar ao de TAIPA DE CARVALHO a aplicar à alteração de factos ou de qualificação jurídica que conduza à verificação de um crime cujo procedimento dependa de queixa ou acusação particular — o que o próprio autor faz⁷⁰ — é possível considerar que, esgotando-se a função dos pressupostos de procedibilidade no momento em o processo penal é legalmente promovido, aquelas alterações não implicam falta de legitimidade do MP.

Por outro lado, alguns princípios inerentes ao Estado de Direito e ao processo penal parecem impor a proteção dos bens jurídicos lesados pelo crime e a salvaguarda das expectativas legítimas da vítima e da comunidade.

FERNANDA PALMA, como vimos, invoca o princípio do Estado de Direito⁷¹, não se “(...) dele pretendermos extrair exclusivamente garantias de que o Estado se vincule ao seu direito para não agravar, arbitrariamente e inesperadamente, a posição do arguido (...)” ou se a “(...) lógica da proteção da segurança jurídica (...) apenas for lida na perspectiva do arguido (...)”⁷²; mas sim, se retirarmos deste princípio que a atuação do Estado se deve vincular ao Direito também no que respeita à proteção dos direitos, interesses e expectativas da

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 170 e s.

⁷⁰ TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais*, *cit.*, pp. 398-402.

⁷¹ ANDRÉ LAMAS LEITE, “A falta de condições...”, *cit.*, p. 161, também o faz: “De facto, exigir-lhe mais [ao ofendido] seria, por rectas contas, transformar o ofendido numa espécie de ser omnisciente e que deveria configurar todas as perspectivas factuais (e jurídicas) possíveis quando o feito é introduzido em julgamento, o que é não só constitucionalmente desproporcionado, como nega a tutela jurisdicional efectiva e os princípios de certeza e segurança que se retiram do Estado de Direito material (artigos 1.º e 2.º), arrimos para a proibição das “decisões-surpresa””.

⁷² FERNANDA PALMA, *op. cit.*, p. 170.

vítima, como parece fazer a autora e como se nos afigura essencial fazer ⁷³.

A autora salienta a relevância do princípio vitimológico para compreensão da razão de ser da figura da queixa. Diríamos que este pilar orientador fundamentará a condenação na sequência da alteração dos factos ou da qualificação jurídica, na vertente de reparação dos danos sofridos pela vítima (inclusivamente através da censura estadual do facto criminoso e aplicação de pena ao infrator) e não será contrariado na vertente do poder de escolha da pessoa ofendida, visto que a possibilidade de desistência de queixa se mantém.

GERMANO MARQUES DA SILVA, a propósito de questão diversa relacionada com a sucessão de leis processuais penais no tempo ⁷⁴, parece reconhecer a necessidade de tutelar também os interesses da vítima e não apenas os do arguido, fundamentando tal posicionamento nos direitos constitucionalmente garantidos de acesso aos tribunais (art. 20.º, n.º 1, da CRP) e de proteção contra a vitimação secundária (art. 32.º, n.º 9, da CRP). Entendemos que tais preceitos justificam, igualmente, o avançar de processos como aquele a que nos reportamos ⁷⁵.

⁷³ No sentido da necessária consideração dos interesses da pessoa que é vítima do crime manifesta-se, também, ANDRÉ LAMAS LEITE (“A falta de condições...”, *cit.*, p. 147 e s.): “Neste ponto, clarifique-se desde já que (...) o ofendido é titular de (...) uma expectativa juridicamente protegida condicionada, i. e., se e na medida em que os factos analisados nos termos do artigo 355.º se afirmem ou se infirmem. Mas este aspecto deve ser sublinhado a traço grosso, desde a ultrapassagem de uma redutora concepção de um processo criminal “binomial” arguido-Estado para um outro “trinomial” arguido-Estado-ofendido, como o vêm comprovando os movimentos de há décadas de valorizar-se a participação deste último no *procedere* penal, de que as orientações de organizações internacionais como a União Europeia e o Conselho da Europa são os exemplos mais perfeitos”.

⁷⁴ Concretamente, com o momento a partir do qual se deve contar o prazo para apresentar queixa quando lei nova a passe a exigir.

⁷⁵ Vide GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português*, vol. 1, 2.ª ed., reimpressão, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2019, p. 124. ANDRÉ LAMAS LEITE (“A falta de condições...”, *cit.*, p. 164) aborda, igualmente, o princípio vitimológico nos seguintes termos: “De novo a crítica da inadmissibilidade de “decisões-surpresa” em processo penal — de que o próprio regime dos artigos 358.º e 359.º é um afloramento — e os ensinamentos da Vitimologia, no sentido em que

Procurar uma solução para estes casos não parece poder passar apenas por uma interpretação da lei que ditasse que estava em falta o pressuposto processual relativo à legitimidade do MP. Diríamos, antes, que tal como se mostra necessário fazer quanto à sucessão de leis no tempo, importa compreender a natureza e função dos pressupostos de procedibilidade⁷⁶ e discernir qual a via que melhor as concretiza, atentando nos valores essenciais fundamentadores do Estado de Direito para analisar qual a opção de compromisso necessário entre interesses díspares.

Diz-nos ANDRÉ LAMAS LEITE: “Por outra banda, bom é de ver que o tema convoca o sentido último das condições de procedibilidade da acção penal. Elas servem como forma de disciplinar a tramitação processual, impedindo que a mesma seja excessivamente morosa (...), para além de acautelar os interesses já identificados do arguido e do ofendido. Ora, temos para nós que, conduzindo-se as fases anteriores ao julgamento num sentido inequívoco de que estaríamos em face de um delito público (...), é manifestamente desproporcionado (e por isso questionável à luz do artigo 18.º, n.º 2 da CRP) que se negue a pacificação social e a descoberta da verdade apenas e tão-só em obediência a uma visão exasperadamente formalista de um pressuposto processual. Dito de outro modo: é nossa convicção que as finalidades de qualquer processo e, em última instância, do próprio sancionamento criminal (artigo 40.º, n.º 1 do CP) exigiriam um outro equilíbrio que não se achasse tão desequilibrado — o pleonasma é propositado — em desfavor do ofendido”.

Exatamente, notamos que o Direito Penal visa a proteção dos bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade, nos termos do

uma não prossecução pelos fundamentos em causa conduz, por certo, a processos de vitimização do ofendido aos quais o sistema não deve ficar indiferente. Sobretudo em um tempo como o nosso em que o “discurso vitimológico” e a lógica binária Estado-arguido vem sendo substituída, há já algumas décadas, por uma relação triangular Estado-arguido-vítima, que acaba por conhecer — até agora — o seu zénite no reconhecimento da “vítima” como verdadeiro sujeito processual — artigo 67.º-A e o já referido Estatuto da Vítima”.

⁷⁶ Vide GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português*, cit., p. 253 e s.

art. 40.º, n.º 1, do CP. O Direito Processual Penal é acessório irrenunciável para a aplicação da lei material e para a salvaguarda de direitos, liberdade e garantias fundamentais. Não podendo os fins do Direito Penal ser obtidos por qualquer meio, também não poderão ser prejudicados por uma aplicação da lei processual que a eles não atenda ⁷⁷ ⁷⁸.

Saliente-se, igualmente, que a prossecução do processo penal, nos casos de que cuidamos, não contende com os direitos de defesa do arguido, que seriam acautelados através do cumprimento dos arts. 358.º e 359.º do CPP ⁷⁹ ⁸⁰.

⁷⁷ Similarmente: ANDRÉ LAMAS LEITE, “A falta de condições...”, *cit.*, p. 149 e s.

⁷⁸ Alerta-se, nomeadamente, para o “golpe” que decisões como a criticada desferem na função de prevenção geral exercida pelo Direito Penal: “Optar-se por uma solução que passasse pela absolvição do arguido, por ausência de queixa (...) apenas contribui para o descrédito da administração da Justiça ao nível do ofendido e, por consequência, de toda a comunidade organizada em Estado”. Cf. *ibidem*, p. 150.

⁷⁹ Pronunciando-se no sentido de que uma solução legal de sanção da falta de legitimidade do MP não colocaria em causa a natureza acusatória do sistema processual nacional e salientando o papel do princípio da investigação, cfr. *ibidem*, pp. 159-161.

⁸⁰ Importa-nos, aqui, dedicar uma breve nota à possibilidade de aplicação ao agente de pena superior à permitida pelo crime por que foi acusado. Ocorrendo uma alteração da qualificação jurídica dos factos para um crime mais grave — pugnano nós pela verificação de dois crimes de violação tentada, que prevaleceriam à violência doméstica, porque mais severamente punidos —, note-se que, enquadrando o CPP estes casos no âmbito do art. 358.º, por força do seu n.º 3, há quem entenda que os direitos de defesa daí podem sair prejudicados: GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português*, *cit.*, pp. 386 e 387 e JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, *O Caso Julgado Parcial*, Porto: Publicações Universidade Católica, 2002, pp. 436-455. Este argumento parece assumir particular importância na nossa situação, em que a procedibilidade não é consensual. Assim, sem oportunidade, aqui, para o aprofundamento devido desta questão, diríamos que talvez o modo de conciliar os interesses do arguido com os direitos da ofendida fosse condená-lo pelos crimes de violação tentada, respeitando os limites da pena consagrados para a violência doméstica, solução inspirada nas posições dos mencionados autores, nomeadamente na de GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português*, *cit.*, p. 387, no sentido de “(...) a qualificação jurídica dada aos factos na acusação fixa[r] o limite quantitativo da pena a aplicar no processo (...)”.

Surgindo esta problemática com frequência em casos que indiciam estar em causa o crime de violência doméstica e em que a acusação ou pronúncia é feita por esse crime, que acaba convolado em ofensas à integridade física, injúrias ou ameaças, com fundamento em “pseudo pressupostos” de reiteração ou intensidade não previstos na lei, tem-se restringido a aplicação do tipo legal mais grave em prol da condenação por crimes mais levemente sancionados, pelo que, em tais casos, falar-se-ia até de um benefício injustificado para o arguido e não de um prejuízo; benefício e injustificação esses que só se agravariam com uma decisão absolutória, resultando em verdadeira deslealdade para com a pessoa ofendida ⁸¹.

Acresce que, nos crimes semipúblicos e particulares manter-se-á sempre a possibilidade de a vítima desistir de queixa, o que, como refere AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, acaba por ser favorável ao arguido ⁸².

Termine-se, assim, dizendo que, mesmo em face da lei em vigor, se nos afigura necessário interpretá-la nos termos descritos, como já o têm feito alguns tribunais ⁸³.

Diríamos que o ponto principal que distingue o nosso argumentário do de ANDRÉ LAMAS LEITE aqui reside: enquanto o autor pugna, de *jure constituto*, pela impossibilidade de fundamentar a procedibilidade de crimes convolados em semipúblicos e particulares quando não tenha sido feita denúncia no prazo legal e, no segundo caso, acusação particular ou não se tenha procedido ao acompanhamento da acusação pública, nós entendemos que interpretar os requisitos de procedibilidade enquanto pressupostos processuais que cumprem com a sua função no momento em que teriam que se verificar, resulta na procedibilidade das ações em que se determine a alteração da qualificação jurídica ou dos factos que dite a condenação por crimes semipúblicos ou particulares.

⁸¹ Como refere ANDRÉ LAMAS LEITE (“A falta de condições...”, *cit.*, p. 164): “O que existe — isso sim — é uma injustificada desprotecção do ofendido, que se vê na contingência de enfrentar a absolvição do arguido, quando a prova reunida até ao julgamento e, sobretudo, aquela aí já produzida, tendo em conta o artigo 355.º, apontava toda num sentido diametralmente oposto”.

⁸² TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais*, *cit.*, p. 390.

⁸³ Atente-se nos arestos que incluímos na quarta corrente jurisprudencial identificada *supra*.

De todo modo, impõe-se uma alteração legislativa que torne clara esta solução, em respeito pela segurança jurídica que deve presidir a toda a aplicação do Direito, particularmente no âmbito criminal ⁸⁴.

Conclusão

Resumindo a nossa posição quanto à decisão comentada, diremos que os factos preenchem o tipo legal de violência doméstica, estabelecendo-se, porém, concurso aparente entre este crime e o de violação, devendo este último prevalecer.

Estando em causa um crime semipúblico e não tendo ocorrido queixa no prazo previsto para o efeito — ou chegado os factos ao conhecimento do MP no dito período — pensamos que tal circunstância não obsta à procedibilidade por este crime, visto que no início do processo estava em causa um crime público, tendo o MP atuado legitimamente. Quanto a este aspeto, então, a alteração da qualificação jurídica não produz outro efeito, que o de viabilizar a desistência do processo por parte da ofendida.

Não se entendendo, como nós, que o processo poderia seguir os seus termos por crimes de violação tentada, necessariamente teria de ocorrer a condenação por violência doméstica.

Mariana Vilas Boas

*Doutoranda em Direito no Católica
Research Centre for the Future of Law*

*Centro de Estudos e Investigação em Direito
Bolsreira de Investigação da Fundação
para a Ciência e Tecnologia, I.P.*

⁸⁴ Quanto à premência de tal alteração, parecemos coincidir com o que refere ANDRÉ LAMAS LEITE, “A falta de condições...”, *cit.*, p. 144.



GESTLEGAL

www.gestlegal.pt • editora@gestlegal.pt