



UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO

**A VIOLÊNCIA SEXUAL NAS RELAÇÕES DE INTIMIDADE: DO CONCURSO
ENTRE O CRIME DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E O CRIME DE VIOLAÇÃO**

Dissertação final do Mestrado em Prática Jurídica na especialidade de Ciências
Jurídico- Forenses.

Realizada sob a orientação da Senhora Professora Doutora Inês Ferreira Leite.

Karolen Ramos da Silva Dias

2018

AGRADECIMENTOS

A Deus, sempre e por tudo.

Ao meu marido, por todo amor e apoio incondicional, por sonhar os meus sonhos comigo, por ter acreditado em mim e me acompanhando durante todo meu percurso académico sempre me fazendo crer que era possível.

A minha família, especialmente aos meus pais, por acreditarem em mim, por todo apoio e incentivo dado durante toda a minha caminhada e por sempre se orgulharem a cada conquista.

Aos meus amigos, por me acompanharem e sempre me darem força durante meu percurso académico.

A senhora professora doutora Inês Ferreira Leite, pela disponibilidade e orientação prestada.

A todos, muito obrigada!

Resumo

O escopo da presente dissertação reside numa análise crítica do concurso entre o crime de violência doméstica e o crime de violação no âmbito das relações de intimidade. Análise esta que passa pelos aspetos essenciais de ambos os crimes. Sendo o bem jurídico um ponto de suma importância neste âmbito, entendemos que o bem jurídico tutelado com o crime de violência doméstica é a saúde nas suas diversas vertentes e que, o bem jurídico tutelado pelo crime de violação é a liberdade e a autodeterminação sexual.

É necessária para a determinação da questão central desta investigação a problemática da unidade e da pluralidade de ação no âmbito do concurso de crimes. Assim, são aqui abordados os principais critérios utilizados para a distinção entre a unidade e a pluralidade de crimes de forma que se possa chegar a um resultado concludente no caso concreto. Toma-se a posição de que a unidade e a pluralidade de crimes deve passar por um critério de distinção atendendo ao comportamento do agente como um todo, atentando para o seu significado social, bem como aos sentidos de ilícitos presentes no mesmo. É deste sentido social e do número de sentidos negativos de valor jurídico-penal é que se poderá aferir se existe uma unidade ou pluralidade de ação.

Na relação do crime de violência doméstica com crimes mais graves, nomeadamente com o crime de violação previsto no n.º 1 do art. 164.º do CP, entendemos que a cláusula de subsidiariedade prevista no tipo deve ser aplicada apenas em casos de atos graves isolados, havendo aí um concurso aparente, sendo aplicada a pena do tipo mais grave, neste caso a pena prevista para o crime de violação. Contudo, consideramos que o legislador deveria prever uma agravação uma vez que está em causa um vínculo especial entre a vítima e o agente. Por outro lado, nos casos em que não se trata apenas de um caso grave isolado mas antes a saúde da vítima é colocada em causa de forma reiterada entendemos que a cláusula de subsidiariedade já não terá aplicação, devendo o agente ser punido em concurso efetivo entre o (s) crime (s) de violência doméstica e o (s) crime (s) de violação.

A violência sexual nas relações de intimidade: Do concurso entre o crime de violência doméstica e o crime de violação.

Palavras chave: Direito Penal, Unidade de Ação, Concurso de Crimes, Violência Sexual, Violência Doméstica, Cláusula de Subsidiariedade.

Resumen

El alcance de la presente disertación reside en un análisis crítico del concurso entre el crimen de violencia doméstica y el crimen de violación en el ámbito de las relaciones de intimidad. Este análisis que pasa por los aspectos esenciales de ambos los crímenes. Siendo el bien jurídico un aspecto de gran importancia en este ámbito, entendemos que el bien jurídico tutelado con el crimen de violencia doméstica es la salud en sus diversas vertientes y que el bien jurídico tutelado por el crimen de violación es la libertad y la autodeterminación sexual.

Se muestra necesaria para la determinación de la cuestión central de la presente investigación la problemática de la unidad y de la pluralidad de acción en el marco del concurso de crímenes. Así, aquí se abordan los principales criterios utilizados para distinguir entre la unidad y la pluralidad de crímenes de forma que se pueda llegar a un resultado concluyente en el caso concreto. Se toma la posición de que la unidad y la pluralidad de crímenes debe pasar por un criterio de distinción atendiendo al comportamiento del agente como un todo, atentando hacia su significado social, así como a los sentidos de ilícitos presentes en el mismo comportamiento. Es de este sentido social y del número de sentidos negativos de valor jurídico-penal es que se podrá apreciar si existe una unidad o pluralidad de acción.

En la relación del crimen de violencia doméstica con crímenes más graves, en particular con el crimen de violación previsto en el apartado 1 del art. 164.º del CP, entendemos que la clausula de subsidiariedad presente en el tipo debe ser aplicada solo en el caso de los actos graves aislados, habiendo allí un concurso aparente, aplicándose la pena del tipo más grave, en este caso la pena prevista para el crimen de violación. Sin embargo, consideramos que el legislador debería prever una agravación, ya que se trata de un vínculo especial entre la víctima y el agente. Por otro lado, en los casos en que no se trata sólo de un caso grave aislado pero antes la salud de la víctima es cuestionada de forma reiterada, entendemos que la cláusula de subsidiariedad ya no tendrá aplicación, debiendo el agente ser castigado en

A violência sexual nas relações de intimidade: Do concurso entre o crime de violência doméstica e o crime de violação.

concurso efectivo entre el (los) crimen (es) de violencia doméstica y el (los) crimen (es) de violación.

Palabras clave: Derecho Penal, Unidad de Acción, Concurso de Crímenes, Violencia Sexual, Violencia Doméstica, Cláusula de Subsidiariedad.

ABREVIATURAS E SIGLAS

APAV - Associação Portuguesa de Apoio à Vítima

Ac. - Acórdão

Art.- Artigo

CC - Código Civil

CEJ - Centro de Estudos Judiciários

Cf. - Confira

CI - Convenção de Istambul

CP - Código Penal

CPP - Código do Processo Penal

CRP - Constituição da República Portuguesa

Op.cit. Obra citada

Pg. - Página

pp. - Páginas

ss. - Seguintes

ÍNDICE

| | |
|--|-----------|
| Agradecimentos | 1 |
| Resumo | 2 |
| Palavras- chave | 3 |
| Resumen | 4 |
| Palabras clave | 5 |
| Abreviaturas e siglas | 6 |
| INTRODUÇÃO | 10 |
| CAPÍTULO I – O crime de violência doméstica e o crime de violação | 12 |
| 1 - O crime de violência doméstica | 12 |
| 1.1 - Evolução legislativa | 12 |
| 1.2 - Tipos de violência doméstica – em especial a violência sexual | 16 |
| 1.3- O bem jurídico protegido | 21 |
| 1.4 - Aspectos materiais | 28 |
| 2 - O crime de violação | 34 |
| 2.1 - Evolução legislativa | 34 |
| 2.2 - O bem jurídico protegido | 37 |

| | |
|--|----|
| 2.3 - Aspectos materiais | 38 |
| 2.4 - Meios típicos de constrangimento previstos no n.º 1 do art. 164.º do CP | 40 |
| 2.5 - A questão do dissentimento | 44 |
| CAPÍTULO II – Do Concurso entre o crime de violência doméstica e o crime de violação nas relações de intimidade | 49 |
| 1 - Concurso de crimes – introdução | 49 |
| 2 - Unidade e pluralidade de ação | 50 |
| I. A teoria do número de ações praticadas pelo agente | 51 |
| II. Critério da unidade ou pluralidade de tipos legais violados | 54 |
| III. A teoria da unidade ou pluralidade de sentidos de ilicitude jurídico-penal do comportamento global | 58 |
| IV. Outros contributos para o estabelecimento dos critérios de unidade de pluralidade de crimes | 60 |
| 3 - O crime de violência doméstica e o crime violação no âmbito das relações de intimidade: | 68 |
| 3.1 – Concurso real ou aparente? | 68 |
| 3.1.2 - Relevância prática | 75 |
| 3.2 - A cláusula de subsidiariedade expressa prevista no art. 152.º do CP | 77 |
| 3.3 - Tomada de posição | 83 |

A violência sexual nas relações de intimidade: Do concurso entre o crime de violência doméstica e o crime de violação.

| | |
|---------------------|-----|
| CONCLUSÕES | 99 |
| BIBLIOGRAFIA | 101 |

INTRODUÇÃO

A violência sexual nas relações de intimidade é hoje uma realidade em muitas famílias. Historicamente, desde a Antiguidade Clássica, há registo da concordância das sociedades e respetivas leis quanto a posição de domínio exercida pelo homem perante a mulher e filhos, que lhe conferiam legitimidade para exercer violência sobre os mesmos com a finalidade de educar ou corrigir.¹ *“A violência contra as mulheres é um aspecto comum no casamento, desde os tempos medievais. A doutrina de “cobertura” influenciou profundamente o seu estatuto, considerando as mulheres casadas como sendo legalmente inexistentes. De acordo com tal princípio, através do casamento, as mulheres perdiam a sua identidade legal individual, passando a constituir, juntamente com os maridos, uma entidade legal única, cujo representante era o homem. O referido princípio conduziu a inúmeras anomalias legais, fazendo com que os homens fossem responsáveis pelas condutas e os actos das mulheres e legitimando o direito deles as punirem e violentarem (Micklow, 1988:408).”*²

Hoje, felizmente, após diversas alterações penais, podemos encontrar a criminalização de tais atos no crime de violência doméstica previsto no art. 152.º do CP. Maria Fernanda Palma defende que o alargamento do âmbito da violência doméstica e a sua criminalização autónoma acentuam a proteção das vítimas de violência doméstica, justificando-se na medida em que a intervenção penal contraria a tradição e o conformismo que conduziam a uma negação dramática da autonomia pessoal, estendendo ou aprofundando a intervenção penal à luz da proteção dos direitos fundamentais e dos valores constitucionais e assume, assim, uma *“função preventiva e promocional dos direitos.”*³

Apesar de encontrar-se abrangido pelo tipo de violência doméstica, a violência sexual nas relações de intimidade não deixa de levantar problemas aquando da

¹Para um estudo mais aprofundado da questão: ISABEL DIAS, Violência Doméstica e justiça: respostas e desafios. Sociologia in Revista do Departamento de Sociologia da FLUP, Vol. XX, 2010, pg. 250 a 252.

²*Ibidem*, pg. 250. Ver ainda sobre “O poder de correção doméstica”, TERESA BELEZA, Violência Doméstica, Colectânea de textos de Parte Especial do Direito Penal, Lisboa, AAFDL, 2008, pg. 117 e ss.

³*Vide* TAIPA DE CARVALHO, Comentário Conimbricense do Código Penal. Direção J. Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 2012- comentário ao art.º 152.º, §3 da nótula antes do art. 152.º.

aplicação da pena a conduta do agente. Isto é assim porque o crime de violência doméstica possui um âmbito bastante abrangente que inclui outros tipos penais, inclusive tipos penais mais graves como é o caso da violação sexual prevista no n.º 1 do art. 164.º do CP.⁴ Pensando nestes casos, o legislador imprimiu no tipo de violência doméstica uma cláusula de subsidiariedade expressa que manda aplicar a pena do crime mais grave em causa.

Pode pensar-se que tal cláusula resolve a problemática do concurso entre o crime de violência doméstica e o crime de violação no âmbito das relações de intimidade mas a verdade é que continuam a existir problemas neste âmbito. Esses problemas podem resultar de vários fatores, entre eles e sendo talvez os principais, da reiteração da conduta do agente e da multiplicidade de ações que estão abrangidos pelo conceito de violência doméstica. E por que tais aspetos originam problemas? Por que a cláusula de subsidiariedade não resolve eficazmente a questão? A resposta passa pela consideração da conduta do agente e pelo bem jurídico que a norma visa proteger. Será justo que a um agente que pratica diversos atos enquadráveis no crime de violência doméstica, de forma reiterada, e entre eles pratique o ato de violação seja aplicada apenas a pena do crime de violação por ser esta a pena mais grave, seguindo a aplicação da cláusula de subsidiariedade?

São a todas estas questões que pretendemos dar resposta ao longo desse estudo e para isso passaremos por uma breve análise dos tipos penais em causa, analisando seus aspetos principais que podem influenciar na questão da aplicação da pena, analisaremos em que circunstâncias as ações do agente podem ser tratadas como uma unidade ou pluralidade, perceberemos quais os tipo de concurso em causa e, por fim, de que forma deverá ser aplicada a cláusula de subsidiariedade e conseqüentemente de que maneira será aplicada a respetiva pena.

⁴ A nosso ver a expressão “ofensas sexuais” prevista no art. 152.º do CP inclui também o crime de violação. Nesse mesmo sentido: TAIPA DE CARVALHO entende que as ofensas sexuais dizem respeito aos casos de coação sexual prevista no art. 163.º, n.º 2, da violação prevista no art. 164.º, n.º 2 e da importunação sexual prevista no art. 170.º, todos do CP. (Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte especial, Tomo I, 2ª edição, Coimbra, 2012, Comentário ao art. 152.º, §5, pg. 515). De acordo PAULO PINTO ALBUQUERQUE, estão incluídos no âmbito das ofensas sexuais a violação prevista no art. 164.º, n.º 2, a importunação sexual e o abuso sexual de menores dependentes previsto no art. 172.º, n.º 2 ou 3. (Comentário do código penal à luz da Constituição da Republica e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Lisboa, Universidade Católica, 3ª edição, 2015, Comentário ao art. 152º, §10, pg. 465.)

CAPÍTULO I – O crime de violência doméstica e o crime de violação

1- O crime de violência doméstica

1.1- Evolução legislativa

O crime de violência doméstica tipificado autonomamente desde a reforma penal de 2007⁵, no art.º 152.º do CP, consubstancia-se no facto de: “quem, de modo reiterado ou não, infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais...”.

Tradicionalmente, a violência física e sexual dos maridos sobre as mulheres foi considerada justificada seja expressa ou implicitamente. Tal aceitação se refletia tanto Direito legislado como no dito nos casos concretos pelos tribunais que reconheciam o “poder de correção doméstica” e que se refletiam em normas injustas como a quase impunidade do marido que cometesse homicídio por ter flagrado uma traição da esposa.⁶

Parte dessas normas foram revogadas ainda antes da Constituição de 1976 e outras foram invalidadas por ela. A substituição de alguns desses regimes apenas se deu com a publicação e revisões do Código Penal de 1982.

O crime de Violência Doméstica foi consagrado pela primeira vez no Código Penal de 1982, com a epígrafe «maus tratos ou sobrecarga de menores e de subordinados ou entre cônjuges», previsto e punido no artigo 153.º, números 1, 2 e 3. Eduardo Correia, autor do Projeto do dito Código Penal, propôs para a temática os artigos 166.º e 167.º, relativos ao crime de maus tratos a crianças e o crime de sobrecarga de menores e de subordinados, respetivamente, sem qualquer referência a agressões entre cônjuges, tendo sido a Comissão Revisora a

⁵ Lei 59/2007, de 04.09.

⁶ Veja-se ISABEL DIAS, *Violência Doméstica e justiça: respostas e desafios*. Sociologia, Revista do Departamento de Sociologia da FLUP, Vol. XX, 2010, pg. 250 a 252 e TERESA BELEZA, *Violência Doméstica*, Colectânea de Textos de Parte Especial do Direito Penal, AAFDL, Lisboa, 2008, pg. 117 e ss.

encarregar-se de incorporar a matéria na versão final do Código.⁷ Surgiu então pela primeira vez a criminalização autónoma de “maus tratos”.

A primeira versão do art. 153.º do CP foi alvo de críticas doutrinárias. A interpretação jurisprudencial considerava que se tratava de um crime específico de ofensas corporais,⁸ sendo por isso de carácter semipúblico com a exceção dos casos em que estivessem verificados os elementos do tipo subjetivo “malvadez e egoísmo”, que se encontravam previstos expressamente no número 1 do art.º 153.º relativo aos maus tratos a menores dependentes. De acordo com Teresa Beleza, tal interpretação inutilizou o preceito, tendo em conta as especificidades do crime como a questão premente da afetação da autonomia da vontade individual das vítimas quando sujeita a maus tratos. Segundo esta autora, tal interpretação que atribuía ao crime uma natureza semipública e inutilizava o preceito por três motivos principais: fazer depender a abertura do inquérito de queixa, da possibilidade de desistência ou perdão por parte da vítima e pelo facto de o prazo de caducidade da apresentação da queixa ser muito curto.⁹

Em 1995, com o DL n.º 48/95, de 15/03, foi eliminada a referência aos elementos subjetivos especiais, alargou-se o âmbito subjetivo passivo às pessoas idosas ou doentes, incluíram-se expressamente os maus tratos psíquicos e agravaram-se as penas. Relativamente aos maus tratos a cônjuge, o legislador atribuiu expressamente a natureza semipública ao crime.

Em 1998, através da Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro, surge uma nova Reforma que tentou dar resposta as severas críticas relativas à natureza semipública do crime de maus tratos a cônjuge. A principal alteração registada respeita ao procedimento criminal: embora continuasse a depender de queixa, podia agora o Ministério Público dar início ao processo sem que nenhuma queixa tivesse sido apresentada, quando o interesse da vítima o impusesse, desde que, até ser deduzida acusação, não tivesse existido oposição do cônjuge ofendido, numa ação de ponderação de valores entre a vontade da vítima e a promoção da justiça social estadual. Para

⁷ CARLOS CASIMIRO NUNES e MARIA RAQUEL MOTA, O crime de violência doméstica – a alínea b) do n.º 1 do art. 152.º do Código Penal, Revista do Ministério Público, n.º 122 – Abr.-Jun. 2010, pg. 133-175.

⁸ Denominação dada na altura ao crime que agora corresponde às ofensas à integridade física. cf. TERESA BELEZA, Violência Doméstica..., cit. p.117

⁹ TERESA BELEZA, Violência Doméstica..., cit. p.117

Jorge dos Reis Bravo,¹⁰ este regime ficou aquém das expectativas. Acabou por não solucionar o problema dos arquivamentos por vontade da vítima, dado que esta tinha a última palavra na decisão de avançar ou não, com o processo penal.

Em 2000, com a Lei nº 7/2000, de 27 de Maio, o legislador consagrou a natureza pública do crime de maus tratos, quebrando a ideia tradicional da inviolabilidade da família e não intromissão do Estado nos assuntos “domésticos”, com uma proteção radicada na dignidade da pessoa humana. Foi consagrada também a possibilidade de suspensão provisória do processo a pedido da vítima, bem como a pena acessória de proibição de contato, incluindo o afastamento da residência desta (até 2 anos) e passou a incluir-se, enquanto vítima, o progenitor de descendente comum. Tal como refere Maria Fernanda Palma, a atribuição do carácter público a este crime foi um passo importante para a demonstração da intolerância social para com uma violência que ocorre em espaços que tradicionalmente eram inacessíveis ao direito, por pertencerem à esfera íntima das relações familiares. De acordo com a autora, a atribuição do carácter público *“intensifica o conflito moral no interior dos potenciais infratores imputáveis.”*¹¹

Em 2007¹² houve uma nova revisão ao CP e as principais alterações foram: a separação entre a violência doméstica (art. 152.º), os maus tratos (152.º A) e a violação de regras de segurança (152.º B). Como nos ensina Teresa Beleza, *“esta separação é plenamente justificada, uma vez que a mistura dos preceitos não era só de fundamentação duvidosa (quanto aos bens jurídicos protegidos com as incriminações) como também tornava o texto do artigo acentuadamente confuso e obscuro”*.¹³ No art. 152.º do CP vem agora epigrafado expressamente “violência doméstica”, a redação de 2007 é a que se mantém em vigor, com o acrescento da expressão “relação de namoro” à alínea b) do número 1, pela Lei nº 19/2013, de 21 de Fevereiro, materializando um novo alargamento do âmbito dos sujeitos passivos. Quanto a descrição do facto típico a lei refere a infligência de “maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas

¹⁰ JORGE DOS REIS BRAVO, A actuação do Ministério Público no Âmbito da Violência Doméstica, Revista do Ministério Público, n.º 102, Abril-Junho 2005, Lisboa: Editorial Minerva, pg. 67.

¹¹ MARIA FERNANDA PALMA. Conceito material de crime, direitos fundamentais e reforma penal, Anatomia do Crime n.º 0, Coimbra: Almedina, 2014, pg. 9.

¹² Lei nº 59/2007 de 4 de Setembro.

¹³ TERESA BELEZA, Violência Doméstica..., pg.119.

sexuais ... de modo reiterado ou não”. Tanto a desnecessidade de reiteração como a referência a “castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais” são inovações que não constavam das versões anteriores e que estão relacionadas com a evolução da jurisprudência e as críticas apresentadas durante a discussão do projeto.

A atribuição da nomenclatura “Violência Doméstica” ao crime, é criticada por alguns autores¹⁴ na medida em que apenas abrange uma parte dos contextos que são na verdade contidos na norma, quando na realidade, esta incriminação abarca situações em que não é exigida a coabitação mas, por outro lado se verificam laços de afetividade entre a vítima e o agente. Percebe-se pela leitura da norma, hoje de forma absolutamente pacífica, que a violência doméstica tem um significado maior que violência na família, alargando-se à “violência no espaço doméstico ou na vida doméstica”,¹⁵ pensamento defendido por Plácido Fernandes, ainda antes da inclusão das relações de namoro no núcleo subjetivo passivo.

O legislador alargou também o âmbito subjetivo passivo às relações pretéritas e afastou expressamente o requisito da coabitação quanto a alguns sujeitos passivos. Passou-se também a incluir expressamente as relações homossexuais. Por fim, criou-se a agravante do número 2 do art.º 152.º, que se refere à presença dos filhos durante os atos de violência.

A última alteração da norma do art.º 152.º teve lugar em 2013, passando a estar abrangidas as relações de namoro na violência doméstica e alargando-se o conceito de pessoa particularmente indefesa, passando o núcleo exposto no artigo, a ser meramente exemplificativo.

¹⁴ MOREIRA DAS NEVES, *Violência Doméstica – bem jurídico e boas práticas*, Verbo Jurídico, 2009, pg. 4.

¹⁵ PLÁCIDO CONDE FERNANDES, *Violência Doméstica no Quadro Penal e Processual Penal*. Revista do CEJ n.º8 (Especial): Jornadas sobre a Revisão do Código Penal, 1.º Semestre 2008 p. 304.

1.2- Tipos de violência doméstica – em especial a violência sexual

O art. 152.º, n.º 1 do CP prevê que “Quem, de modo reiterado ou não, infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais...”. Atualmente, a identificação dos comportamentos que podem ser considerados abrangidos pelo conceito de maus tratos está relativamente assente. *“Devem estar em causa actos que pelo seu carácter violento sejam, por si só ou quando conjugados com outros, idóneos a reflectir-se negativamente sobre a saúde física ou psíquica da vítima. A circunstância de uma certa acção poder, a priori, integrar o conceito de maus tratos não significa necessariamente que se dê sem mais como preenchido o tipo-de-ilícito do crime de violência doméstica, tudo dependendo da respectiva situação ambiente e da imagem global do facto.”*¹⁶

Daqui é possível retirar que a violência doméstica pode assumir várias formas, não tendo de ser necessariamente física. Assim, é possível classificar os comportamentos que são abrangidos pelo crime de violência doméstica de acordo com o critério da espécie de violência, esta pode ser através de:

- **Violência emocional e psicológica** - Consiste em desprezar, menosprezar, criticar, insultar ou humilhar a vítima, em privado ou em público, por palavras e/ou comportamentos mesmo que não configurem em si o crime de ameaça¹⁷; criticar negativamente todas as suas ações, características de personalidade ou atributos físicos; gritar para atemorizar a vítima¹⁸; destruir objetos com valor afetivo para ela, rasgar fotografias, cartas e outros documentos pessoais importantes, na presença da vítima¹⁹; persegui-la no trabalho, na rua, nos seus espaços de lazer; acusá-la de ter amantes, de ser infiel; entre outros.^{20 21 22}

¹⁶ NUNO BRANDÃO, A Tutela Penal Especial Reforçada da Violência Doméstica, Julgar, n.º 12, 2010, N.º especial: crimes no seio da família e sobre menores, pg. 12.

¹⁷ AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, Comentário Conimbricense..., Comentário ao art. 152.º, § 8.

¹⁸ ANDRÉ LAMAS LEITE esclarece quanto ao este ponto que o gritar é referente “às hipóteses em que o par desenvolve «rituais de interrupção» destinados a fazer cessar a escalada de conflito e a reparar as suas consequências. Sobre o conceito, e sobre as fases típicas da evolução da violência nas relações íntimas, identificadas por LENORE WALKER (1979), (a) ciclo da violência — aumento da tensão; ataque violento ou episódio de violência; apaziguamento ou reconciliação, e b) evolução em frequência, intensidade e perigosidade”. A violência relacional íntima: reflexões cruzadas ente o Direito Penal e a Criminologia, Julgar n.º 12 (especial), 2010, pg. 40, nota 64.

¹⁹ CELIA MANITA, Violência Doméstica: compreender para intervir – guia de boas práticas para profissionais de instituições de apoio a vítimas, coleção violência de género, comissão para a cidadania e igualdade de género, presidência do Conselho de Ministros, Lisboa, 2009, pg. 16. No mesmo sentido GIG – Comissão ara a Cidadania e Igualdade de Género, Violência Doméstica:

Taipa de Carvalho²³ considera que embora o tratamento cruel (por exemplo, reiterada omissão do fornecimento, a horas, das refeições ou da medicação) não venha expressamente referido no artigo 152º, mas sim no artigo 152º-A, tal tratamento deve ser considerado como um mau trato psíquico.

- **Intimidação** – através de coação e ameaça - surge intrinsecamente associada à violência emocional-psicológica: consiste em manter a mulher vítima sempre com medo daquilo que o agressor possa fazer contra si e/ou contra os seus familiares e amigos, a animais de estimação ou bens. Para tal, o agressor pode recorrer a palavras, olhares e expressões faciais, gestos mais ou menos explícitos, mostrar ou mexer em objetos intimidatórios – por exemplo, armas. Pode ainda ameaçar, causar lesões ou a morte à companheira/esposa, aos filhos ou a familiares daquela, pode ameaçar que se suicida caso a vítima o abandone ou recorrer à utilização dos filhos para a imposição de poder sobre a vítima.
- **Violência Física** – Consiste no recurso à força física com o objetivo de ferir/causar dano físico ou orgânico, deixando ou não marcas evidentes – engloba atos como empurrar, puxar o cabelo, dar estaladas, murros, pontapés, apertar os braços com força, apertar o pescoço, bater com a cabeça da vítima na

implicações sociológicas, psicológicas e jurídicas do fenómeno. Manual multidisciplinar, Caderno especial, 2016, pg. 31. Por outro lado, ANDRÉ LAMAS LEITE considera que tais atos não fazem parte do tipo penal e refere que “«*maus tratos físicos ou psíquicos*» devem, a nossos olhos, ser interpretados como lesões graves, pesadas da incolumidade corporal e psíquica do ofendido, diríamos que no campo de tensão entre os tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos e a tutela da integridade física e moral”. A violência relacional íntima ..., pp. 44 e 45.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Assim também refere NUNO BRANDÃO “*estão em condições de ser qualificados como maus tratos psíquicos os insultos, as críticas e comentários destrutivos, achincalhantes ou vexatórios, a sujeição a situações de humilhação, as ameaças, as privações injustificadas de comida, de medicamentos ou de bens e serviços de primeira necessidade, as restrições arbitrárias à entrada e saída da habitação ou de partes da habitação comum, as privações da liberdade, as perseguições, as esperas inopinadas e não consentidas, os telefonemas a desoras, etc. Para se assumirem como actos típicos de maus tratos, estes comportamentos não têm de possuir relevância típica específica no seio de outros tipos legais de crime. Seja no sentido de que nem remotamente poderiam ser integrados em qualquer outra previsão típica, seja no de que a conduta seria de molde a preencher um específico tipo-de-ilícito, mas fica aquém do necessário para esse efeito, como se costuma enfatizar em relação às ameaças.*”

²² A descrição do facto típico na lei, após as alterações em 2007, é referida como “*maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações de liberdade e ofensas sexuais. “Estas inovações estão ligadas à evolução da jurisprudência e às críticas apresentadas durante a discussão pública do projecto, por exemplo pela Associação Portuguesa de Mulheres Juristas.”* TERESESA BELEZA, Violência doméstica ..., pg. 120.

²³ AMERICO TAIPA DE CARVALHO, Comentário Conimbricense ..., Comentário ao art. 152.º, § 4.

parede, armários ou outras superfícies, dar-lhe cabeçadas, empurrar pelas escadas a baixo, queimar, entre outros exemplos.²⁴

- **Isolamento social** – Resulta de diversas estratégias implementadas pelo agressor para afastar a vítima da sua rede social e familiar, dado que uma vítima isolada é mais facilmente manipulável e controlável do que uma vítima com uma boa rede de apoio familiar e social. Estas estratégias consistem basicamente em proibir que a mulher se ausente de casa sozinha, ou sem o consentimento do agressor, afastá-la do convívio com a família ou amigos, seja por via da manipulação, bem como por via da ameaça a própria ou a terceiros significativos, caso a vítima mantenha contactos sem a sua autorização.^{25 26}
- **Violência sexual** - Uma vez que nossa análise centra-se nos casos de violência sexual nas relações de intimidade torna-se relevante esclarecer que atos são caracterizadores deste tipo de violência.

Embora a lei não refira quais os atos que consubstanciam ofensas sexuais incluídas no artigo 152.º do CP, existem várias definições que os explicam. Assim, segundo a OMS²⁷ este tipo de violência consiste em *“qualquer ato sexual, tentativa de obter ato sexual, comentários ou insinuações sexuais não desejadas, atos de tráfico ou dirigidos contra a sexualidade de uma pessoa usando coerção, [...] porém não limitado à penetração da vulva ou ânus com o pénis, outra parte do corpo ou objeto”*.

²⁴ Nesse sentido NUNO BRANDÃO esclarece *“Entre a multidão de acções que à partida podem ser tidas como maus tratos físicos contam-se todo o tipo de comportamentos agressivos que se dirigem directamente ao corpo da vítima e em regra também preenchem a factualidade típica do delito de ofensa à integridade física, como murros, bofetadas, pontapés e pancadas com objectos ou armas, só para citar os exemplos mais correntes, mesmo que se não comprove uma efectiva lesão da integridade corporal da pessoa visada. Mas entram ainda na esfera dos maus tratos físicos agressões de vários tipos que as mais das vezes são excluídas do âmbito do ilícito-típico das ofensas corporais, como empurrões, arrastões, puxões e apertões de braços ou puxões de cabelos.”* Tutela Penal Especial Reforçada ..., pp. 12 e 13.

²⁵ CELIA MANITA, *Violência Doméstica* ..., pg. 18.

²⁶ Há ainda autores, como CELIA MANITA, que falam no abuso económico como tipo de violência doméstica. Associado frequentemente ao isolamento social, surge como uma forma de controlo através do qual o agressor nega à vítima o acesso a dinheiro ou bens, incluindo, muitas vezes, bens de necessidade básica para esta e para os filhos. *“Passa também por estratégias de controlo da alimentação e da higiene pessoal (da vítima e, por vezes, também dos filhos), como manter o frigorífico, armários ou dispensas fechados com cadeados, esconder as chaves de diversos compartimentos da casa, controlar as horas a que o aquecimento geral/local ou um esquentador ou cilindro pode ser ligado, manter aquecida apenas uma divisória da casa, na qual apenas o agressor pode entrar/permanecer, bloquear telefones, impedir a ida sozinha a supermercados ou cafés.”* *Ibidem*.

²⁷ OMS – Organização Mundial de Saúde (2002), *Relatório Mundial sobre Violência e Saúde*, pg. 5.

A APAV explica mais pormenorizadamente referindo que a violência sexual “abrange todos os atos ou tentativas de atos sexuais, avanços ou comentários sexuais cometidos por uma ou mais pessoas contra outra(s) pessoa(s), sem que esta(s) o deseje(m) ou consinta(m). São vários os atos de natureza sexual que podem ser considerados formas de violência: toques íntimos não desejados, como ser beijado/a, acariciado/a ou apalpado/a nos órgãos sexuais e/ou em outras partes do corpo, contra a vontade ou sem consentimento; ser alvo de comentários ou piadas de carácter sexual que causam desconforto ou receio; ser alvo de insultos ou outras formas de agressão verbal de conteúdo sexual; ser forçado/a ou pressionado/a a tocar, acariciar e/ou a masturbar outra pessoa; ser obrigado/a ou pressionado/a a ver outras pessoas em poses ou atos de natureza sexual ou ser exposto/a, contra a vontade, à nudez de outra pessoa; ser fotografado/a, filmado/a ou espiado/a, sem consentimento prévio ou autorização; ser penetrado/a por via oral, vaginal ou anal, por pênis, outras partes do corpo (ex.: dedos) ou objetos; ser obrigado/a ou pressionado/a a penetrar outra pessoa ou a praticar com ela sexo oral; ser obrigado/a ou pressionado/a a assistir ou a participar em filmes, fotografias ou espetáculos pornográficos; ser forçado/a ou pressionado/a a envolver-se na prostituição.”²⁸

Essencialmente, a violência sexual, define-se como a ação de uma pessoa que se encontra em posição de poder relativamente a outra, obrigando-a a práticas sexuais sem a sua vontade.²⁹

Ainda de acordo com a APAV, a violência sexual no âmbito de uma relação íntima é a mais difícil de ser identificada devido a diversos obstáculos, designadamente: a dificuldade da vítima em definir a sua experiência como uma forma de vitimização; a violência sexual ser mais difícil de identificar quando não implica o uso de estratégias como a força física, a ameaça ou o recurso a armas; a violência sexual ser mais difícil de ser reconhecida (pela vítima, mas também socialmente) quando a vítima não apresenta lesões físicas que façam prova da agressão e/ou quando não ofereceu resistência; ser mais difícil reconhecer uma experiência de vitimização

²⁸ APAV - Associação de Apoio à Vítima (2013), Manual unisexo para o atendimento a vítimas adultas de violência sexual, pg. 34.

²⁹ PAIVA, C. & FIGUEIREDO, B. (2003). Abuso no contexto do relacionamento íntimo com o companheiro: definição, prevalência, causas e efeitos. Psicologia, Saúde & Doenças, pg. 4

sexual quando existe historial de atividade sexual consentida com o/a agressor/a; sentimentos como auto culpabilização, vergonha, impotência, humilhação e medo de eventuais retaliações do/a agressor/a e/ou de o/a prejudicar. A vulnerabilidade para a violência sexual é explicada pelo modo como fatores de risco (individuais, relacionais, comunitários e sociais) interagem entre si numa determinada fase da vida. A violência sexual abrange um gama de comportamentos, contactos, interações de natureza sexual não consentidos, tais como: violação; comportamentos sexualmente abusivos que impliquem o contacto físico/sexual direto entre vítima e agressor/a; comportamentos sexualmente abusivos que não implicam o contacto físico/sexual direto entre vítima e agressor/a; e, comportamentos sexualmente coercivos³⁰.

Muitas vezes as vítimas de violência sexual no âmbito de uma relação de intimidade têm dificuldade de se verem como vítimas por entenderem que existe um dever sexual a ser cumprido e que ainda que o ato sexual seja contra sua vontade é “normal” que isso aconteça no seio desse tipo de relação. Contudo, tal entendimento não corresponde a verdade e é constitucionalmente inaceitável num Estado de Direito Democrático em que a liberdade pessoal e sexual são direitos fundamentais de toda pessoa e sendo assim, toda pessoa tem o direito de recusar-se a ter relações sexuais ainda que no âmbito de uma relação conjugal. Assim, todas estas formas de violência sexual representam a violação do direito de tomar decisões livres e conscientes em relação à própria vida sexual, configurando atos criminosos.

As ofensas sexuais enquadráveis no artigo 152.º do CP poderão revestir outro tipo de crime sexual, como o crime de violação art. 164.º do CP. Desta feita, surge a seguinte questão: Como deverá ser punido um agente que pratica violência sexual no âmbito de uma relação de intimidade quanto esta preenche também ilícito típico do crime de violação? É a justamente esta pergunta que pretendemos responder ao longo deste estudo.

³⁰ APAV - Associação de Apoio à Vítima (2013). Manual unisexo para o atendimento a vítimas adultas de violência sexual, pg. 13-15.

1.3- O bem jurídico protegido

Questão relevante quando tratamos de matéria de concurso de crimes é a identificação do bem jurídico que os tipos de crime visam tutelar.

O crime de violência doméstica se encontra inserido no título I da parte especial do Código Penal, dedicado aos “crimes contra as pessoas”, como *supra* referido, integrando-se, dentro deste, no capítulo III, referente aos “crimes contra a integridade física”. Esta localização sistemática não é isenta de críticas. Na realidade, tal posicionamento poderia levar ao entendimento de que a integridade física seria o único bem jurídico tutelado, o que não corresponde à verdade. São vários os direitos fundamentais em causa em causa nos casos de violência doméstica, entre eles a integridade física, a integridade moral, o desenvolvimento da personalidade, o bom nome, a reputação, a imagem, a palavra, a reserva da intimidade da vida privada e familiar, a liberdade, a segurança, o domicílio, o sigilo da correspondência e outros meios de comunicação privada, a igualdade ou não discriminação, entre outros.³¹

A *ratio* do tipo não está na proteção a unidade familiar ou as relações familiares como outrora se defendeu.³² Apesar de ser neste âmbito que se situa o comportamento típico, os interesses protegidos dizem diretamente respeito à pessoa ofendida e não à instituição família.

Com efeito, como afirmam Carlos Casimiro e Maria Raquel Mota, citando Ricardo Bragança de Matos, “*a conduta punida pelo crime de violência doméstica está «carregada de uma dupla ilicitude (...): aquela derivada da violação de um dever geral de abstenção relativamente à integridade física, psíquica, moral e emocional do outro (...); aquela derivada da violação dos especiais deveres pessoais que decorrem da relação de conjugalidade» (ou de afectividade, ou de simples partilha de espaço, ...)*” quanto à esta dupla ilicitude da violência doméstica, note-se que a mesma deriva, segundo os mencionados autores, “*da violação de um dever geral de abstenção relativamente à integridade física, psíquica, moral e emocional do outro*”,

³¹ Conferir artigos 13.º, 25.º, 26.º, n.º 1, 27.º, n.º 1, 34.º, n.º 1, 37.º, n.º 1, 41.º, n.º 1, 43.º, n.º 1, 44.º, 47.º, n.º 1, entre outros, da Constituição da República Portuguesa.

³² Assim, na doutrina e jurisprudência nacionais, respetivamente, por todos, TAIPA DE CARVALHO, Comentário Conimbricense..., Comentário ao art. 152.º, § 4., e Ac. do STJ de 05-11-2008, processo n.º 08P2504.

por um lado, e da “*violação dos especiais deveres pessoais que decorrem da relação de conjugalidade*” ou “*de afectividade ou de simples partilha de espaço.*”³³ Logo, não será efetivamente necessária uma relação familiar para se poder falar numa dupla ilicitude, bastando, no entender de Carlos Casimiro Nunes e Maria Raquel Mota, a afetividade ou partilha de espaço entre a vítima e o agente.

Por outro lado, resulta do próprio teor literal do art. 152.º que o bem jurídico protegido não é a unidade familiar ou conjugal uma vez que o crime de violência doméstica pode ser cometido contra um ex-cônjuge, contra quem o agente tenha mantido uma relação análoga a dos cônjuges, ainda que sem coabitação ou ainda contra pessoa particularmente indefesa que com ele coabite (als a), b) e d) do n.º 1 do art. 152.º do CP),³⁴ o que demonstra não estar em causa a proteção do núcleo familiar.

Já vimos que o núcleo familiar ou a relação conjugal não são os bem jurídicos protegidos pela norma em análise, cabe então averiguarmos qual tem sido o entendimento seguido neste âmbito. Entre nós, é habitual a afirmação de que o bem jurídico protegido pela incriminação da violência doméstica é a *dignidade humana*.

Creemos que é devido ao âmbito tão amplo deste tipo de ilícito que existem divergências quanto a bem jurídico que é protegido pela norma do art. 152.º do CP.

É frequente a afirmação de que “*o bem jurídico protegido pela incriminação é, em geral, o da dignidade humana, e, em particular, o da saúde.*”³⁵ Assim, Carlos Casimiro Nunes e Maria Raquel Mota, referem que “*a norma visa proteger, autonomamente, não só o bem jurídico saúde como também, e de forma individualizada, a dignidade humana*”³⁶

³³ CARLOS CASSEMIRO e MARIA RAQUEL MOTA, Crime de violência doméstica: a alínea b) do n.º 1 do artigo 152.º do Código Penal, in Revista do Ministério Público, n.º 122, pg.154.

³⁴ Nesse sentido, Cf. TAIPA DE CARVALHO, Comentário Conimbricense ..., comentário ao art. 152.º cit., § 4.

³⁵ Cf., entre outros, o Ac. do STJ de 30-10-2003, CJ STJ, 2003, III, pg. 208 e ss. Na doutrina nacional, atribuindo relevo à dignidade humana como bem jurídico do crime em consideração, AUGUSTO SILVA DIAS, Crimes contra a Vida e a Integridade Física, 2.ª ed., AAFDL, 2007, pg. 110. Já TAIPA DE CARVALHO, cit., § 4, apesar de frisar que a *ratio* do tipo está na proteção da pessoa individual.

³⁶ CARLOS CASSEMIRO e MARIA RAQUEL MOTA, Crime de violência doméstica..., pg.146.

Augusto Silva Dias e Sandra Feitor, concebem a dignidade da pessoa humana como bem jurídico ou um dos bens jurídicos que são tutelados por essa norma.

Augusto Silva Dias considera que os bens jurídicos protegidos no crime de violência doméstica são “*a integridade corporal, saúde física e psíquica e dignidade da pessoa humana*”.³⁷

Aprofundando o estudo da temática, Sandra Feitor defende³⁸ que o bem jurídico protegido deve ser a dignidade humana, na medida em que é a “*vivência relacional e íntima com dignidade*” que a norma protege. De acordo com a posição da autora, o escopo da norma é punir a violência em todas as suas formas, sendo que a vítima não tem que aceitar ofensas à sua dignidade, logrando ser tratada com respeito e não cabendo ao juiz “*fazer juízos de moralidade ou interpretações pessoais sobre a gravidade, ou não, de uma ou mais “bofetadas”*”. A tese que consagra a dignidade humana como bem jurídico diretamente protegido pela norma, tem também sido por vezes seguida na jurisprudência.³⁹

Por outro lado, Nuno Brandão, apesar de reconhecer que o bem jurídico em causa será a “saúde”, discorda de estar em causa a dignidade humana. Este autor apoia-se nas críticas de Figueiredo Dias a algumas decisões do Tribunal Constitucional que suportam a dignidade penal de uma incriminação no princípio da dignidade da pessoa humana.⁴⁰ Figueiredo Dias defende que a dignidade humana não tem uma natureza de “*princípio prescritivo dotado de um conteúdo fixo, imutável e apto à subsunção e como tal imediatamente aplicável a concretas situações da vida*”.⁴¹ A função do princípio da dignidade da pessoa humana é “*a de se erguer como um veto inultrapassável a qualquer atividade do Estado que não respeite aquela dignidade e,*

³⁷ Materiais para o estudo da Parte Especial do Direito Penal, Crimes contra a vida e a integridade física, 2.^a edição, AAFDL, 2007, pg. 110. Com o mesmo entendimento, PLÁCIDO CONDE FERNANDRES, Violência Doméstica, Novo Quadro Penal e Processual Penal, Jornadas sobre a Revisão do Código Penal, Revista do CEJ, 1.^o SEMESTRE DE 2008, N.^o 8, pg. 305.

³⁸ SANDRA INÊS FEITOR, op. Cit. Análise Crítica do Crime de Violência Doméstica, Rubrica Pontos de Vista da Faculdade de Direito da universidade Nova de Lisboa, 2013,pg. 4.

³⁹ Por todos, Ac. STJ 30-10-2003, Ac. TRC 29.01.2014, Proc. N.^o 1290/12.1PBAVR.C1 e Ac. TRC 24.04.2012, Proc. N.^o 632/10.9PBAVR.C1, Ac. TRE 03.07.2012, Proc. N.^o 53/10.3GDFTR.E1, Ac. TRE 08.01.2013, Proc. N.^o 113/10.0TAVVC.E1; Ac. TRC 20.01.2016, Proc. N.^o 835/13.4GCLRA.C1

⁴⁰ FIGUEIREDO DIAS, O Direito Penal do bem jurídico ..., cit., pg. 39 e ss.

⁴¹ Sobre a dificuldade em fixar um conteúdo para o princípio da dignidade humana, ver também LUÍS ROBERTO BARROSO, Princípio da dignidade humana: uma contribuição para a densificação do seu conteúdo, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pg. 126

deste modo, antes que como fundamento, como limite absoluto da intervenção estadual". A dignidade humana concretiza a mais importante proposição ideológica de um Estado de Direito, o que não se compatibiliza com a função delimitadora de um bem jurídico, que deve ser fundamento da validade constitucional de uma incriminação. Para o autor, este princípio pode ser apenas legitimamente invocado como fundamento da inconstitucionalidade e não da constitucionalidade de uma incriminação. Por fim, Figueiredo Dias concretiza que o fundamento da constitucionalidade pode antes partir dos concretos bens jurídicos em que se substancia a dignidade humana.

Nesse seguimento, Nuno Brandão afirma que o intento de prevenir e reprimir as ofensas que rebaixem de modo socialmente insuportável a dignidade pessoal da vítima está por certo na base da criminalização específica dos maus tratos domésticos. O que não significa, porém, que a dignidade humana deva ser erigida a específico bem jurídico da violência doméstica. A dignidade humana como valor fundante e transversal a todo o sistema jurídico não está em condições de desempenhar a função de específico referente e padrão crítico da criminalização que deve ser própria de um bem jurídico-penal.⁴²

Já Paulo Pinto Albuquerque, entende que o bem jurídico da violência doméstica é plural, abarcando a *"integridade física e psíquica, a liberdade pessoal e a autodeterminação sexual e até a honra"*.⁴³ Não concordando com tal posição, Teresa Féria considera que à multiplicidade de condutas que consubstanciam violência doméstica, está presente o denominador comum da *"infilção de um tratamento ofensivo da dignidade pessoal, com a conseqüente impossibilidade de desenvolvimento da personalidade, direito fundamental igualmente reconhecido na Constituição da República- artigo 26º nº1"*.⁴⁴ Portanto, o tipo incriminador não se reconduz simplesmente à punição das agressões em que se traduzem os

⁴² NUNO BRANDÃO, A Tutela Especial Reforçada ..., pp. 9-24.

⁴³ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentarário do Código Penal, pg. 464. Também com o entendimento de que o bem jurídico da violência doméstica se delimita no conjunto de múltiplos bens jurídicos, vide Ac. TRE 08.01.2013, Proc. N.º 113/10.0TAVVC.E1."2- O bem jurídico tutelado pelo tipo é complexo, incluindo a saúde física, psíquica e emocional, a liberdade de determinação pessoal e sexual da vítima de actos violentos e a sua dignidade quando inserida numa relação ou por causa dela."

⁴⁴ TERESA FÉRIA, Ousar Vencer a Violência sobre as Mulheres na Família - Guia de Boas Práticas Judiciais, cap. I, APMJ, 2006.

comportamentos de violência doméstica, mas à proteção da integridade pessoal, liberdade e segurança da vítima que é ameaçada através da prática das ofensas praticadas.

Alguns autores têm o entendimento de que o tipo de crime da violência doméstica pretende tutelar a integridade pessoal. Moreira das Neves defende que o bem jurídico do tipo penal parte do art.º 25.º da CRP e se concretiza na integridade pessoal, interesse que pode ser erigido autonomamente como bem jurídico.⁴⁵ O que está em causa, para o autor, é a punição de condutas que “ *se manifestam como um exercício ilegítimo de poder (de domínio) sobre a vida, a integridade física, a liberdade, a honre, etc. do outro, caracterizado as mais das vezes por um estado de tensão, de medo, ou de sujeição da vítima (sendo esta bastas vezes reduzida a mera “coisa”)*”.⁴⁶

Teresa Féria, no mesmo sentido, defende que o que a norma da violência doméstica visa tutelar é a integridade pessoal, liberdade e segurança das vítimas perante condutas que têm como fio condutor a afirmação de um poder sobre várias dimensões da vida da vítima e que se afere pelo estado de tensão e medo que se cria nesta.^{47 48}

Defendo uma tese distinta, André Lamas Leite procura um bem jurídico suficientemente extenso para cobrir todas as condutas tipificadas. Para o autor, o bem jurídico concretiza-se no “*asseguramento das condições de livre desenvolvimento da personalidade de um individuo no âmbito de uma relação interpessoal próxima, de tipo familiar ou análogo*”.⁴⁹ A tese do autor vai no sentido de que o bem jurídico protegido pela norma penal é uma concretização dos direitos fundamentais – emanações do princípio da dignidade da pessoa humana-

⁴⁵ O autor segue, assim, a tese de FARIA COSTA que autonomiza a integridade pessoal com um bem jurídico. *vide* JOSÉ FARIA COSTA, Direito Penal Especial..., cit., pp. 42 a 51. Em sentido contrário, *vide* GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, op., cit., Anotação ao art.º 25.º, I. que coloca em causa a possibilidade da integridade pessoal ser erigido autonomamente a bem jurídico-penal.

⁴⁶ MOREIRA DAS NEVES, Violência Doméstica..., pg. 13.

⁴⁷ TERESA FÉRIA, Ousar Vencer a Violência sobre as Mulheres ..., cit, 2.1.

⁴⁸ NUNO BRANDÃO parece criticar este entendimento, quando refere que considerar que o interesse tutelado é o “*direito de não ser submetido a tratamento desumano ou degradante*” merece as mesmas críticas que as expostas em relação à dignidade humana e defende que “*uma coisa é o direito de não suportar determinado comportamento e outra coisa, não sobreponível, é o interesse ou bem jurídico que justifica o reconhecimento de tal pretensão*”, Tutela Penal Reforçada..., pg. 8.

⁴⁹ ANDRÉ LAMAS LEITE, A Violência relacional íntima..., pg. 48.

da integridade pessoal, previsto no art.º 25.º da CRP e do livre desenvolvimento da personalidade, expressa no art.º 26.º, n.º 1 da CRP. De acordo com o autor, a delimitação do bem jurídico a estes valores jurídico-constitucionais, permite abarcar a *“integridade física e psíquica, a liberdade, a autodeterminação sexual, entre outros”*.⁵⁰ Por forma a responder a eventuais críticas acerca do princípio do *“livre desenvolvimento da personalidade humana”* ser a finalidade última de todo o Direito Penal, André Lamas Leite defende que este bem jurídico deve ser projetado na especial relação que o agente mantém com a vítima, que torna a conduta do agente mais reprovável e censurável em termos de culpa e ilicitude.⁵¹

Com outro ponto de vista, a maioria da doutrina e da jurisprudência tem entendido que o bem jurídico tutelado pelo tipo de violência doméstica é complexo, sendo ele a saúde em sentido amplo abrangendo as vertentes física, psíquica e mental.

Nesse sentido, Taipa de Carvalho refere que *“a ratio deste art. 152º vai muito além dos maus tratos físicos, compreendendo os maus tratos psíquicos... Portanto, deve dizer-se que o bem jurídico directamente protegido por este tipo de crime é a **saúde** – bem jurídico complexo que abrange a saúde física, psíquica e mental; e bem jurídico este que pode ser afectado por toda multiplicidade de comportamentos que impeçam ou dificultem o normal e saudável desenvolvimento da personalidade criança ou do adolescente, agravem as deficiências destes, afectem a dignidade pessoal do cônjuge (ex-cônjuge ou pessoa que tenha mantido uma relação análoga a dos cônjuges), ou prejudiquem o possível bem estar-estar dos idosos ou doentes que, mesmo que não sejam familiares do agente, com este coabitem.”*⁵²

Entendendo também que o bem jurídico tutelado é a saúde, Nuno Brandão considera a saúde nas suas dimensões física e psíquica. Este bem jurídico, concretiza-se na *“protecção de um estado de completo bem-estar físico e mental”*.⁵³ O autor reforça esta ideia quando fala dos planos da tutela da norma incriminadora, referindo que o *“desvalor potencial fundamentalmente tomado em*

⁵⁰ *Ibidem*, pg. 50.

⁵¹ *Ibidem*, pg. 51.

⁵² AMERICO TAIPA DE CARVALHO, Comentário Conimbricense ..., Comentário ao art. 152.º, § 4. Também nesse sentido, MOREIRA DAS NEVES, Violência doméstica ..., pg. 7, JORGE DOS REIS BRAVO, cit., p. 66, RICARDO BRAGANÇA DE MATOS, cit., p. 94 e ss., PLÁCIDO CONDE FERNANDES, cit., p. 304 e ss., e FERNANDO SILVA, Direito Penal Especial: Os Crimes contra as Pessoas, 2.ª ed., Quid Juris, 2008, pg. 295 e ss.

⁵³ NUNO BRANDÃO, A tutela especial reforçada ..., pg. 9.

consideração para justificar esta específica modalidade de incriminação se prende com sérios riscos para a integridade psíquica da vítima que podem advir da sujeição a maus tratos físicos e/ou psíquicos, sobremaneira quando se prolonguem no tempo”.⁵⁴

Ricardo Bragança de Matos também considera ser a saúde o bem jurídico tutelado, nas vertentes física, psíquica, mental e emocional. Segundo o autor, o art.º 152.º do CP é uma das concretizações normativas do princípio consagrado no art.º 67.º, n.º 1 da CRP. A norma visa a proteção da dignidade e integridade da pessoa, enquanto participante de uma realidade familiar.⁵⁵

Quanto a nós, podemos dizer que o tipo-legal de violência doméstica é bastante amplo. Desta forma, não podemos fixar-nos numa visão reducionista do crime de violência doméstica, mas antes devemos reconhecer que o bem jurídico tutelado assume um carácter complexo referindo-se a uma multiplicidade de direitos fundamentais. Esta variedade de direitos fundamentais pode ser agrupada no âmbito da integridade pessoal, conceito também muito amplo, podendo ser reconduzido a ideia de “saúde”, nas diversas vertentes supra referidas. Desta forma, acompanhamos a maioria da doutrina e entendemos que *“Objecto de tutela é assim a integridade das funções corporais da pessoa, nas suas dimensões física e psíquica.”*⁵⁶

De acordo com a Organização Mundial da Saúde, o conceito de saúde consiste no *“complexo de bem-estar físico, mental e social”*⁵⁷, parecendo razoável resumir nele todo o conteúdo da tutela da violência doméstica. Afinal, não fica esquecido nem o corpo da vítima, nem as suas psique e consciência, nem tão-pouco a sua relação

⁵⁴ *Ibidem*, pg. 11.

⁵⁵ RICARDO BRAGANÇA DE MATOS, Dos maus tratos a cônjuge à violência doméstica: um passo à frente na tutela da vítima?. Revista do Ministério Público, Lisboa: Editorial Minerva –SMMP N.º 107, 2006, pg. 94 a 96. Num sentido similar JORGE DOS REIS BRAVO também aponta para a saúde como bem jurídico protegido. Para o autor, não está em causa somente a incolumidade corporal da vítima, mas *“todos os elementos atinente à sanidade física e psíquica que possibilitem o livre desenvolvimento da vítima”*. A atuação do Ministério Público no Âmbito da Violência Doméstica, Revista do Ministério Público, n.º 102, Lisboa: Editorial Minerva, Abril-Junho 2005, pg. 66.

⁵⁶ NUNO BRANDÃO, A tutela especial reforçada ..., pg. 14.

⁵⁷ Critérios da Organização Mundial de Saúde, expressos no respetivo tratado constitutivo, concluído em Nova Iorque em 22/07/1946.

com os outros, os três elementos que caracterizam a pessoa humana, ser “bio-psíquico-social.”⁵⁸

1.4 - Aspetos materiais

O crime de violência doméstica, no âmbito das relações de intimidade que temos sob análise, tem como pressuposto que um agente esteja numa determinada relação com o sujeito passivo, numa relação conjugal ou análoga (seja ela atual ou passada).⁵⁹ Sendo assim pode ser classificado como um crime específico que, frequentemente, é impróprio⁶⁰ ⁶¹ na medida em que a especial relação que existiu ou existe entre o agente e a vítima vem determinação uma agravção da ilicitude, da culpa e da pena estabelecida para a respetiva infração.⁶²

Importa ressaltar que as referências que o artigo faz à aplicação de castigos corporais, à privação da liberdade e à ofensa sexual, consubstanciam uma mera exemplificação de condutas que podem inserir-se no âmbito da violência doméstica. O legislador terá apenas pretendido esclarecer que tais condutas se enquadram nesse conceito e nunca afastar quaisquer outras, o que tornaria o preceito completamente vão.

Aparentemente, estas referências são redundantes. Afinal, é manifesto que os comportamentos em causa constituem práticas violentas. Não obstante, não é de todo em todo despendendo o esclarecimento do legislador.

⁵⁸ CARLOS CASSIMIRO NUNES e MARIA RAQUEL MOTA, O crime de violência doméstica ..., pg.145.

⁵⁹ Enquadra ainda outras relações como a relação parental ou de coabitação que não analisaremos por estar fora do nosso plano de análise.

⁶⁰ Nesse sentido, RICARDO BRAGANÇA DE MATOS, Dos maus tratos a cônjuge à violência doméstica ..., pg. 97, AUGUSTO SILVA DIAS ob. Cit. Pg. 111, PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Comentário ao Código Penal ..., § 3.

⁶¹ Na definição de FIGUEIREDO DIAS, crimes específicos impróprios são aqueles em que a qualidade do autor ou o dever que sobre ele impende não servem para fundamentar a responsabilidade, mas unicamente para agrava-la. Direito Penal parte geral, Tomo I, Questões fundamentais e a doutrina geral do crime, 2.^a edição, Coimbra Editora, pg. 309.

⁶² Contudo, para TAIPA DE CARVALHO, em certos casos também poderá configurar um crime específico próprio quando ocorrem situações de “maus tratos psíquicos (como, p.ex., humilhações, ameaças não abrangidas pelo art. 153.º, ou o chamado assédio moral) que, embora possam in se não configurar uma autónoma infração..., podem, contudo, configurar, quando reiteradas, um mau trato psíquico abrangido pela ratio e pela letra do art. 152.º, que visa a tutela da dignidade humana das pessoas/vítimas mencionadas neste artigo; nestes casos é a especial relação ... que fundamenta a ilicitude e a punição do agente.” TAIPA DE CARVALHO, Comentário Conimbricense..., Comentário ao art. 152.º, cit., § 2-3.

De facto, e começando pela “aplicação de castigos corporais”, constata-se que durante muito tempo foi considerada admissível, e até louvável, uma tal conduta.⁶³

Em boa verdade, ainda hoje prevalece alguma aquiescência quanto à aplicação de castigos corporais, sendo comum ouvir-se falar em “tabefes” e “palmadas” como expedientes educativos, os quais, pelo menos ao nível da expressão utilizada, parecem ser menos agressivos. Portanto, conclui-se que o propósito do legislador foi o de abranger estes comportamentos, que podem implicar ofensas à integridade física, devendo nessa medida ser rejeitados, ainda que lhes esteja subjacente um pretexto educacional. O legislador entendeu ser necessário esclarecer “*que o facto de ter havido uma intenção educativa na prática das ofensas corporais não impede que tais castigos possam ser qualificados como crime de violência doméstica, quando, apesar de os castigos individualmente considerados não serem graves e se enquadrarem no poder/dever de correcção/educação, todavia sejam rejeitados.*”⁶⁴

Quanto a privação da liberdade trata-se também de uma forma de violência que pode ser enquadrada numa das vertentes *supra* referidas. No entanto, há que ter em conta que alguns comportamentos podem, em algumas ocasiões (nomeadamente tratando-se de menores), serem tidos como socialmente adequados e, portanto, atípicos “*desde que respeitem as exigências da proporcionalidade, razoabilidade, adequação ao fim educativo em vista e às condições físicas e psicológicas do menor*”, como refere Paula Ribeiro de Faria⁶⁵

O último exemplo referido pelo legislador é o das ofensas sexuais. A nosso ver, tal referência pode ter tido também como objetivo ressaltar o facto de que a violência sexual é reprovável ainda que seja praticada entre cônjuges. Isto porque, como foi *supra* referido, tradicionalmente a manutenção de relações sexuais entre os cônjuges era visto como um dever e até o código Penal de 1982 ter relações sexuais contra a vontade de um dos cônjuges não era punível. Hoje, embora esse comportamento não seja visto como admissível, ainda subsistem algumas crenças

⁶³ TERESA BELEZA, *Violência Doméstica ...*, pg. 117.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ PAULA RIBEIRO DE FARIA, *A Adequação Social da Conduta no Direito Penal*, *apud* TAIPA DE CARVALHO, cit., §7.

que reconhecem como uma obrigação conjugal os casais terem relações sexuais entre si, com base no cumprimento dos deveres sexuais.

Outro ponto importante a destacar é o facto de, com a reforma de 2007, ter desaparecido a necessidade de reiteração da conduta para que preencha o tipo de ilícito em causa. Agora, o art. 154.º, n.º 1 do CP prevê “*Quem, de modo reiterado ou não...*”, significando portanto que a conduta pode ou ser reiterada. Contudo, apesar da exclusão literal desse requisito, este continua a ser um tema controverso na doutrina e jurisprudência.

Há ainda quem entenda que o requisito da reiteração deve manter-se, nesse sentido Taipa de Carvalho que entende que, apesar da alteração feita pelo legislador, deve continuar a seguir-se a orientação jurisprudencial anterior a esta reforma que vai no sentido de exigir-se a reiteração da conduta. Segundo este autor, em relação as ações de diminuta gravidade, só a reiteração das mesmas seria capaz de fazer com que elas fossem abrangidas pela teleologia deste tipo legal que é a tutela da dignidade e da saúde, assim “*uma ação isolada de pouca gravidade, mesmo que in se configure uma infracção criminal (p ex., uma leve ofensa corporal ou injúria), não deve ser qualificada como um crime (grave- pois que, além de ter como limite máximo prisão de cinco anos, tem como limite mínimo um ano de prisão) de violência doméstica ou maus tratos (arts. 152º e 152º-A-1 a)).*”⁶⁶ Nesse mesmo sentido Leal- Henrique e Simas Santos afirmam que “*não basta uma ação isolada do agente para que preencha o tipo (estaríamos então no domínio das ofensas à integridade física, pelo menos), mas também não se exige habitualidade da conduta. Afigura-se-nos que o crime se realiza com a reiteração do comportamento, em determinado período de tempo.*”⁶⁷

Com um sentido aproximado, Plácido Fernandes considera que o elemento da reiteração terá que assentar num conceito criminológico que dê lugar a um “estado de agressão permanente”, sem que as agressões tenham de ser constantes, embora com uma proximidade temporal relativa entre si.⁶⁸

⁶⁶ TAIPA DE CARVALHO, Comentário Conimbricense..., Comentário ao art. 152.º, cit., § 11.

⁶⁷ MANUEL SIMAS SANTOS, MANUEL LEAL-HENRIQUES, Código Penal Anotado, 2.ª edição, vol. 2, Rei dos livros, pg. 181.

⁶⁸ PLÁCIDO FERNANDES, Violência Doméstica no Quadro Penal e Processual..., pp. 306 ss.

Tal posição encontra lugar também na nossa jurisprudência como no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, segundo o qual *“para a realização do crime torna-se necessário que o agente reitere o comportamento ofensivo, em determinado período de tempo, admitindo-se, porém, que um singular comportamento bastará para integrar o crime quando assuma uma intensa crueldade, insensibilidade, desprezo pela consideração do outro como pessoa, isto é, quando o comportamento singular só por si é claramente ofensivo da dignidade pessoal do cônjuge”*^{69 70 71}

⁶⁹ Acórdão de 19 de Setembro de 2012, processo n.º 2049/11.9PAVNG.P1.

⁷⁰ Nesse mesmo sentido vão dois Acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra, um de 17 de novembro de 2010, processo n.º 638/09.0 PBFIG.C1, em que se considerou não estar em causa um crime de violência doméstica, mas antes meras ofensas à integridade física da vítima, porquanto a conduta do agente *“não sendo comportamento reiterado, e não revelando uma intensidade, ao nível do desvalor, da acção e do resultado, que seja suficiente para lesar o bem jurídico protegido”*, não deveria como tal ser qualificada; Disponível em:

Outro Acórdão de 28 de abril de 2010, referente ao processo n.º 13/07.1GACTB.C1, que esclarece que *“o inciso da nova lei «de modo reiterado ou não» não deixa agora qualquer dúvida quanto à posição firmada pelo legislador de pôr cobro ao dissídio doutrinal e jurisprudencial sobre a existência ou não da reiteração como elemento objectivo típico de verificação necessária, exigindo o tipo de crime, epigrafado de «violência doméstica», a prática reiterada de actos ofensivos consubstanciadores de maus-tratos ou, então, um único acto ofensivo de tal intensidade, ao nível do desvalor, da acção e do resultado, que seja apto e bastante a lesar o bem jurídico protegido – mediante ofensa da saúde psíquica, emocional ou moral, de modo incompatível com a dignidade da pessoa humana”*.

⁷¹A questão da intensidade da conduta para que se possa qualificar como crime de violência doméstica é bastante discutida na doutrina. Para o caso da tipologia do facto único, NUNO BRANDÃO demarca o ilícito típico em relação a outras incriminações através de um parâmetro de intensidade da conduta do agente. Intensidade medida de acordo com o critério da ofensa à dignidade da pessoa ofendida e à possibilidade de a esta se poder imputar um estatuto de vítima. O comportamento único deve ser tal que *“pela sua brutalidade ou intensidade ou pela motivação ou estado de espírito que o anima, seja de molde a ressentir-se de modo indelével na saúde física ou psíquica da vítima”*, NUNO BRANDÃO, Tutela penal reforçada..., pg. 16. Para PLÁCIDO FERNANDES, uma conduta apenas pode preencher o tipo penal se for praticada com intensidade suficiente para colocar em crise o bem jurídico protegido, notando-se um especial desvalor da ação e do resultado, o que se verificará na análise das circunstâncias do caso concreto. PLÁCIDO FERNANDES, op. cit., pg. 306 e ss. Apelando também à análise do contexto e do caso concreto para determinar a gravidade do facto único, vide CATARINA FERNANDES, op. cit., pp.99 e 100. Já TERESA QUINTELA E MARIA ELISABETE FERREIRA consideram esta posição muito restritiva. Fazendo uma crítica ao Ac. TRP, de 19.09.2012, Processo. N.º 901/11.0PAPVZ.P., acórdão que vai no sentido da corrente de pensamento analisada, TERESA QUINTELA DE BRITO defende que o crime não exige especial gravidade, pois o tipo legal deixou de prever um *“especial elemento da atitude”* e a agravação do ilícito já vem precisamente da *“violação dos deveres de especial respeito, solidariedade e cuidado”* que regulam as relações do art. 152.º do CP. A autora considera que não cabe ao julgador determinar se as condutas, reiteradas ou não, são aptas a colocar *“a pessoa ofendida numa situação que se deva considerar de vítima, mais ou menos permanente, de um tratamento incompatível com a sua dignidade e liberdade, dentro do ambiente conjugal”*. Ora, se se exige que ofendido se sinta uma vítima mais ou menos permanente, não parece ser possível admitir as condutas únicas no tipo. Esta visão vai também contra a noção anteriormente advogada de que a ofensa não pode depender do resultado da conduta, em função da maior ou menor resistência física e psicológica do ofendido, na medida em que não é o ofendido que se tem que sentir uma vítima. A autora defende que as condutas não têm que ter um carácter violento, abrangendo *“formas subtis de agressão psíquica, emocional, mental e relacional da vítima”*. TERESA QUINTELA, Correção do Exame...,cit.,pp. 1 e 3. Neste sentido também advoga MARIA ELISABETE FERREIRA, que defende que o tipo penal foi criado precisamente pela maior danosidade social entre as pessoas que têm uma relação marcada

Augusto Silva Dias entende que não se deve entender por reiteração o mesmo que continuidade criminosa, bastando-se aquela com uma ação plúrima e repetida como uma sova.⁷²

Para Inês Ferreira Leite, a reiteração dos comportamentos não pode ser fundamento de ilicitude do facto, na medida em que a repetição dos factos lícitos não faz com que estes passem a ilícitos. Quando se pressupõe a reiteração de condutas como elemento do facto, esta só pode ser fundamento de punibilidade. A reiteração torna-se, assim, uma medida da intensidade que a conduta no seu todo deve conter para colocar em perigo o bem jurídico. Só desta forma o facto será punível, ou seja dotado de dignidade penal. O facto, avaliado na sua imagem global, não importando o número de condutas naturalísticas em que se pode fracionar, deve ser dotado da intensidade mínima para preencher a ilicitude objetiva, tendo em conta a sua apetência para colocar em perigo o bem jurídico protegido e a sua dignidade punitiva.⁷³

Já no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra⁷⁴, de 29 de janeiro de 2014, o entendimento é de que *“a actual redação dada por esta lei 59/07 não exclui a violência exercida de forma reiterada. O preceito refere “de modo reiterado ou não”. O preceito não demanda a prática habitual dos atos ou a repetitividade das condutas, o normativo prevê tanto situações repetitivas ou plurimas como situações de natureza una. Após a entrada em vigor da lei 59/07, não se pode exigir, para o preenchimento do tipo de crime de violência doméstica, os requisitos que antes se previam para o crime de maus tratos, não é necessário verificar-se a gravidade da conduta traduzida por crueldade, insensibilidade ou até vingança. O crime de*

por um vínculo jurídico-familiar, ou pelo menos afetivo. Segundo esta autora, exigir intensidade da conduta no crime da violência doméstica é um “pseudo pressuposto” que não deve ser parâmetro de tipicidade da violência doméstica, na medida em que esta conceção tenta realizar uma interpretação corretiva do artigo, ou pelo menos, criar pressupostos que conflituam com as exigências de determinação da lei penal, próprias do princípio da legalidade. MARIA ELISABETE FERREIRA, *Crítica ao pseudo pressuposto da intensidade no tipo legal de violência doméstica...*, op. cit., pp, 6 a 10

⁷² AUGUSTO SILVA DIAS, *Materiais para o estudo da Parte Especial do Direito Penal, Crimes contra a vida e a integridade física*, 2.^a edição, AAFDL, 2007, pág. 110.

⁷³ INÊS FERREIRA LEITE, *NE (IDEM) BIS IN IDEM...*, Vol. I, pg. 519.

⁷⁴ Processo n.º 1290/12.1PBAVR.C1, outros acórdãos nesse sentido: um da mesma Relação de processo n.º 179/09.6TAMLD.C1, de 22 de Setembro de 2010 e também o acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 11 de junho de 2014, processo n.º 286/12.8PBMTS.P1

violência doméstica apenas exige que alguém, de modo reiterado ou não, inflija maus tratos físicos ou psíquicos a cônjuge ar. 152 n.º 1 al. a) d CP. Em lado algum se exige que só em situações excepcionais o comportamento violento único, pela gravidade intrínseca do mesmo, preencha o tipo de ilícito. Mas haverá de consistir a agressão, numa ofensa à integridade física, ocorrida no âmbito de um relacionamento conjugal, ou análogo, e determinada por força desse relacionamento e que por força das lesões verificadas, se entenda como uma agressão física que tenha ofendido a dignidade da vítima.

Para nós, ficou claro que com a alteração legislativa em que passou a constar do preceito do art. 152.º “reiterado ou não” deixou de ser necessária a reiteração do comportamento do agente para que se possa qualificar como um crime de violência doméstica desde que, como algumas posições expostas referem, o ato em si coloque em causa o bem jurídico protegido pela norma.

Para que um agente possa ser, eventualmente, punido por um crime é necessário que este tenha adotado uma atitude interna que permita fundamentar a sua eventual responsabilidade pelo crime cometido. Nesse sentido que se fala em tipo subjetivo de ilícito que poderá ser traduzido no dolo ou na negligência.

No crime de violência doméstica o tipo subjetivo de ilícito é doloso, isto é, é necessário que o agente atue dolosamente não sendo suficiente para o preenchimento do tipo a negligência. Isto deve-se ao facto de ser necessário que o agente tenha conhecimento da relação subjacente à incriminação da violência doméstica, e o conhecimento e a vontade da conduta e do resultado⁷⁵. Como refere Pinto Albuquerque “o tipo doloso só pode ser preenchido dolosamente. O conhecimento correcto da identidade e das características da vítima é aqui fundamental para a conformação do dolo do agente.”⁷⁶

Relativamente a pena aplicável a quem praticar o crime de violência doméstica, atualmente, e nos termos do n.º 1 do artigo 152.º do CP, é, em regra, a prisão de um a cinco anos se não resultar uma punição mais grave de outra norma. O art. 152.º do CP prevê ainda algumas penas acessórias: proibição de contato com a vítima e

⁷⁵ TAIPA DE CARVALHO, Comentário Conimbricense, Comentário ao art. 152.º, cit., §13.

⁷⁶ PAULO PINTO ALBUQUERQUE Comentário do Código Penal ..., §15, pg. 466.

uso de portes de armas, por seis meses, e a obrigação de frequentar programas específicos de prevenção da violência doméstica.

2 - O crime de violação

2.1- Evolução legislativa

Segundo o artigo 164.º n.º 1 do CP Português, pratica o crime de violação “*quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou a sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos*”, sendo punido com pena de prisão de três a dez anos. O crime de violação está inserido no livro II (Parte Especial), Título I (dos crimes contra as pessoas), Capítulo V (dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual), Secção I (crimes contra a liberdade sexual) e faz parte do catálogo de crimes sexuais, mas nem sempre foi assim.

O crime de violação sofreu, historicamente, profundas alterações. Desde logo a inserção do crime no catálogo dos crimes sexuais foi um avanço na medida em que inicialmente este crime identificava-se como um atentado à moral pública e à honra. Na versão do Código Penal de 1852 e de 1886, os crimes sexuais encontravam-se inseridos no Título IV (dos crimes contra as pessoas), Capítulo IV, referente aos crimes contra a honestidade. No artigo 392.º e no artigo 393.º, da versão de 1852, previa-se e punia-se o crime de estupro, sendo que, em ambos os crimes, a vítima deveria ser mulher virgem, ou viúva honesta entre os 12 e os 25 anos, em que apenas o artigo 393.º se referia a um meio típico, o de sedução por meios fraudulentos. O artigo 394.º nesta mesma versão referia-se ao crime de violação e tinha a seguinte redação: “*aquelle, que tiver copula illicita com uma mulher, posto que não seja menor, nem honesta, contra a sua vontade, por meios de violência, ou por meios fraudulentos, tendentes a suspender o uso dos sentidos, ou a tirar o conhecimento do crime, será degradado por toda a vida pelo crime de violação. § único. Se a pessoa violada for menor de doze annos, será sempre*

aplicada a mesma pena, posto que não se prove que concorreu nenhuma das circunstancias declaradas neste artigo.”⁷⁷

Na versão de 1886, o crime encontrava-se previsto no art. 393.^o e, apesar de não conter muitas diferenças, era um pouco mais abrangente na medida em que se referia a qualquer mulher acrescentava as expressões “veemente intimidação” e “(...) qualquer fraude, que não constitua sedução, ou achando-se a mulher privada do uso da razão, ou dos sentidos (...)”.⁷⁸

Já na versão de 1982, o crime de violação assumiu contornos um pouco distintos, estava inserido no Título III (dos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade), Capítulo I (dos crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida em sociedade), na Secção II (dos crimes sexuais), mais precisamente no artigo 201.^o e tinha a seguinte redação: “1 - *Quem tiver cópula com mulher, por meio de violência, grave ameaça ou, depois de, para realizar a cópula, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir ou ainda, pelos mesmos meios, a constranger a ter cópula com terceiro, será punido com prisão de 2 a 8 anos.*”⁷⁹ Aqui surge pela primeira vez a referência ao meio típico “grave ameaça” e a questão da inconsciência e impossibilidade de resistir bem como o constrangimento a ter cópula com terceiro. Foi também a primeira vez em que o crime foi inserido no catálogo de crimes sexuais, deixando então de fazer parte dos crimes contra a honestidade.

Foi apenas com a reforma de 1995 que foi inserido no CP uma Secção intitulada “Crimes contra a Liberdade Sexual” e outra dos “Crimes contra a Autodeterminação sexual”. Foi também com esta reforma que se deu um alargamento das condutas típicas, incluindo-se nelas os constrangimentos à prática de coito anal como ato análogo à cópula. “*Assim parece que só com a reforma de 1995 se alcançou plenamente a mudança almejada, passando os crimes sexuais a ser verdadeiros crimes contra as pessoas, mais propriamente, contra o valor da*

⁷⁷Código Penal de 1852, versão online, disponível em: <http://www.fd.unl.pt/anexos/investigacao/1265.pdf>

⁷⁸ Código Penal de 1886, versão online, disponível em: <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf>

⁷⁹ 5 Código Penal de 1982, versão online, disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_strutura.php?tabela=lei_velhas&artigo_id=101A0023&nid=101&nversao=1&tabela=lei_velhas&so_miolo=6 Cunha, Maria da Conceição: 2002, págs. 350 e 351

liberdade e autodeterminação sexual (ideia que se manteve integralmente com as posteriores reformas de 1998 e 2001). Este parece ser um ponto de chegada há muito esperado, pois, na verdade, só com a inserção dos crimes sexuais no âmbito dos crimes contra as pessoas e não contra quaisquer outros bens supra individuais – como a moralidade sexual – é que o Código Penal assume coerentemente a sua posição em relação ao bem jurídico que pretende proteger – a liberdade e autodeterminação sexual de cada pessoa, não um padrão rígido de comportamento a nível sexual.”⁸⁰

Posteriormente, com a reforma de 1998, a norma sofreu mais um alargamento quanto as condutas típicas tendo sido feita a equiparação do coito oral ao coito anal e à cópula. Outra importante alteração foi a extinção do género, podendo a vítima ser homem ou mulher. Foi ainda acrescentado “ao crime de violação em sentido próprio, do art. 164^o-1, a incriminação correspondente à do art. 163^o-2, quando a conduta conduz à prática de cópula, de coito anal ou de coito oral (assédio/violação).”⁸¹

“A revisão de 2007 deu mais um passo importante na via do adeus ao crime de violação na sua aceção típica tradicional. E fê-lo equiparando, para efeito do crime de violação, à cópula, coito anal ou coito oral (n^{os} 1 e 2, als. a), a “introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos” (n^{os} 1 e 2 als. b)”.⁸² Quanto ao número 2, este sofreu um aditamento: às situações já referidas anteriormente, acresceram o abuso de autoridade dependente de relação familiar, de tutela, ou curatela e o aproveitamento do temor causado, por qualquer meio não compreendido no n.º 1, e não apenas por ordem ou ameaça.

Por fim, em 2015⁸³ o n.º 2 do art. 164.º ganhou uma nova formulação e novos contornos. Deixou de se fazer referência aos casos de abuso de autoridade e relações hierárquicas, familiares, económicas ou de trabalho e passou a ser exigido para o preenchimento do tipo de ilícito apenas o constrangimento por meios não

⁸⁰ MAIA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, “Breve reflexão acerca do tratamento jurídicopenal do incesto”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 12, nº3, julho-setembro de 2002, Separata, Coimbra Editora, 2002, pp. 350 e 351.

⁸¹JORGE FIGUEIREDO DIAS, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, artigos 131^o a 201^o, 2^a Edição, Coimbra Editora, 2012, Comentário ao art. 163.º, §6,pg. 746.

⁸² *Ibidem.* §7,pg. 747.

⁸³ Com a lei 83/2015 de 5 de agosto.

compreendidos no n.º 1, ficando a formulação anterior apenas para os casos de agravação previstos na al. b) do n.º 1 do art. 177.º do CP.

A pena de prisão prevista para o n.º 1 do artigo 164.º manteve-se inalterada (de 3 a 10 anos), ao passo que, a pena prevista no n.º 2 sofreu uma notória agravação (de até 3 anos, para de 1 a 6 anos).

2.2- O bem jurídico protegido

A questão do bem jurídico protegido pela incriminação da violação sexual não parece suscitar dúvidas. É unanimemente aceite que o bem jurídico protegido é a liberdade sexual da outra pessoa. Como refere Maria da Conceição Cunha *“(…) o bem jurídico a ser tutelado é a liberdade sexual, pois os comportamentos sexuais devem ser criminalizados quando limitarem a liberdade sexual da vítima; ou seja, o que se criminaliza é o relacionamento sexual (em sentido amplo, englobando diversos atos sexuais) que não seja praticado de acordo com a vontade livre das pessoas envolvidas – podendo assim identificar-se um (ou vários) agente (s) e uma (ou várias) vítimas.”*^{84 85}

A liberdade sexual deve ser entendida em todas as suas dimensões, abrangendo portanto a liberdade de autodeterminação sexual. Inês Ferreira Leite explica que *“A liberdade será um estado, mas a autodeterminação é um caminho ao qual estão subjacentes, não só a inexistência de obstáculos ou restrições para o exercício da liberdade, mas também a existência de condições que permitam uma livre formação da vontade. No entanto, parece-nos que o conceito de autodeterminação não poderá ser separado da noção de liberdade. Quanto muito, podemos dizer que a autodeterminação corresponde a uma das concretizações e manifestações da liberdade em sentido amplo. Sem autodeterminação não podemos falar na existência de verdadeira liberdade: a liberdade, nestes casos, será mera aparência. O usufruto de uma liberdade plena implica mais do que a possibilidade formal de*

⁸⁴ MARIA DA CONCEIÇÃO CUNHA, *Do dissentimento à falta de capacidade para consentir, Combate à Violência do Género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, Universidade Católica Editora, 2016, pg. 133.

⁸⁵ No mesmo sentido, PAULO PINTO ALBUQUERQUE, *Comentário ao código penal...*, art. 164.º §2 e FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense ...*, comentário ao art. 164.º.

se optar por um dos caminhos já prévia e definitivamente traçados. Pressupõe assim que o indivíduo possa não só escolher, mas construir o caminho ou caminhos por onde pretende progredir. A autodeterminação corresponde então ao processo de formação de uma vontade que deverá ser livre, esclarecida e autêntica, sendo uma componente indispensável e parte integrante da própria ideia de liberdade.”⁸⁶

2.3- Aspetos materiais

O tipo objetivo de ilícito do crime de violação sexual consiste em “*o agente constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral (al. a), ou a sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos (al.b), por meio de violência, ameaça grave ou depois de, para este fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir.*”⁸⁷ Já o tipo subjetivo de ilícito do crime de violação admite qualquer modalidade de dolo. “*O agente deve representar sempre a oposição da vontade da vítima.*”⁸⁸

A ação no crime de violação tem como conteúdo cópula, coito anal, coito oral, introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos. A cópula foi a primeira conduta a ser criminalizada e é, hoje, pacificamente definida como a penetração da vagina pelo pénis, ainda que incompleta ou sem *emissio seminis*⁸⁹. Após sucessivas alterações num sentido de alargamento da norma passou a estar equiparado à cópula, para efeitos do tipo objetivo de ilícito, o coito anal que consiste na penetração do pénis no ânus, e o coito oral que consiste na penetração do pénis na boca. A conduta punível mais recentemente aditada consiste na penetração vaginal

⁸⁶ INÊS FERREIRA LEITE, A Tutela Penal da Liberdade Sexual, II Curso Pós- Graduação de aperfeiçoamento em Direito da Investigação Criminal e da Prova, pg. 7, disponível em: http://carlospintodeabreu.com/public/files/A_tutela_da_liberdade_sexual_Ines_Ferreira_Leite.pdf

⁸⁷ JORGE FIGUEIREDO DIAS, Comentário Conimbricense..., Comentário ao art. 163º do Código Penal... cit., §10.

⁸⁸ PAULO PINTO ALBUQUERQUE, A coacção sexual e a violação no Código Penal Português *Liber Amicorum* de José de Sousa e Brito em comemoração do 70.º Aniversário, Estudos de Direito e Filosofia, Almedina, 2009...,pg.916.

⁸⁹ Em relação a cópula vulvar ou vestibular há autores que entendem que esta não constitui cópula para efeitos do art 164.º, entre eles PAULO PINTO ALBUQUERQUE que enquadra esta cópula nos atos sexuais de relevo do art. 163.º (A coacção sexual e a violação no Código Penal Português....) e FIGUEIREDO DIAS (Comentário Conimbricense..., Comentário ao art. 163º do Código Penal ... cit., §13). Por outro lado REIS ALVES entende que “a cópula vulvar, mesmo sem *emissio seminis*, faz parte do conceito de cópula, relevante no tipo legal do crime de violação. *Op.cit.*

ou anal de partes do corpo ou objetos. Introdução vaginal ou anal significa penetração na vagina (não na vulva) ou no ânus de uma qualquer parte do corpo (um dedo, os lábios, a língua...) ou de um qualquer objeto, possua ele (pénis artificial, vibrador...) ou não (pau, ferro, fruto...) conotação sexual. “*não se encontram abrangidas aqui por conseguinte (contra, porventura, a – todavia não evidenciada – intenção do legislador) acções como a do coito vulvar ou do vestibular ou da auto-masturbação; acções que (...) podem evidenciar um conteúdo ilícito tanto ou mais pesado para a autodeterminação da vítima do que alguns dos que caem dentro da tipicidade.*”⁹⁰

O art. 164.º, n.º 1 integra modalidades de ação na al. a) e al b). Quanto a al. a), abrange diversos atos que se traduzem nas expressões “sofrer ou praticar atos sexuais de relevo”. A distinção entre sofrer e praticar prende-se com a distinção entre um comportamento passivo e um comportamento ativo da vítima.⁹¹

Já em relação a al. b) do mesmo número, relativamente a tipicidade das modalidades em ação, Figueiredo Dias considera que se reduz a possibilidade de a vítima “**sofrer introdução**”, considerando que a introdução só poderá ser elemento típico se for efetivamente sofrida pela vítima e não o sendo quando a própria vítima for constrangida a praticar ela própria, em si mesma ou em outrem, a introdução vaginal ou anal de parte do corpo ou objetos. Entendendo o autor que aqui se trata de uma lacuna de punibilidade que possivelmente não estavam no propósito do legislador.⁹²

A pena de prisão prevista para o n.º1 do art. 164.º manteve-se inalterada (de 3 a 10 anos), ao passo que, a pena prevista no n.º 2 sofreu uma notória agravação (de até 3 anos, para de 1 a 6 anos).

Novidades no nosso CP, introduzidas pela Lei 103/2015, 24 de agosto, são também as penas acessórias previstas nos artigos 69º-B (“Proibição do exercício de funções por crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual”) e 69º-C (“Proibição de confiança de menores e inibição de responsabilidades parentais”). Estas penas podem ser aplicadas nos crimes contra a Liberdade e

⁹⁰ JORGE FIGUEIREDO DIAS, Comentário Conimbricense..., Comentário ao art. 163º do Código Penal cit., §15.

⁹¹ *Ibidem.* cit., §14 e §15.

⁹² *Ibidem ... cit.*, §15.

Autodeterminação Sexual. O artigo 69.º - B, referente à proibição de exercício de funções, é aplicado a quem tenha sido condenado por qualquer crime previsto nos artigos 163.º a 176.º - A, ou seja, um crime contra a autodeterminação e a liberdade sexual.

2.4 - Meios típicos de constrangimento previstos no n.º 1 do art. 164.º do CP.

O crime de violação, previsto no n.º 1 do art. 164.º, define-se como um crime de execução vinculada, ou seja, para o seu preenchimento são necessários meios típicos de coação/constrangimento. Por sua vez, a violação prevista no n.º 2 é um crime de execução livre, pois pode ser cometida por qualquer meio não compreendido no número anterior.⁹³

*“A conduta típica “constranger” traduz-se num ato de coação (constranger outra pessoa a adotar um determinado comportamento: praticar uma ação, omitir determinada ação, ou suportar uma ação), dirigido à prática, ativa ou passiva, de um ato sexual de relevo. A coação é, pois, aqui especializada através da sua finalidade, tendo de existir entre ela e o ato sexual uma relação meio/fim.”*⁹⁴

Neste caso, o agente constrange a vítima a sofrer ou a praticar ato sexual de relevo, também ele especializado, através das condutas de “violência”, “ameaça grave” e “tornar a vítima inconsciente ou pô-la na impossibilidade de resistir”.

i. A violência

Um aspeto importante que vem sendo discutido na doutrina e jurisprudência é a concretização do conceito de “violência” no âmbito deste crime na medida em que é possível suscitar diversas questões como: poder-se-á dizer que há violência num ato de constrangimento da vítima à prática de um ato sexual de relevo sem o uso

⁹³ PAULO PINTO ALBUQUERQUE, A coacção sexual e a violação no Código Penal Português ..., pg. 916.

⁹⁴ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, Comentário Conimbricense..., Comentário ao art. 163º do Código Penal ... cit pg.724

da força, existindo o dissentimento⁹⁵ da vítima? A violência terá, necessariamente, que traduzir-se num esforço físico sobre a vítima?

As dificuldades de interpretação deste conceito geram posições e teses distintas. Conceição Cunha⁹⁶ ensina que, neste âmbito, podemos falar em três teses diferentes. A primeira é aquela em que se exige uma verdadeira luta entre a vítima e o agente,⁹⁷ Leal Henriques e Simas Santos⁹⁸, na versão anterior à alteração legislativa, se pronunciaram no seu comentário ao artigo 201.º do C.P. de 1982, no sentido de ser exigível o uso de violência física, sendo esta aferida a partir da reação da vítima, que deve reagir/resistir contra o agente. Os autores acrescentam ainda ser necessária uma vontade decidida e militantemente contrária, uma oposição que só a violência física ou moral consegue vencer. Já a tese intermediária não exige que haja luta entre o agressor e a vítima mas antes que os meios utilizados pelo agente devem ser idóneos a vencer a resistência da vítima, isto é, deverá existir um “plus” de força física. Figueiredo Dias entende que a violência para preenchimento do tipo é a física, apesar de não exigir que seja pesada ou grave, no entanto, *“deve ser idónea, segundo as circunstâncias do caso – nos termos conhecidos da doutrina da adequação -, a vencer a resistência efetiva ou esperada da vítima.”*⁹⁹ Por fim, a terceira tese não exige a manifestação da violência física propriamente dita, aceita que o dissentimento da vítima é suficiente para, no caso de o agente praticar a ação, que esteja preenchido o tipo de ilícito. Nesse sentido, Clara Sottomayor¹⁰⁰ defende que não é necessário que haja uma luta entre o agressor e a vítima, acrescentando que apenas do facto de o autor do crime praticar um ato sexual de relevo contra a vontade da vítima já se revela também como um ato violento por si só.

⁹⁵ Quanto a problemática em torno do dissentimento será alvo de análise posteriormente, num tópico próprio.

⁹⁶ MARIA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, Do dissentimento à falta de capacidade para consentir..., pp. 137 e 138. O restante da doutrina falar normalmente em duas teses.

⁹⁷ Seguida, por exemplo, no acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13 de abril de 2011, processo n.º 476/09.OPBBGC.P1.

⁹⁸ No já referido acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13 de abril de 2011. A opinião dos autores manteve-se no seu comentário ao artigo 164º do C.P., na versão do ano 2000, apoiando-se também nos entendimentos de NELSON HUNGRIA e RODRIGUEZ DEVESSA, Anotação aos artigos 163º e 164º, Código Penal Anotado, 2º Volume, Editora Rei dos Livros, 2000, pg. 239.

⁹⁹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, Comentário Conimbricense..., Comentário ao art. 163º do Código Penal ... cit., ..., pg. 726.

¹⁰⁰ MARIA CLARA SOTTOMAYOR, O conceito legal de violação: um contributo para a doutrina penalista, A propósito do acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de Abril de 2011, in Revista do Ministério Público, 128: Outubro: Dezembro 2011, pg. 298

Nós partilhamos o entendimento desta terceira tese na medida em que o crime em causa tem um grande impacto psicológico e emocional nas vítimas e cada vítima, sendo cada pessoa um ser único, reage de uma maneira face as agressões sofridas. Há casos em que as vítimas não são capazes de reagir fisicamente por diversos motivos como medo ou até mesmo por um “bloqueio” emocional/psicológico. Uma vítima não pode ser desconsiderada apenas por não reagir fisicamente a agressão sofrida. Como afirma Teresa Beleza¹⁰¹, a nossa Justiça tem ideias muito estranhas sobre o que seja violência, uma vez que, ao que alguma jurisprudência indica, parece que a verdadeira violência implica sangue, tiros, e uma luta corpo a corpo, como se vê em series e filmes, quando não tem de ser assim. Sufragamos o entendimento de Conceição Cunha quando refere que a verificação do conceito de violência não depende da efetiva resistência da vítima já que “*em muitas situações a vítima sabe que é inútil tentar resistir*”¹⁰²¹⁰³, nestes casos, o crime não pode deixar de ser considerado por não se ter verificado a efetiva resistência desta. Assim, basta a falta de consentimento da vítima para que esteja preenchido o tipo de ilícito e desta forma há uma eficaz proteção do bem jurídico tutelado pela norma.

ii. A ameaça grave

Quanto ao meio típico ameaça grave, como o próprio indica, não se pode tratar de uma “simples” ameaça, esta deve revestir-se de uma certa gravidade. A ameaça integra, ela própria, um tipo de ilícito, plasmado no artigo 153.º do Código Penal. Américo Taipa de Carvalho aponta três características essenciais do conceito de ameaça: mal, futuro, cuja ocorrência dependa da vontade do agente. Acrescenta ainda que o mal tanto pode ser de natureza pessoal, como patrimonial e, este mal

¹⁰¹ TERESA PIZARRO BELEZA, A violência das coisas, 13/05/2011, disponível em: <http://www.fd.unl.pt/anexos/4199.pdf>, pg. 3.

¹⁰² MARIA CONCEIÇÃO DA CUNHA, Crimes sexuais contra crianças e jovens, Cuidar da justiça de Crianças e Jovens: a função dos juízes sociais, Coimbra, Almedina, 2003, pg. 199. Nesse sentido ver também: INÊS FERREIRA LEITE, A tutela penal da liberdade sexual ..., pg. 63 e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE Comentário do Código Penal ..., pg. 649.

¹⁰³ DUARTE FAVEIRO E SIMAS ARAÚJO referem que “*não se deve interpretar este elemento do crime como significando que só existe violação, neste sentido, quando a mulher resiste até a consumação. A boa doutrina satisfaz-se com o facto de a coacção física ser de tal modo que a mulher, embora sem querer a cópula, se veja obrigada a suportá-la, abandonando-se ao violador ou adaptando-se mesmo corporalmente para facilitar a entrada do pénis, quando esse abandono seja a consequência do cansaço da luta, ou da emoção resultante da ofensa, ou quando esta adaptação corpórea seja o único modo que a ofendida vê para evitar ou sustar o mal, em curso ou iminente, para si ou para outrem.*”, Vide SÊNIO MANUEL DOS REIS ALVES, Crimes sexuais, Notas e Comentários aos art.ºs 163.º a 179.º do Código Penal, Almedina, Coimbra, 1995, pg.34.

tem de ser futuro, sendo a característica temporal o principal critério de distinção entre esta, e a violência. Por fim, aponta o autor, a concretização futura do mal deve depender, ou pelo menos parecer depender, da vontade do agente.¹⁰⁴

Neste âmbito, a ameaça aparece como um meio que se destina a conseguir vencer a resistência da vítima, para com ela poder realizar o ato sexual de relevo especializado. Assim, este meio de constrangimento deve ser entendido como “*a manifestação do propósito de causar um mal ou um perigo se a pessoa ameaçada não consentir no ato sexual.*”¹⁰⁵

Reis Alves refere que a “*grave ameaça (...) consiste, penso, no colocar da vítima perante a iminência da verificação da violência (física ou moral) provocando-lhe um tal temor que a determine à cópula.*”¹⁰⁶ No mesmo sentido, Simas Santos e Leal Henriques entendem que há grave ameaça “*quando o agente procura incutir na vítima, por forma invencível, a consciência de que, se não anuir aos seus propósitos de relacionamento sexual, ele exercerá um mal maior sobre si ou sobre alguém da sua particular afeição.*”¹⁰⁷

A verificação da gravidade da ameaça tem de ser feita discricionariamente caso a caso tendo em conta a perspectiva da vítima. Como é referido no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra¹⁰⁸, “*No crime de violação a ameaça ou é tida como tal e é levada a sério e é ameaça grave, ou não é levada a sério e deixa de ser ameaça. Assim que a ameaça é levada a sério pela vítima é sempre ameaça grave. (...). É pelo padrão da vítima, da pessoa a quem é dirigida a ameaça que se aferirá da sua gravidade.*”

¹⁰⁴ AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, Comentário Conimbricense..., Comentário ao art.153º, pp. 550 a 567.

¹⁰⁵ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, Comentário Conimbricense..., Comentário ao art. 163º do Código Penal ..., pg.727.

¹⁰⁶ SÉNIO MANUEL DOS REIS ALVES, Crimes sexuais, Notas e Comentários aos art.ºs 163.º a 179.º do Código Penal, Almedina, Coimbra, 1995, pg. 32 e 33.

¹⁰⁷ SIMAS SANTOS E LEAL HENRIQUES, Anotação aos artigos 163º e 164º”, Código Penal Anotado ..., pg 239 a 245.

¹⁰⁸ De 25 de junho de 2014, processo n.º 238/13.0JACBR.C1.

iii. Tornar a vítima inconsciente ou pô-la na impossibilidade de resistir

O último meio tipo de constrangimento traduz-se no ato de o agente colocar a vítima em estado de inconsciência ou numa situação que seja impossível que a mesma resista para praticar o ato sexual de relevo. É importante esclarecer que esta situação é distinta da prevista no art. 165.º, n.º 2 (em que o agente também pratica um ato sexual com a vítima inconsciente ou incapaz de resistir). No primeiro caso é o próprio agente que provoca a inconsciência ou incapacidade de a vítima reagir (colocando uma droga em sua bebida, por exemplo), já no segundo caso o agente não provoca tal estado, ele aproveita-se de um estado pré-existente. Ademais, *“importa que haja uma relação meio - fim - ou seja, tornar a vítima incapaz de resistência é um meio para o ato sexual de relevo ou para a cópula, coito anal ou oral (...).”*¹⁰⁹

2. 5- A questão do dissentimento

O problema do dissentimento e da sua interpretação não é recente, acompanhou praticamente todas as alterações desta norma, sendo objeto de análise e discussão, tornou-se numa das maiores problemáticas ligadas ao tema.

Durante muito tempo houve grande discussão acerca do consentimento face a um ato sexual de relevo. Para alguns autores era necessário que houvesse uma demonstração clara, física, de que a vítima não estava de acordo com o ato praticado, do contrário não poderia ser enquadrado no tipo legal de violação por se considerar que não estaria preenchido o requisito “violência”, como analisamos *supra*. Nesse sentido Simas Santos e Leal Henriques sustentaram que a violência constitui uma forma de atuação em que para a realização do ato pretendido se usa da força física sobre a vítima de modo a coagi-la à prática do mesmo. Pressupõe-se, assim, falta de consentimento do sujeito passivo. *“O dissenso (ausência de permissão) da vítima deve ser sincero e positivo, manifestando-se por inequívoca resistência. Não basta uma platónica ausência de adesão, uma recusa meramente verbal, uma oposição passiva ou inerte. É necessária uma vontade decidida e*

¹⁰⁹ MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, Crimes sexuais contra crianças e jovens ..., pg. 200.

militantemente contrária, uma oposição que só a violência física ou moral consegue vencer. Sem duas vontades embatendo-se em conflito” não há violação. “Nem é de confundir a efectiva resistência com a instintiva ou convencional relutância ao pudor ou com o jogo de simulada esquivança ante uma vis grata ...”¹¹⁰ Para esta linha de pensamento, o dissentimento não poderia ser incluído como elemento integrador do crime de violação uma vez que a norma do art. 164.º do CP não lhe faz nenhuma alusão.

Numa perspetiva mais intermédia, Figueiredo Dias entende que é necessário que haja uma corporalidade do meio de coação, implicando o uso da força física para vencer uma resistência oferecida ou esperada da vítima. Refere que *“não é necessário que a força usada deva qualificar-se como pesada ou grave, mas será em todo o caso indispensável que ela se considere idónea, segundo as circunstâncias do caso nos termos conhecidos da doutrina da adequação, a vencer a resistência efectiva ou esperada da vítima.”*¹¹¹ Segundo este autor, *“Se o agente actua convencido de que a objecção da vítima – máxime, porque ela se exprime, durante todo o processo, apenas por palavras, mas não por qualquer resistência corporal – não é séria, o dolo não deve ser afirmado”*. Acrescenta ainda que *“o consabido carácter fragmentário da tutela penal leva ainda a exigir que o constrangimento tenha ocorrido através da utilização de um meio típico de coação: ou da violência, ou da ameaça grave ou do agente ter tornado a vítima inconsciente ou a ter posto na impossibilidade de resistir”*¹¹² Isto quer dizer que, mesmo nesta perspetiva, não bastaria o dissentimento da vítima.¹¹³

Felizmente, vozes se levantaram tanto na doutrina como na jurisprudência em defesa de que basta a falta de consentimento da vítima para que seja considerado violação e que esta falta de consentimento não tem, necessariamente, que ser manifestada através de uma resistência física, podendo esta ser de maneira verbal

¹¹⁰ No já referido acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13 de abril de 2011. A opinião dos autores manteve-se no seu comentário ao artigo 164º do C.P., na versão do ano 2000, apoiando-se também nos entendimentos de Nelson Hungria e Rodriguez Devesa, Anotação aos artigos 163º e 164º, Código Penal Anotado, 2º Volume, Editora Rei dos Livros, 2000, pg. 239.

¹¹¹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, Comentário Conimbricense..., Comentário ao art. 163.º do Código Penal, §20, pg. 454.

¹¹² *Ibidem*, pg. 456.

¹¹³ Nesse sentido, com base na posição de Figueiredo Dias, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 02 de fevereiro de 2013, processo n.º 32/10.0PLLRSL1-5.

ou não verbal. Clara Sottomayor refere que *“A ausência de consentimento pode ser expressa por qualquer meio: de forma verbal ou não verbal, por gestos ou expressões de medo ou de repulsa. Não tem de ser acompanhada por atos físicos de resistência ou de oposição. A noção de consentimento pressupõe, em regra, atos positivos e de colaboração, ou uma conduta ativa. O silêncio não pode ser identificado com consentimento. Nestes contextos, o silêncio resulta do medo e do estado de terror da vítima, da dissociação de personalidades, da paralisia, ou da consciência da inutilidade de qualquer reação.”*^{114 115} Conceição Cunha diz ainda que *“assim, tendo em consideração as situações de paralisção pelo medo penso que a tutela da liberdade sexual só se alcança com a criminalização de relacionamentos sexuais não consentidos: de todo o modo utilizo por vezes os termos “dissentimento e “não consentimento” como equivalentes, pois, podendo o consentimento e o dissentimento expressar-se de diversas formas, não será assim tão difícil (em muitos casos) descortinar qual a vontade das pessoas envolvidas – ou seja, saber se o silêncio equivale a assentimento ou dissentimento ...”*¹¹⁶

No mesmo sentido, Conceição Cunha defende que *“o tipo legal de crime de violação não exige que a vítima se debata, lute com o agressor; exige, sim, que o agressor use de violência, o que são aspetos distintos. Na verdade, não faria qualquer sentido que este tipo legal de crime fizesse tal exigência! Tal seria impor um “ónus” sobre a vítima, desproporcional e irrazoável, violador da sua dignidade! Tal seria ainda impor um “ónus” que não se verifica em qualquer um dos outros tipos legais de crime! Para além das situações em que a vítima fica paralisada pelo medo, pelo pânico, pode ainda a vítima ter consciência dos riscos acrescidos de uma tentativa de resistência pela força, dada a profunda desigualdade de “armas” (força física) entre a vítima e o agressor ou pode até ficar imediatamente “neutralizada” (ou quase neutralizada) face à força empregue pelo agente (...) Na verdade, nem a reação da vítima nem a contrarreação do agente são elementos típicos, ou seja, em parte alguma o tipo legal do crime de violação exige que haja uma luta entre agente e vítima! Exige, sim, que sejam empregues meios de constrangimento da vítima, nos quais se inclui a violência,*

¹¹⁴ MARIA CLARA SOTTOMAYOR, A convenção de Istambul e o novo paradigma da violência de género, Ex aequo [online]. 2015, n. 31 ... 2.2.

¹¹⁵ Nesse mesmo sentido o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24 de Setembro de 2014, processo n.º 1686/12.9JAPRT.P1,

¹¹⁶ MARIA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, Do dissentimento à falta de capacidade para consentir..., pg. 137.

o que é mais do que suficiente para haver lesão do bem jurídico que se pretende tutelar – a liberdade sexual. Na verdade, exigir esta luta poderia até deixar de parte (não criminalizar) os casos mais graves – ou seja, aqueles em que a violência exercida é tão grave que praticamente neutraliza ou paralisa a vítima e/ou em que a vítima está tão fragilizada (física e/ou psicologicamente) que não consegue reagir (...) Na verdade, quando há um encontro de vontades no sentido de um relacionamento sexual não é necessário usar de violência para concretizar (consumar) o ato sexual (...) não se pode nunca supor (ou pressupor) o consentimento quanto ao uso de violência nas relações sexuais, sob pena de se pôr em causa a tutela quer da autonomia da vontade (máxime da autodeterminação sexual), quer da integridade física.”¹¹⁷

O princípio para a resolução desta problemática teve o seu início com propostas legislativas e doutrinárias, e mais recentemente com o apoio da norma prevista no art. 36.º da Convenção de Istambul. O art. 36.º, n.º 1 da Convenção estipula que os Estados deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar a criminalização da conduta de quem intencionalmente

- a) Praticar a penetração vaginal, anal ou oral, de natureza sexual, de quaisquer partes do corpo ou objetos no corpo de outra pessoa, sem consentimento desta última;
- b) Praticar outros atos de natureza sexual não consentidos com uma pessoa;
- c) Levar outra pessoa a praticar atos de natureza sexual não consentidos com terceiro.

O n.º 2 afirma que o consentimento deve ser dado voluntariamente, por vontade livre da pessoa, avaliado no contexto das circunstâncias envolventes e o n.º 3 denota que, a criminalização prevista no n.º 1 deve ser aplicada atos cometidos contra atuais ou ex-cônjuges ou parceiros.¹¹⁸

O corpo da norma acentua bem a expressão “sem o consentimento”; “(...) no entanto, o legislador não assumiu, ainda e apenas, no “não consentimento da vítima” a fronteira entre o ilícito e o não ilícito, ficando aquém do que a Convenção

¹¹⁷ MARIA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, Conceito de violência no crime de violação, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 21, n.º 3, Julho-Setembro de 2011, Coimbra Editora, pg. 477 a 478.

¹¹⁸ Convenção de Istambul disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1878&tabela=leis

estabelece.”¹¹⁹ Também se ficou aquém da proposta legislativa n.º 522/XII/3ª, do BE, que acompanhava o mesmo sentido da Convenção, avaliando o crime de violação pelo “não consentimento” e indicando, nas suas sucessivas alíneas, várias formas de agravação, entre elas, os meios típicos que atualmente continuam a preencher o nosso n.º 1.

Atualmente, o entendimento maioritário na jurisprudência¹²⁰ parece ir no sentido de se considerar suficiente o dissentimento da vítima para que se verifique o preenchimento do tipo de ilícito, não sendo necessária uma resistência física da vítima contra o agressor.

A nosso ver, esta última orientação é a mais acertada. Uma vez que o bem jurídico em causa é a liberdade sexual da vítima, a prática do ato sexual contra ou sem o consentimento da vítima contraria categoricamente esta liberdade. Sendo assim, é justamente no conceito de liberdade que se deve fundamentar a punibilidade da ação. De acordo com a posição de Figueiredo Dias, se a vítima não provar que a prática do ato sexual foi contra sua vontade o agente não é punido pelo crime. Parece haver aqui uma inversão das posições processuais que aumenta a desconfiança sobre a veracidade da versão apresentada pela vítima e que a coloca numa posição de ser julgada pelo crime que cometeu quando, na realidade, deve ocorrer o oposto.

Tão pouco podemos concordar com a justificação do respetivo autor de que por conta da fragmentariedade do Direito Penal a liberdade sexual não é tutelada em toda sua extensão. Não nos parece que seja correto aplica-la neste âmbito da tutela da liberdade sexual na medida em que se trata de um bem jurídico intimamente relacionado com o princípio da dignidade da pessoa humana e, por isso, é necessário haver uma tutela abrangente.

¹¹⁹ JOSÉ LOPES MOURAZ; TIAGO CAIADO GUERREIRO, Crimes Sexuais – Análise Substantiva e Processual, 1ª Edição, Coimbra Editora, Dezembro 2015, pg. 49.

¹²⁰ A título exemplificativo ver: Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24 de Setembro de 2014 processo n.º 1686/12.9JAPRT.P1, é referido que “A oposição da vítima não tem de se exprimir por uma resistência física, podendo sê-lo também por palavras ou gestos.” Nesse mesmo sentido o acórdão da mesma Relação de 14 de junho de 2017, processo n.º 16/16.5AAGD.P1, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 17 de dezembro de 2014, processo n.º 465/11.5TALRA.C1

Capítulo II – Do Concurso entre o crime de violência doméstica e o crime de violação

O crime de violência doméstica suscita problemas de concurso heterogêneo. Assim o é desde logo porque a conduta típica é suscetível de integrar diversos tipos de crime simultaneamente.

No âmbito das relações de intimidade ocorre, muitas vezes, a violência sexual. Aparentemente, em diversas situações a violência sexual cometida poderia ser enquadrada no crime de violência doméstica e no crime de violação sexual. Sendo assim, cabe aclarar quais são os critérios definidores que levam a que determinada violência sexual, no âmbito de uma relação de intimidade, seja punida como crime de violência doméstica, como crime de violação ou (se for considerado o mais acertado) por ambos os crimes. Para a solução dos problemas de concurso que surgem neste âmbito é necessário que se compreenda o episódio de vida que está a ser apreciado, os factos que interessam aos tipos objetivo e subjetivo do crime, bem como a identificação e a quantificação dos tipos incriminadores.

Para tal, é necessário termos presente os conceitos e questões mais relevantes acerca do concurso de crimes, e a escolha de um critério orientador para resolução da questão da unidade e pluralidade de ação no concurso de crimes.

1- Concurso de crimes – introdução

É frequente que no âmbito de um processo penal se decida sobre uma pluralidade de crimes cometidos pelo mesmo agente, o que suscita a questão da dogmática do concurso de crimes. De uma forma geral, afirma-se a existência de um concurso de crimes sempre que uma pluralidade de crimes seja cometida pelo mesmo agente, antes de transitar em julgado a condenação por qualquer deles. Por ser assim, é de fundamental importância perceber quando se é lícito afirmar que um mesmo agente cometeu mais do que um crime, isto é, determinar quando e quais os pressupostos para averiguar se estamos perante um crime ou perante a uma pluralidade de crimes.

Esta questão é de grande importância, não só a nível Penal, mas também, constitucional na medida em que o art. 29.º n.º 5 da CRP diz expressamente que ninguém pode ser julgado mais que uma vez pelo mesmo crime sendo crucial

determinar se a atuação do agente será considerada “um mesmo crime ou outro distinto” de forma a respeitar o princípio do *ne bis in idem* que estabelece a proibição de dupla valoração do mesmo substrato material e impõe, por outro lado, que se esgote a apreciação de toda matéria tipicamente ilícita submetida a cognição do tribunal.

Já em termos substantivos, a determinação da unidade ou da pluralidade de crimes assume relevância, pois influenciará diretamente em termos de punição do agente.

2- Unidade e pluralidade de ação

Em geral, para se fazer a distinção jurídico-penal da unidade e da pluralidade de crimes *“têm sido seguidas, no essencial, duas vias fundamentais: a de entender prioritariamente à unidade ou pluralidade de tipos legais de crimes violados; ou a de conferir relevo decisivo à unidade ou pluralidade de acções praticadas pelo agente.”*¹²¹ A primeira via é aceite e vista, pela maioria da doutrina, como a via consagrada no art. 30.º do CP. A segunda, foi aderida na jurisprudência e doutrina alemãs e, por influência deste ordenamento jurídico, difundiu-se em outros países. É através desta que se distingue entre *concurso real e concurso ideal*. Nesse sentido, de acordo com Jescheck e Weigend *“Existe concurso ideal quando o autor, através da mesma ação, infringe várias normas penais ou uma mesma repetidas vezes. Portanto, o pressuposto do concurso ideal é duplo: por um lado, deve concorrer a unidade de ação e, por outro, através da ação tem de haver ocorrido uma pluralidade de infrações legais.”*(tradução livre)¹²² Já o concurso real existe *“quando o autor cometeu vários delitos autônomos que são perquiridos no mesmo processo penal. Pressuposto desta concorrência é, por um lado, a existência de várias ações e, por outro, a possibilidade de seu processamento conjunto. (tradução livre)”*¹²³

Contudo, no ordenamento português, tal distinção não parece ter relevância na moldura legal, considerando-se que ambas as modalidades encontram-se abrangidas pelo art. 30.º, n.º 1 do CP, uma vez que o concurso pode ser homogêneo

¹²¹ JORGE FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Tomo I, pg. 981.

¹²² JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. Tratado del derecho penal, parte general. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5ª ed: Comares editorial. pg. 775-776.

¹²³ Ibidem, pg. 776.

ou heterogéneo. *“É homogéneo quando os crimes cometidos são idênticos, da mesma espécie – a mesma espécie de crime é perpetrada duas ou mais vezes pela conduta do agente – e é heterogéneo quando são de espécie diferente – duas ou mais espécies de crime são efectivamente cometidos.”*¹²⁴

Assim, torna-se necessário partirmos para a análise destas teorias a fim de verificarmos em que se baseiam e se são suficientes para solucionar tal problemática.

I. A teoria do número de ações praticadas pelo agente

A teoria do número de ações praticadas pelo agente contou com ilustres defensores como Mayer, Megzer e Liszt que defendiam que, na vertente naturalística da conceção, a solução para o problema em debate era sintetizada na resposta à questão de *“quantos actos empírico-causais podem ser divisados num determinado caso?”*¹²⁵ Haveria um conceito de unidade de ação prévia a norma que seria imposto ao legislador. A doutrina e jurisprudência alemãs foram aprofundando três categorias de unidade de ação: unidade natural da ação, unidade jurídica da ação e a unidade típica da ação.

A **unidade natural da ação** existirá *“quando vários actos singulares da mesma espécie e derivados de uma vontade criminosa unitária se encontram, de um ponto de vista espacial e temporal, numa conexão tão estreita que eles se representam, à luz da uma consideração natural, como unidade.”*¹²⁶ Entendia-se a conduta como puro acontecimento mecânico causal, indiferente a qualquer significação jurídica, sendo os seus limites aferidos de acordo com *“os ensinamentos da experiência da vida diária”*¹²⁷, nesta perspetiva, contar o número de crimes seria o mesmo que contar o número de ações praticadas, fazendo, assim, da conduta naturalística medida decisiva na determinação da unidade ou pluralidade criminosa. De acordo com este critério assim definido, operava-se a distinção entre concurso ideal, onde se

¹²⁴ GERMANO MARQUES DA SILVA, Direito penal português - teoria do crime, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2012, p. 419.

¹²⁵ JOÃO COSTA ANDRADE, Da Unidade e Pluralidade de Crimes, Coimbra, 2009, PG. 26.

¹²⁶ JORGE FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Tomo I, pg. 984.

¹²⁷ EDUARDO CORREIA Código Penal – Projecto da Parte Geral, Boletim do Ministério da Justiça, nº 127, Junho, 1963/B, PG. 199.

inseririam os casos em que a mesma ação viola várias disposições penais, ou várias vezes a mesma disposição penal, e concurso real, onde se inseriam os casos em que diversas ações autónomas violam várias disposições penais ou várias vezes a mesma disposição penal. Desta maneira, para conhecermos da pertinência de determinado caso a uma ou a outra categoria, bastaria saber se as várias violações foram efetuadas por uma ou várias condutas.

A conceção naturalística enfrentou as mais duras críticas dos diversos sectores da doutrina. Numa perspetiva dogmática, Eduardo Correia demonstrou que o critério da conceção em causa redundava em puro arbítrio, não sendo possível fundar um critério válido de distinção entre unidade e pluralidade de crimes em fenómenos naturalísticos. De facto, afirmava, para a teoria naturalística todo o concurso ideal traduzir-se-ia numa forma de unidade criminosa, já que apenas uma conduta teve lugar, apesar da plúrima violação dos imperativos legais. Eduardo Correia foi mais além, enumerando mesmo casos em que a unidade de conduta não passa de “mera ilusão”, uma vez que para a determinar se recorreu, consciente ou inconscientemente, a um critério de unidade jurídica.¹²⁸

Atualmente, a unidade da ação se encontra definida no BGH com referência a uma “conceção natural da vida”. Contudo, a diversa contradição existente devido à imprecisão da unidade natural e da forma como está definida, fez com que a jurisprudência ampliasse largamente o espaço atribuído ao concurso ideal o que levou, conseqüentemente, a ampliação do risco de arbítrio das respetivas decisões.¹²⁹ O conceito ampliado pela jurisprudência ficou resumido num conjunto de requisitos: conexão espaço-temporal, plano do agente e valoração social-objetiva.¹³⁰

Alguns autores referem-se a esta forma de unidade da ação como “**unidade jurídica da ação**”. Como refere Inês Ferreira Leite, estes autores têm alguma razão na medida em que “*já não se está perante uma mera simultaneidade do movimento*

¹²⁸ EDUARDO CORREIA, A Teoria do Concurso em Direito Criminal – I Unidade e Pluralidade de Infracções, Coimbra, 1963/A, pg. 17.

¹²⁹ INÊS FERREIRA LEITE, *NE (INDEM) BIS IN IDEM...*, Vol I, pg. 606.

¹³⁰ FIGUEIREDO DIAS refere como exemplos as situações em que “*A falha a tentativa de matar B com uma pancada na cabeça e, por isso, em seguida o estrangular, ou de C falhar uma primeira tentativa de assaltar um casa devido à proximidade de um polícia mas mais tarde, na mesma noite, proceder a uma segunda tentativa.*” Tomo I, pg. 984.

físico, nem perante uma coincidência espaço temporal. Exigindo-se a unidade da vontade do agente e uma imagem social unitária do facto, os critérios revelam-se jurídicos e não naturalísticos.”¹³¹

Como Figueiredo Dias explicita, “*A ideia de uma unidade natural de acção possui carácter insuportavelmente indeterminado, visando permitir que o aplicador alcance, em cada caso, a solução que julgue mais razoável;*”¹³² Por estes motivos, a distinção entre unidade e pluralidade de ação não pode ter como base o conceito natural de ação por todos os riscos e pela arbitrariedade que este levaria.

Nesse sentido de recusa do conceito natural de ação, alguns autores partem antes de um conceito típico da ação. Para estes autores, a **unidade típica de ação** existirá quando “*um tipo legal de crime reduz a uma unidade típica uma pluralidade de actos como tal externamente reconhecível.*”¹³³

Stratenwerth refere, acerca da unidade típica da ação “*[que] la circunstancia de que el acontecer delictivo pueda presentarse jurídicamente como un echo, aun cuando – desde una perspectiva puramente exterior – consista en una pluralidad de actos, queda patente, en primer lugar, en los casos en que es el tipo legal el que crea una unidad de acción. En muchos casos, es el propio tipo legal el que, para su realización, exige una pluralidad de actos [...]. Otros tipos estan formulados de tal manera que si bien no requieren una pluralidad de actos individuales, si los abarcan en una unidad de valoración, dentro de ciertos límites, cuando éstos concurren [...]. Finalmente, lá unidad de acción viene determinada por el tipo en los delitos permanentes [...]*”¹³⁴

Relativamente a esta “unidade típica de ação”, segundo Figueiredo Dias, caem neste âmbito os tipos legais que, por necessidade, são constituídos por uma pluralidade de atos (v.g., o crime de coação sexual), aqueles tipos legais com uma formulação de tal maneira específica que a pluralidade de atos que o integram ocorreu numa unidade contextual ou espaciotemporal tal que reconduz, automaticamente, a uma unidade (v.g., homicídio com vários golpes) ou os

¹³¹ INÊS FEEREIRA LEITE, *NE (INDEM) BIS IN IDEM...*, Vol. I, pg. 607.

¹³² JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, Tomo I, pg. 985.

¹³³ Nesse sentido, ROXIN, STRATENWERTH/KULEN *apud* FIGUEIREDO DIAS, tomo I, pg. 983, nota 12.

¹³⁴ STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal*, parte general, I. El hecho punible. Traducción: Manuel Cancio Meliá e de Marcelo A. Sancinetti. Navarra: Aranzadi, 2005 p. 448-452.

chamados crimes duradouros, como é o caso do crime de sequestro, pois a pluralidade de atos necessários ao preenchimento daquele tipo legal, nomeadamente a detenção e encerramento da vítima, constitui uma única ação de sequestro.¹³⁵

II. Critério da unidade ou pluralidade de tipos legais violados

Esta tese foi sufragada por Eduardo Correia e tem hoje acolhimento em grande parte da doutrina e da jurisprudência. Num primeiro momento, este autor utilizou como critério de distinção entre o concurso aparente e efetivo de crimes, o bem jurídico violado. Assim, se houvesse uma pluralidade de ações (no sentido naturalístico) mas, apenas um bem jurídico fosse violado, estaríamos então perante a um único crime. Por outro lado, se através de uma só ação fossem violados diversos bens jurídicos, estaríamos perante a uma pluralidade de crimes. Assim, serão tanto os crimes quantas as *“significações, valores jurídicocriminais negados por um certo comportamento humano”*¹³⁶. Deste modo, *“pluralidade de crimes significa pluralidade de valores jurídicos negados.”*¹³⁷ No entanto, utilizar apenas este critério *“vincula a escolha à perspectiva do sujeito e cria os mesmos riscos de arbitrariedade”*¹³⁸ e reduziria a identidade do crime a uma das suas vertentes, o que acabaria por favorecer uma visão formal ou objetiva do Direito Penal. Para além disto, este critério não permite solucionar os casos em que o agente ataca diversas vezes o mesmo bem jurídico de uma mesma vítima.¹³⁹

Assim, afirmando que o conceito de crime não se esgota na sua ilicitude, Eduardo Correia acrescenta, ao critério inicial, um segundo critério - o da unidade da resolução criminosa em que teria que atentar para a intenção do agente. O autor afirmava que mesmo num caso de simples homicídio (como no caso em que A atira em B) só se poderia afirmar haver uma ação unitária devido a representação da unidade da resolução criminosa do agente. No entanto, este critério também

¹³⁵ FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Tomo I, pg. 987 e 988.

¹³⁶ EDUARDO CORREIA, A Teoria do Concurso em Direito Criminal - I Unidade e Pluralidade de Infracções, Coimbra, 1963/A, pg. 84.

¹³⁷ EDUARDO CORREIA, Direito Criminal II, Livraria Almedina, Coimbra, 1993/B, pg. 200.

¹³⁸ INÊS FERREIRA LEITE, *NE (INDEM) BIS IN IDEM...*, Vol. I, pg. 610.

¹³⁹ *Ibidem*.

apresentava falhas, porque seria sempre problemático determinar a vontade do agente, se se tratava de uma vontade reiterada ou ainda a continuação de uma vontade anterior e seria impossível aplica-lo aos casos de crimes negligentes. Diante destes problemas o autor acaba por concluir que a resolução criminosa não corresponderá à vontade do agente mas antes à vontade descrita no tipo de crime em causa,¹⁴⁰ seria então, um critério normativo. Esclarece o autor que a unidade da resolução criminosa não corresponde nem ao dolo nem a culpa, mas se encontra na formação ou renovação de uma decisão contrária à norma. Assim, a pluralidade de crimes assenta na pluralidade dos juízos de censura presentes, nas vezes em que o comportamento do agente rejeita a influência da norma incriminadora. Assim o é, porque pode acontecer que *“o juízo concreto de reprovação tenha de ser formulado várias vezes em relação a actividades subsumíveis a um mesmo tipo legal de crime”*¹⁴¹, violando o mesmo bem jurídico. O autor recorre ao conceito de “experiência psicológica” para superar a difícil determinação da resolução criminosa. Segundo tal experiência, é a conexão temporal que permitirá concluir se há unidade ou diversidade da resolução do agente.

A adição deste elemento subjetivo, ligado à personalidade do agente, altera a compreensão do facto jurídico-criminalmente relevante, já que o fragmenta, na medida em que há a aplicação do tipo legal de crime tantas vezes quantos os juízos de censura correspondentes à conduta. Quer isto dizer, que mesmo a constatação de uma unidade de conduta pode patentear a existência de uma pluralidade de crimes. Por conseguinte, o núcleo da teoria de Eduardo Correia centra-se no número de juízos de censura, formulados, ou, por outras palavras, no número de valores jurídico-criminais negados pela conduta do agente. Assim, é indispensável aferir da pluralidade de juízos de censura tendo em conta todas as resoluções autónomas tomadas pelo agente, quer levem ao cometimento de crimes – em caso de dolo - ou que significam a violação de deveres de cuidado – em casos de negligência -, sendo essa pluralidade uma realidade quando, tendo em conta a globalidade do facto jurídico-criminalmente relevante, não se possa constatar uma conexão temporal entre as resoluções autónomas tomadas pelo agente. De facto, considerando os vários momentos que integram a conduta do agente, a estrutura

¹⁴⁰ EDUARDO CORREIA, A Teoria do Concurso em Direito Criminal..., pg. 46.

¹⁴¹ EDUARDO CORREIA, Direito Criminal II..., pg. 201.

psicológica do mesmo e ainda as regras da experiência de vida, há unidade de resolução quando o agente age sem renovar o processo de motivação que culminou na prática de um facto ilícito-típico. Ao contrário, se a conexão temporal que liga os momentos da conduta no caso concreto for tal que obrigue a uma renovação da motivação do agente para a prática do crime, então estamos perante juízos de censura plúrimos.¹⁴²

Embora tenha grande adesão na doutrina e jurisprudência, esta teoria também foi alvo de críticas por parte de alguns autores. Nesse sentido, Lobo Moutinho enquadra a conceção exposta no movimento “formalista”, já que, tal como Binding ou Honig, Eduardo Correia *“identifica como quid de referência o tipo de crime”*. Segundo aquele autor, a principal dificuldade da posição de Eduardo Correia está na multiplicidade de crimes que pode abarcar o mesmo tipo legal e, assim, duas coisas poderiam acontecer: ou a existência de um concurso de crimes heterogéneo seria uma realidade por via da multiplicação de crimes dentro do mesmo tipo legal de crime, ou, por outro lado, a ter de se encontrar uma sistematicidade para o tipo, após o apuramento da sua unidade, teria de se recorrer à culpa do agente. Perante o exposto, afirma Lobo Moutinho que, se *“apesar da realização do mesmo tipo de crime ainda assim é possível afirmar-se a multiplicidade de crimes, então é porque existe algo mais no crime para além daquele quid identificado, ou seja, do que a realização do tipo de crime: a resolução criminosa.”*¹⁴³

Figueiredo Dias dirige-lhe também algumas críticas a vários níveis. Sob o ponto de vista constitutivo, este autor afirma que é fundamental ter sempre em consideração que o tipo legal de crime, pressuposto da unidade ou da pluralidade de crimes, é composto por dois tipos: o objetivo e o subjetivo de ilícito. Assim, afirma, tomando em conta os elementos constitutivos do tipo legal – autor, conduta e bem jurídico –, não só individual, mas também conjuntamente, cedo se percebe que, para além de se revelar dispensável a categoria da culpa, por eles se consegue

¹⁴² Sobre a questão da aferição do número de juízos de censura vide EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal II...*, pg. 202 e ainda JOÃO COSTA ANDRADE, *Da Unidade e Pluralidade de Crimes*, Coimbra, 2009, pg. 38. Resta salientar que através do critério da conexão temporal vai-se além da pura normalidade. Toma-se essencialmente em conta o que se passou no espírito do agente, isto porque o critério da conexão temporal admite prova em contrário, sendo só esta admissível nos casos em que os momentos que integram a conduta levada a cabo pelo agente sejam de tal maneira próximos que tudo indique que não houve qualquer renovação no móbil criminoso.

¹⁴³ JOSÉ LOBO MOUTINHO, *Da Unidade à Pluralidade...*, pg. 325

atingir o autêntico sentido da ilicitude material do facto abarcado pelo tipo. Já de um ponto de vista material, Figueiredo Dias critica a conceção de Eduardo Correia, afirmando que esta se apartou rispidamente da consideração global do tipo, isto é, da consideração da totalidade dos seus elementos principais, atribuindo relevância decisiva, apenas ao bem jurídico violado, ao valor jurídico-criminal negado. Segundo ele, é irrefutável o primacial valor do bem jurídico no que à tipicidade diz respeito. No entanto, adianta, tal não é razão para a desconsideração dos restantes elementos do tipo de ilícito. E ainda defende que, para além desta global consideração de todos os elementos, há casos em que se deve levar ainda em consideração a dimensão social relevante no comportamento do agente que consolida o tipo.¹⁴⁴ Por fim, afirma que do ponto de vista metodológico, por um lado, a conceção em análise foi profícua no sentido de que se afastou do positivismo da teoria da ação, para pecar, por outro lado, por cair num normativismo absoluto, na medida em que a consideração dos tipos legais de crime é levada a cabo à margem de onde verdadeiramente se colocam e resolvem os problemas da unidade e pluralidade de crimes: o mundo sócio-juridicamente relevante.¹⁴⁵

Também com um ponto de vista crítico, Inês Ferreira Leite refere que uma das maiores falhas a que conduz a tese da “resolução criminosa” está na vinculação do número de crimes ao planos do agente. *“assim, quando o agente reitera a execução do facto – ou porque furta várias peças de uma habitação, ou porque se dirige várias vezes para furtar ao mesmo armazém, na mesma noite, ou porque agride múltiplas vezes a vítima ou, ainda, porque executa várias tentativas de homicídio, sucessivamente contra a mesma vítima -, saber se houve um ou vários crimes acaba por depender de se demonstrar qual teria sido o plano do agente. Caso o agente tivesse já planeado reiterar a execução, haveria um só crime; caso o agente tivesse formado novas resoluções criminosas, sucessivamente, haveria tantos crimes quantas as resoluções. Falhas que a construção de Eduardo Correia não supera, quando afirma que a determinação de executar um plano (...) tem necessariamente que se estender, em comum e ao mesmo tempo, a todas as manifestações de vontade nele contidas. Nessa medida, a unidade de resolução iria converter a prática de todos*

¹⁴⁴ JORGE FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Tomo I, pg. 988.

¹⁴⁵ *Ibidem*, pg. 986 a 988.

estes atos, transformando as meras representações em conteúdo de uma só violação.”¹⁴⁶ Esclarece que as soluções propostas pelo autor não estão isentas de críticas, pois que em muitos casos será difícil identificar o plano do agente e, não havendo elementos probatórios quanto a este plano, teria de se recorrer as próprias declarações do agente.

Em forma de conclusão, Inês Ferreira Leite diz que apesar de Eduardo Correia utilizar um critério normativo “o número de crimes determina-se pelo número de infracções”, este autor não deixa de recorrer a critérios vagos e ambíguos como a “experiência psicológica” ou a “conexão espaço temporal”. Considerando, no entanto, que o maior problema está na metodologia dotada pelo autor, que pode ser expressa na frase em que ele se refere que “na lei penal separam-se, pois verdadeiras famílias de delitos, dentro das quais se distinguem espécies e subespécies, tipos e subtipos, cujo parentesco se pode apreender directa e logicamente pela simples comparação dos seus elementos.”¹⁴⁷ Face a isto, a autora assume que “nem se quer no caso da especialidade se torna possível demonstrar a existência de um ou mais crimes num plano abstracto. Basta pensar na reiteração de ofensas a integridade física, simples e graves, praticadas num curto espaço de tempo, contra a mesma pessoa, mas por razões e em contextos completamente diferente.”¹⁴⁸

III. A teoria da unidade ou pluralidade de sentidos de ilicitude jurídico-penal do comportamento global

Apesar de a doutrina maioritária concluir que o critério adotado na lei foi o sufragado por Eduardo correia, há autores que defendem uma diferente interpretação.

Figueiredo Dias, numa tentativa de resolução de uma das querelas mais significativas do Direito, propõe uma metodologia analítico-teleológica¹⁴⁹ e,

¹⁴⁶ INÊS FERREIRA LEITE, *NE (INDEM) BIS IN IDEM...*, Vol. I, pp. 612 e 613.

¹⁴⁷ EDUARDO CORREIA, *apud*, INÊS FERREIRA LEITE, *NE (INDEM) BIS IN IDEM...*, Vol. I, pg. 615.

¹⁴⁸ INÊS FERREIRA LEITE, *NE (INDEM) BIS IN IDEM...*, Vol. I, pp. 615 e 616.

¹⁴⁹ Na realidade, a proposta de FIGUEIREDO DIAS cumpre a doutrina afirmada por CASTANHEIRA NEVES: parte do caso, como *prius*, para a norma, assumindo como objetivo primordial a judicativo-decisória realização do Direito. *Vide* ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia*, Coimbra, 1993, pg. 158 e ss.

desviando-se da ação ou do tipo legal que subsume determinada ação, recorre ao conceito de sentido de ilicitude jurídico-penal do comportamento global do agente para construir um novo critério de distinção entre a unidade e pluralidade de crimes. Afirma, pois, que é no ilícito-típico que reside a essência da violação de bens jurídico-penais, isto é, “*no substrato de vida dotado de um sentido negativo de valor jurídico-penal*”¹⁵⁰: é a existência ou não de plúrimos sentidos de ilicitude típica no comportamento do agente que vai determinar a unidade ou a pluralidade de crimes no caso concreto.

Analisada assim, podem subsistir dúvidas quanto às diferenças existentes entre as orientações de Figueiredo Dias e a posição sufragada por Eduardo Correia, na medida em que o efeito prático nas duas conceções seria exatamente o mesmo: a reconhecerem-se plúrimos factos puníveis a sua punição seria efetuada por uma pena conjunta, nos termos do art. 77.º do CP. Por ser assim, importa demonstrar como as diferenças são decisivas. Figueiredo Dias começa por argumentar com a incompatibilidade da punição através da pena conjunta estabelecida no art. 77.º do nosso CP nos casos em que, apesar de, tecnicamente, configurarem cenários de concurso, apresentam conteúdos de ilícito que se “*interceptam parcialmente*”.¹⁵¹ Concretizando, não restam dúvidas de que a pena conjunta estabelecida pelo referido preceito tem em conta o conteúdo de ilícito correspondente a cada um dos tipos preenchidos pelo comportamento global do agente. Assim, pretender punir os casos em análise nos termos do art. 77.º do CP, conduziria a uma inaceitável violação do princípio jurídico-constitucional da proibição da dupla valoração. Por outro lado, punir um concurso na moldura penal prevista pelo tipo de crimes a que é correspondente o sentido e o conteúdo do ilícito dominante, como se não fosse um concurso, ou seja, como se estivesse em causa uma unidade de facto, violaria o mandato de esgotar a valoração da matéria ilícita.

Deste modo, tomando como decisiva análise do significado do comportamento global, que contém um sentido material (social) de ilicitude, o autor admite a existência de dois grupos de casos: o primeiro em que os crimes que estão em concurso são reconduzíveis a uma pluralidade de sentidos sociais e autónomos dos

¹⁵⁰ FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Tomo I, pg. 988.

¹⁵¹ FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Tomo I, pg. 989.

ilícitos-típicos cometidos, havendo assim, uma pluralidade de factos puníveis e nessas hipóteses estaremos perante ao concurso efetivo, próprio ou puro; e o segundo grupo de casos em que apesar de haver concurso entre tipos legais que estão efetivamente preenchidos pelo comportamento global, é de reconhecer-se que aquele comportamento “ *é dominado por um único sentido autónomo de ilicitude, o que a ele corresponde uma predominante e fundamental unidade de sentido dos concretos ilícitos típicos praticados*”¹⁵² nessas hipóteses, estaremos perante ao concurso aparente, impróprio ou impuro. A punição do agente no primeiro grupo de casos, será nos termos do art. 77.º do CP, e para o segundo grupo, será encontrada com recurso à moldura penal prevista pelo tipo legal de crime a que corresponda o sentido e o conteúdo do ilícito dominante, tendo sempre em devida conta o conteúdo de ilícito que excede o sentido de ilícito dominante para efeitos de determinação da medida concreta da pena.¹⁵³

IV. Outros contributos para o estabelecimento dos critérios de unidade de pluralidade de crimes

Numa vertente mais normativista, vemos as posições de Lobo Moutinho e Luís Duarte D’ Almeida, que acabam por se afastar da tese de Eduardo Correia.

Lobo Moutinho não considera que a tese de Eduardo Correia esteja transposta de forma absoluta para o nosso ordenamento jurídico através do art. 30.º do CP¹⁵⁴ e rejeita a teoria dos desdobramentos do tipo.¹⁵⁵ O autor parte da análise da expressão “tipo de crime” que consta da primeira parte do n.º 1, do art. 30.º do CP, propondo uma outra interpretação segunda a qual o art. 30.º do CP faz referência à distinção entre dois tipos de concurso efetivo, sendo este dividido em concurso de crimes e conexão de crimes.

¹⁵² *Ibidem*. pg. 990.

¹⁵³ Esta consideração do conteúdo de ilícito excedente na determinação da medida concreta da pena, isto é, a consideração do conteúdo de ilícito dominado, na parte não tomada em consideração para estabelecer a moldura do concurso, possibilita atentar ao verdadeiro desvalor dos ilícitos praticados, ficando assim salvaguardada a questão da paridade de análise a cada um dos tipos ilícitos preenchidos.

¹⁵⁴ LOBO MOUTINHO, Da Unidade à Pluralidade..., pg. 44 e ss. e 137 e ss.

¹⁵⁵ LOBO MOUTINHO, Da Unidade à Pluralidade..., pg. 177 e ss.

Para este autor, a expressão “tipo de crime” corresponde ao “*tipo legal de crime como previsão da norma incriminadora e, por isso, tipo abstrato, especial e em sentido amplo*”,¹⁵⁶ isto significa que a referência ao “tipo de crime” não se refere à questão da contagem dos tipos abstratos, mas, à contagem dos tipos penais que o agente cometeu.¹⁵⁷ O autor tem em consideração a estrutura complexa do crime, que inclui os pressupostos essenciais para verificação do crime e que fazem parte da sua estrutura nuclear, acidental ou periférica, que é composta pelas circunstâncias que rodeiam a concretização do crime e intervém na medida concreta da pena, de acordo com o exposto no art.º 71.º, n.º 2 do CP.¹⁵⁸

O autor parte da ideia de que a previsão do crime estabelece que: “*se este agente e só este cometer este crime e só este, a pena é esta e só esta*”.¹⁵⁹ Toda a atuação que sair do âmbito da previsão do tipo incriminador já não se enquadra no domínio normativo do tipo penal, e a punição desse “*excedente*” carece de ser regulada.¹⁶⁰ Assim, estabelece três categorias dogmáticas dentro da matéria da unidade e pluralidade crimes.

Na primeira categoria, estão as situações em que o facto, em toda a sua extensão penalmente relevante, se encontra exhaustivamente incluído num tipo de crime enquadram-se no quadro da pura unidade ou crime simples. Isto implica que a estrutura acidental do caso concreto caiba na sua totalidade dentro dos limites da estrutura acidental do tipo, ou seja, no seu normal acontecer.¹⁶¹

Já as outras duas categorias, são reguladas pelo art. 30.º do CP. De acordo com o autor, o artigo prevê a integração das lacunas causadas pela indefinição quanto à regulação das situações que se desviem da categoria da pura unidade criminosa.¹⁶² O art. 30.º prevê e regula o concurso de crimes em que os delitos são independentes em todos os pressupostos e conteúdo e estão ligados apenas pelo agente. Este é punido pelo número de crimes efetivamente cometidos, nos termos do art.º 77.º do CP.

¹⁵⁶ *Ibidem*, pg. 229.

¹⁵⁷ O autor diz que os tipos penais abstratos não se “cometem”. *Ibidem*, pg. 150.

¹⁵⁸ LOBO MOUTINHO, op. cit., p. 319 e pp. 384 e ss. e 429.

¹⁵⁹ *Ibidem*, pgs. 242 e 243.

¹⁶⁰ *Ibidem*, pg. 424.

¹⁶¹ *Ibidem*, pgs. 429 e 430.

¹⁶² *Ibidem*, pg. 287.

Lobo Moutinho faz uma distinção entre concurso de crimes e a realidade da conexão de crimes. A conexão de crimes reúne infrações unidas pelo conteúdo ou estrutura típica, em que se convocam vários tipos de crime, ou o mesmo múltiplas vezes, ainda que não preenchidos por inteiro.¹⁶³ Para o autor, o crime não está preparado para prever todos os factos que preencham a sua estrutura essencial, mas só aqueles que possam ser abarcados pelos limites máximos da estrutura accidental do tipo.¹⁶⁴ Quando o modo concreto de preparar, executar ou aproveitar um crime principal extravase os limites “normais” da estrutura accidental do crime, ou se está perante uma situação de conexão de crimes, ou esse excesso é julgado nos termos da ilicitude do tipo.

De acordo com Lobo Moutinho, na conexão de crimes cabem o crime continuado (de acordo com os moldes de Puppe), o concurso ideal e o instituto da consunção impura. Para esta realidade concursal, Lobo Moutinho propõe que se aplique o regime punitivo estabelecido no art.º 79.º do CP.¹⁶⁵ O autor fala ainda sobre o alcance da norma no confronto consigo mesma, apresentando as circunstâncias em que a situação estará fora dos limites máximos da estrutura accidental da norma e as circunstâncias em que estará dentro da unidade criminosa. Para este autor, para se verificar a unidade criminosa tem de haver persistência do facto no seu todo, isto é, a extensão concreta de cada elemento, cada aspeto ou momento do crime tem que ser alcançada pelos restantes elementos ou aspetos do crime. Nos casos em que a conduta se prolongue ou ultrapasse o mínimo essencial para a realização do tipo, a princípio, estaremos no campo da estrutura accidental do crime que deve valorar para efeitos de determinação do grau de ilicitude do facto, exceto se a norma incriminadora colocar limites especiais à extensão ou duração da conduta. Só por si, a extensão para lá do mínimo essencial não se traduz em pluralidade criminosa, desde que se cumpra o critério da persistência do facto no seu todo.¹⁶⁶

¹⁶³ *Ibidem*, pg. 425.

¹⁶⁴ *Ibidem*, pg. 426.

¹⁶⁵ LOBO MOUTINHO, Da unidade à pluralidade ..., pg. 1163 e ss.

¹⁶⁶ *Ibidem*, pp. 494 e 520.

Nestes termos, podemos concluir que a tese de Lobo Moutinho, é ainda, de cariz normativista.¹⁶⁷

Cristina Líbano Monteiro¹⁶⁸ faz algumas críticas, com as quais concordamos, acerca desta tese. Em primeiro lugar, a autora critica a conceção de que a doutrina geral do facto está pensada para tratar do estabelecimento das condições mínimas essenciais para o aparecimento de um crime, sendo que a questão do número de crimes se resolverá já no âmbito das “formas especiais de surgimento da infração”. Lobo Moutinho caracteriza o concurso como uma forma de crime que não se identifica com o conceito de crime da teoria geral da infração.

Em segundo lugar, se critica a falta de uma ideia material de crime, com adequada valoração jurídico-penal em toda a tese do autor.¹⁶⁹ O autor não resolve o problema do concurso de crimes apenas por enunciar a estrutura bipartida do tipo penal, pois não é a estrutura do tipo, só por si, que dota o intérprete de um critério de determinação do momento em que um caso concreto sai do domínio de regulação exaustiva de um tipo incriminador. É deixada ao arbítrio do julgador a determinação da extensão do tipo incriminador. Subjacente a toda a crítica da autora está a ausência de um princípio material, jurídico-penalmente fundado e alicerçado no conceito de crime, ao qual possam reconduzir-se as soluções que o autor apresenta.

Inês Ferreira Leite também critica alguns pontos destas teses. Segundo a autora, as teses dos autores como Lobo Moutinho, Luís Duarte D’ Almeida e Puppe, pecam fatalmente por recusarem uma ideia pré-jurídica de crime. A recusa de um conceito de unidade social da ação leva à falha na resolução de alguns casos, como na relação “homicídio e dano”, por exemplo.

Por outro lado, Inês Ferreira Leite, numa vertente mais material, entende que a perspetiva normativista não é a única conclusão que se pode retirar do n.º 1 do art. 30.º do CP. De acordo com esta autora, uma interpretação do referido preceito, que se funde apenas na pluralidade típica, não permite alcançar os resultados de

¹⁶⁷ Também como uma tese que não se separa do normativismo LUÍS DUARTE D’ ALMEIDA, Concurso de normas em Direito Penal...

¹⁶⁸ CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, Do concurso de crimes ..., pg. 139 e ss.

¹⁶⁹ Se pode retirar dos exemplos dados pela autora no âmbito da sua crítica. *Ibidem*, pg. 149 e ss.

acordo com o *ne bis in idem*. Para este efeito, se for feita equivalência entre o conceito de crime disposto no art. 29.º, n.º 5 da CRP ao número de tipos incriminadores preenchidos, a existência da proibição de dupla valoração conduziria a um completo formalismo. Seria assim, porque a proteção oferecida pelo princípio não existiria efetivamente, uma vez que não influenciaria nem na conformação do legislador ordinário e tão pouco na contenção do legislador¹⁷⁰. Assim, o *ne bis in idem* assumiria um papel de mera consequência do princípio da legalidade e não desempenharia nenhuma função na limitação e na racionalização do poder punitivo público “*pois nada impediria o legislador de proceder a uma cisão artificial de condutas globalmente relevantes em diversos tipos incriminadores, assim multiplicando a possibilidade de condenação e de sujeição do agente a processos penais.*”¹⁷¹ Por outro lado, entende que também deve ser afastada a equiparação do termos “efetivamente” a identidade do bem jurídico na medida em que um critério do bem jurídico não pode ter total autonomia em relação a decisão da espécie de concurso em virtude da complexidade e diversidade das formas de execução dos crimes e da multiplicidade de interesses subjacentes a cada incriminação.¹⁷² Nesse seguimento, “*admitir-se que o concurso efetivo, sempre que mais do que um tipo incriminador fosse preenchido pela conduta do agente, neutralizaria o sentido constitucional do ne bis in idem, legitimando que fosse aplicável, ao mesmo facto, um número potencialmente ilimitado de tipos incriminadores.*”¹⁷³

Assim que, para esta autora, a interpretação do termo “efetivamente” do art. 30.º CP, para que esteja em conformidade com o *ne bis in idem*, não deve ser feita no sentido de que o intérprete o relacione com um critério único ou com preenchimento de pressupostos da responsabilidade penal, mas antes com o conjunto de critérios: a identidade do agente, a unidade normativo-social do facto, identidade funcional da norma de valoração e identidade funcional da norma sancionatória.¹⁷⁴ A autora defende que “*o legislador não tem- nem poderia ter- um domínio absoluto sobre a delimitação da unicidade do facto jurídico. O facto*

¹⁷⁰ INÊS FERREIRA LEITE, *NE (INDEM) BIS IN IDEM...*, Vol. I. pg. 624 e 625.

¹⁷¹ *Ibidem*. pg. 625, nota 3349.

¹⁷² *Ibidem*. pg. 625.

¹⁷³ *Ibidem*. pg. 625.

¹⁷⁴ Relevando esta apenas para a escolha das penas ou sanções acessórias a acumular com a pena principal. *Ibidem*. pg. 627.

criminoso é jurídico mas faz também parte da realidade natural e social. E é, também, por isso, ontológico.”¹⁷⁵

Desta forma, “no plano do concurso, estando em causa a proibição da dupla valoração, interessa avaliar a identidade normativo-social dos factos que constituem cada tipo incriminador e que não poderão deixar de ser valorados, em sede de determinação da medida da pena. Assim, não basta o preenchimento do tipo incriminador, é preciso que, subjacente a cada um dos tipos em concurso, resulte, efetivamente, um desvalor autónomo, sobre o qual possa ser realizado um juízo de censura jurídico-penal, também autónomo.”¹⁷⁶

Ainda acerca da distinção entre unidade e pluralidade de ação a autora, assumindo uma posição que se assemelha àquela defendida por Figueiredo Dias, defende que, a medida em que se densifica o princípio do *ne bis in idem* no âmbito do concurso de infrações tal distinção reside na identidade normativo-social dos factos que constituem cada tipo incriminador. O preenchimento de cada tipo incriminador deve assentar num desvalor autónomo, sobre o qual possa ser realizado um juízo de censura autónomo.¹⁷⁷ O regime do concurso efetivo depende, de acordo com a proibição de dupla valoração, de um juízo de censura jurídico-penal autónomo, através da independência dos elementos que compõe a estrutura essencial do crime e da não verificação de unidade normativo-social do facto. O que não quer dizer que se aplique o regime do concurso efetivo, por força de opções legislativas diversas mas, nesses casos, não é pelo princípio do *ne bis in idem* que o concurso efetivo inquina.

A identidade normativo-social, para efeitos de *ne bis in idem* resulta do tipo social de crime e da redução da unicidade do facto jurídico à sua unidade normativo-social. Este conceito é o reduto que permite distinguir a unidade da pluralidade de infrações,¹⁷⁸ sendo que nem sempre o facto socialmente unitário corresponde à unidade mínima, devendo juntar-se aos elementos da unidade mínima aqueles que correspondem ao tipo social por forma a criar uma união social de sentido

¹⁷⁵ INÊS FERREIRA LEITE, *NE (IDEM) BIS IN IDEM...*, Vol I, pg. 932.

¹⁷⁶ INÊS FERREIRA LEITE, *NE (IDEM) BIS IN IDEM...*, Vol I, pg. 627.

¹⁷⁷ *Ibidem*, Vol. I, pg. 861.

¹⁷⁸ INÊS FERREIRA LEITE, *NE (IDEM) BIS IN INDEM...*, pg. 992.

juridicamente valorada.¹⁷⁹ A autonomia dos tipos incriminadores reside, num primeiro momento, na autonomia dos elementos essenciais da redução mínima do facto, sendo que estes não podem ser duplamente valorados. Num segundo momento, a estes elementos são adicionados os elementos decorrentes do tipo social, que está associado ao tipo incriminador.¹⁸⁰

Assim que, de acordo com esta autora, o facto jurídico é uma construção normativo-social e é esta identidade que liga o facto à realidade. A unidade mínima do facto jurídico com relevância penal tem de integrar “*uma exteriorização consciente da vontade (...) à qual possa imputar um desvalor jurídico-penal objetivo.*”¹⁸¹

Tendo em conta a intersecção dos planos ontológicos e jurídicos, a autora explica o tipo social como a “*base de inspiração do legislador na conformação dos tipos penais*”.¹⁸² O tipo social transcende o sistema normativo e tem em conta a referência a uma realidade exterior. É o fenómeno de condensação de sentidos jurídicos e sociais e existe de forma independente em relação ao tipo legal de crime. O tipo social é, como já vimos, o “*padrão de comportamento normativo-social inverso*”.¹⁸³ Em oposição ao tipo penal, o tipo social é a expressão da violação da norma e corresponde ao padrão de comportamento socialmente comum de negação da vigência da norma. O tipo social permite adquirir aquilo a que a autora chama “visão desfocada do crime”, sendo possível realizar uma apreciação global final da existência do crime e da punibilidade do agente.

A unicidade do facto é construída a partir do tipo legal com o auxílio de valorações sociais. Procura-se determinar a ratio da incriminação e a interpretação face ao tipo social que a conduta faz prevalecer, recorrendo às valorações sociais para a delimitação da unicidade do facto e ao valor conformador do *ne bis in idem*.¹⁸⁴

A autora traduz a relevância da união de sentido, ou do sentido social do facto em critérios operativos. Estes critérios são a inevitabilidade ontológica e a

¹⁷⁹ *Ibidem*, Vol. I, pg. 1009.

¹⁸⁰ *Ibidem*, Vol. II, pg. 243.

¹⁸¹ *Ibidem*. Vol. I, pg. 730.

¹⁸² *Ibidem*. Vol. I, pg. 942.

¹⁸³ *Ibidem*. Vol. I, pg. 944.

¹⁸⁴ *Ibidem*, vol. I, p.956.

normalidade social, determinados através de um juízo do “contexto de normalidade social paralelo”. Este juízo, como analisado anteriormente, compara a conduta do caso concreto e uma mesma conduta, levada a cabo por um agente ideal, num cenário de normalidade.¹⁸⁵

Para Inês Ferreira Leite, a conduta que corresponde a um sentido social unitário decorre de vários fatores: reiteração enquanto fenómeno social, a teleologia comportamental, a identidade narrativa, a assimilação pela linguagem ou correspondente compreensibilidade no plano jurídico. Estes critérios não têm que ser cumulativos, mas têm que se articular entre si, por forma a concluir com certeza sobre a unicidade do crime. Na interpretação da unidade normativo-social do facto, os vários elementos do crime devem ser tidos em conta, mas “não como isoladamente determinantes”. A unicidade depende da consideração do contexto e da ponderação dos diversos pontos de valoração no respeito pelo tipo social na sua relação com o tipo legal.¹⁸⁶ Para identificar-se uma unidade jurídica pode se recorrer a um conjunto de factos que expressam a essência do crime ou utilizar a valoração do comportamento global da conduta, sendo esta a perspetiva social, e do tipo legal, numa perspetiva normativa. Não se deve reduzir o conceito de crime a um dos seus vários elementos, mas é possível identificar um conjunto de factos que expressam a essência dos crimes ou recorrer a valoração global da conduta, na perspetiva social, e do tipo legal, na perspetiva normativa. Para chegar a esta unidade, é necessário ter em conta os elementos essenciais do crime: o desvalor da ação, o desvalor do resultado e a relação de atribuição. *“O crime que obsta à dupla punição e ao duplo julgamento é o facto no seu sentido e unidade normativo-social, que constitui, de igual modo, o fundamento da responsabilidade penal e a pretensão punitiva objeto do processo. Sendo praticado um só crime, o agente deve ser punido por uma só pena (...) e julgado num só processo (...). Sendo praticado vários crimes, mesmo que na mesma ocasião ou através da mesma ação ou omissão, nada obsta a que sejam aplicadas várias penas ou realizados vários julgamentos.”* Nestes termos, será a unidade mínima do facto que representará a proibição de dupla valoração.

¹⁸⁵ *Ibidem*, vol. I, pp.957 e ss.

¹⁸⁶ *Ibidem*, vol. I, pp.960 e ss.

Para nós, embora a tese propugnada por Eduardo Correia pareça, a primeira vista, uma solução para a problemática em questão, temos de concordar com os problemas suscitados por aqueles autores. O critério da unidade ou pluralidade de tipos legais violados não consegue atender eficientemente a questão. Reconhecer a importância do bem jurídico protegido é de se aplaudir e poderá ser um ponto de partida para a resolução do problema, mas não devemos focar-nos apenas no bem jurídico e olvidar-nos dos demais elementos típicos. Para mais, como bem afirma Lobo Moutinho, suscitaria dificuldades aqueles casos em que o tipo legal engloba diversos crimes – como é o caso do crime de violência doméstica previsto no art. 152.º, n.º 1 do CP. Por outro lado, o segundo tópico utilizado pelo autor - da resolução criminosa do agente – dificilmente resolveria a questão, pois que é um critério difícil de se fazer prova, em muitos casos teria que se recorrer ao próprio agente para tentar perceber se a aquela resolução foi apenas uma ou se foi renovada pelo agente, pressupõe que se prove que o plano do agente era tal desde o princípio, o que leva a um grau de incerteza muito grande pois não é possível ler os pensamentos do agente e este pode dizer o que vier a seu favor. Não tendo dados exteriores ao agente que corroborem esta resolução criminosa, a prova fica simplesmente impossibilitada.

Entendemos assim que, o critério de distinção deve ter em conta o comportamento do agente como um todo, atentando ao seu significado social, bem como aos sentidos de ilícitos presentes no mesmo, tal como refere Figueiredo Dias. É deste sentido social e do número de sentidos negativos de valor jurídico- penal é que se poderá aferir se existe uma unidade ou pluralidade de ação.

3- O crime de violência doméstica e o crime violação no âmbito das relações de intimidade:

3.1- Concurso real ou aparente?

No plano nacional é comum se falar em concurso efetivo e concurso aparente ou concurso de normas¹⁸⁷. O primeiro é utilizado para designar a punição cumulativa

¹⁸⁷ FIGUEIREDO DIAS fala em “unidade de norma ou de lei”, Direito Penal, Tomo I, pg. 981 e 992 e ss.

de dois ou mais tipos de crimes, correspondendo a cada um deles uma pena que, posteriormente, dará lugar a uma única pena por aplicação das regras do cúmulo de penas. Já o segundo, ocorrendo um concurso aparente de crimes, através da aplicação dos princípios da especialidade, subsidiariedade, consunção e alternatividade, o aplicador do Direito deverá escolher entre as normas em concurso, abrangidas por um destes princípios, apenas uma norma que será efetivamente aplicada ao agente, sendo as demais normas excluídas.¹⁸⁸

De acordo com Figueiredo Dias, há concurso de crimes *“sempre que no mesmo processo penal (...) o comportamento global imputado ao agente – traduza-se ele numa unidade ou pluralidade de acções – preenche mais do que um tipo legal de crime, previsto em mais do que uma norma concretamente aplicável, ou preenche várias vezes o mesmo tipo legal de crime previsto pela mesma norma concretamente aplicável: art.30º/1.”*¹⁸⁹

Em suas palavras, o concurso efetivo de crimes, puro ou próprio, abrangido pelo art. 30.º e punido pelo art. 77.º, ambos do CP, traduz-se numa *“pluralidade de sentidos de ilícito do comportamento global”*.¹⁹⁰ Dito de outro modo, para que o concurso de crimes seja efetivo, o comportamento do agente globalmente analisado tem de revelar plúrimos sentidos de ilícito, autónomos entre si, que implicam a aplicação em concreto de uma pluralidade de normas jurídico-penais típicas.¹⁹¹

¹⁸⁸ INÊS FERREIRA LEITE, *NE (INDEM) BIS IN IDEM...*, Vol. I, pg. 595.

¹⁸⁹ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, Tomo I, pg. 1005.

¹⁹⁰ *Ibidem*.

¹⁹¹ Para alguns autores a distinção entre os tipos de concurso passa pela distinção entre concurso real e concurso ideal por um lado e concurso aparente por outro. Nesta linha, CAVALEIRO FERREIRA entende que o concurso aparente não seria um verdadeiro concurso de crimes pois não existem crimes em concurso e é em geral tratado como concurso de normas. Assim, o verdadeiro concurso de crimes seria entre o concurso real e o concurso ideal (que será o que a doutrina que não faz tal distinção chama de concurso efetivo). Segundo este autor o concurso será real quando a *“unidade ou pluralidade de crimes corresponda a uma pluralidade de factos qualificáveis como crime”* e será ideal quando a unidade ou a pluralidade de crimes corresponda *“ao mesmo facto qualificável como crime por normas incriminadores que concorram numa sua qualificação plúrima.”* O autor reconhece que o atual código Penal equipara ambas figuras e que por isso têm o mesmo regime jurídico do concurso de penas (art. 77.º CP). MANUEL CAVALEIRO FERREIRA, *Lições de Direito penal*, Parte Geral I, A lei penal e a teoria do crime no código penal de 1982, Editorial Verbo, pg. 525.

Já para EDUARDO CORREIA, que atende ao critério do número de tipos legais de crime preenchidos pela conduta do agente para distinguir entre unidade e pluralidade de crimes, afirma que estamos perante um caso de concurso efetivo de crimes sempre que se verifique uma pluralidade de normas que sejam efetivamente violadas, ou seja, uma pluralidade de crimes efetivamente cometidos, seja

No âmbito do concurso efetivo relevam, para o autor, tanto o concurso heterogéneo – “sempre que sejam diferentes os crimes que compõem o comportamento global” como o homogéneo – “casos em que ao comportamento global é concretamente aplicável apenas uma norma típica mas esta foi violada mais que uma vez pelo comportamento global”¹⁹² – tendo ambos o mesmo tratamento jurídico-penal, sendo aplicável o disposto no art. 77.º do CP. Figueiredo Dias esclarece o que é ou como se contaria o “número de vezes” que o art. 30.º, n.º 1 foi preenchido pela conduta do agente. Recorde-se que para Eduardo Correia o “número de vezes que o mesmo tipo de crime é preenchido” deve ser aferido por referência à unidade ou pluralidade de processos resolutivos, ou seja, assumem especial relevância, neste sector, o número de juízos de censura de que o agente se tornou passível.¹⁹³ ¹⁹⁴ Diferentemente, Figueiredo Dias não entende que a consideração do “processo resolutivo” seja definitiva, apresentando exemplos reveladores de que nem a unidade de resolução implica necessariamente unidade

pela violação do mesmo tipo legal de crime ou pela violação de diferentes tipos legais de crimes. De acordo com o art. 30.º do CP, deixa premente que poder-se-á mesmo afirmar que só existe um concurso de crimes passível de punição pelo art. 77.º, n.º 2 do CP, se for um concurso efetivo. Ainda de acordo com esta previsão legal, considera o concurso de crimes como heterogéneo nos casos em que o agente, com a sua conduta delituosa, pratica vários crimes, previstos e punidos por diversos tipos legais aplicáveis em concreto para determinação da medida da pena. Nas palavras da lei: “o número de crimes determina-se pelo número de tipos legais efetivamente cometidos”. Está igualmente previsto o concurso de crimes homogéneo, onde o número de crimes determinar-se-á, desta feita, pelo “número de vezes que o mesmo tipo de crime for preenchido pela conduta do agente”, para os casos em que o agente com a sua conduta pratica vários crimes pertencentes ao mesmo tipo legal, acarretando a sua conduta múltiplas subsunções no mesmo tipo, o que conduzirá à aplicação do estabelecido no art. 77.º n.º 2 do CP. EDUARDO CORREIA esclarece ainda que se afere da unidade ou pluralidade de crimes através do número de tipos legais preenchidos, plúrimos ou não, independentemente de lhe corresponderem só uma ou várias ações. Dito de outro modo, se existem dois sentidos autónomos de ilicitude, existem dois crimes, apesar do número de ações praticadas. Deste modo, a equiparação do concurso ideal ao concurso real e a sua punição como concurso efetivo é a única solução, segundo ele, que “se harmoniza com as exigências da política criminal, da economia processual e sobretudo da justiça.” EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal II...*, pg. 217.

¹⁹² *Ibidem*, pg. 1006 e 1007.

¹⁹³ Assim, pode acontecer que “o juízo concreto de reprovação tenha de ser formulado várias vezes em relação a atividades subsumíveis a um mesmo tipo legal de crime, (...) sendo vários os juízos de censura, outras tantas vezes esse mesmo tipo legal se torna aplicável e deverá, por conseguinte, considerar-se existente uma pluralidade de crimes.” EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal II...*, pg. 201.

¹⁹⁴ A proximidade temporal entre os processos resolutivos revela-se de extrema importância para EDUARDO CORREIA. Afirma que a pluralidade desses processos fica excluída se as condutas praticadas do agente forem temporalmente contínuas, indicando que o agente agiu sem renovar o seu processo de motivação. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, pg. 1007.

de sentido de ilícito revelada pelo comportamento do agente, nem a pluralidade de resoluções é incompatível com a unidade daquele sentido.^{195 196 197}

Ainda neste âmbito, Figueiredo Dias afirma que a distinção entre concurso real e concurso ideal é irrelevante e questiona “*porque há-de ser diferentemente punido o pai que decide dar a morte aos seus dois bebés se atirar ao rio o carrinho de dupla cadeira em que cada um dos gémeos está sentado, face àquele outro que tem cada um sentado em seu carrinho e com dois empurrões atira ao rio cada uma das cadeiras?*”¹⁹⁸ Tal irrelevância tem base no art. 30.º do CP uma vez que não faz tal distinção, seguindo ambos o mesmo regime jurídico.

O concurso de crimes efetivo encontra-se regulado no n.º 1 do art. 30.º do CP, como já referido, e a consequência jurídica é regida pelos arts. 77.º e 78.º. Estes artigos estabelecem que ao concurso efetivo de crimes deve ser estabelecida uma pena única sob forma de uma pena conjunta. A base desta medida é a ponderação, em conjunto, dos factos e da personalidade do agente, como resulta do n.º 1 do art. 70.º do CP. Ponderar os factos em conjunto será “*atender, fundamentalmente, à ilicitude global dos factos, e a abordagem destes, independentemente de quem os*

¹⁹⁵ Na crítica que dirige a EDUARDO CORREIA, pelo excessivo destaque dado aos juízos de censura na definição da unidade ou da pluralidade de crimes, FIGUEIREDO DIAS reconhece, ainda assim, a importância do processo resolutivo em certos casos. Não obstante, não aceita que a unidade de resolução signifique unidade de sentido de ilícito revelada pelo comportamento. FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Tomo I, pg. 1007.

¹⁹⁶ O autor refere como exemplos: se através de uma só resolução, A ofende corporalmente o casal B e C, que passeiam de braços dados, há um concurso efetivo de crimes porque o tipo de ofensa à integridade física foi violado duas vezes. Neste caso, são dois os sentidos autónomos de ilicitude, apesar de se registar apenas uma única resolução.

Num outro caso, em que D comete diferentes atos sexuais de relevo com E, provenientes de diferentes resoluções por aquele tomadas, muito por causa de todos esses atos ocorrerem num mesmo contexto situacional e conectados por uma significativa proximidade espaço-temporal, há uma unidade de sentido de ilícito no comportamento de D, apesar da pluralidade de resoluções. FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Tomo I, pg.1008.

¹⁹⁷ Relativamente aos bens de carácter eminentemente pessoal, FIGUEIREDO DIAS defende que os tipos legais de crimes que visam a sua proteção, a “pluralidade de vítimas”, ou melhor, “a pluralidade de resultados típicos deve considerar-se sinal seguro da pluralidade de sentidos de ilícito e conduzir a existência de um concurso efetivo.” FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Tomo I, pg.1008.

Ainda quanto à pluralidade de resultados típicos, o autor debate sobre a questão dos crimes negligentes. Afirma a doutrina tradicional a existência de uma unidade de facto sempre que, neste tipo de crimes, esse facto derive de uma única ação, principalmente por se afirmar que a esta “unidade de ação corresponde a unidade da violação do dever objetivo de cuidado”. FIGUEIREDO DIAS discorda completamente. Afirma que o dever objetivo de cuidado característico de toda a construção da negligência é um dever específico, referido a uma concreta situação. Por ser assim, nos crimes negligentes com pluralidade de resultados típicos, e, portanto, de vítimas, existem tantos sentidos de ilicitude quantas essas mesmas vítimas, punindo-se, assim, pelo regime do concurso efetivo de crimes. FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Tomo I, pg. 1010.

¹⁹⁸ FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Tomo I, pg. 982.

praticou, releva sobretudo para efeitos de prevenção geral. A gravidade dos vários crimes cometidos, a frequência com que eles ocorrem na comunidade e o próprio impacto que têm nessa comunidade, terão, pois que ser tidos em conta. Paralelamente, à apreciação da personalidade do agente interessa sobretudo ver se está perante uma certa tendência, que no limite se identificará com uma carreira criminosa, ou se está perante uma mera pluriocasionalidade, que não radica na personalidade do arguido”.¹⁹⁹

Para chegar a esta pena única, o juiz terá de determinar a pena concreta de cada um dos ilícitos-típicos concretamente cometidos, como se a cada um deles correspondesse um processo penal autónomo,²⁰⁰ de acordo com o art. 71.º do CP. Posteriormente, o juiz deverá construir a moldura penal conjunta ou a moldura do concurso efetivo, tal moldura terá como limite máximo a soma das penas parcelares determinadas, não podendo ultrapassar os 25 anos de prisão ou 900 dias de multa, e como limite mínimo a pena concreta mais grave que foi determinada nos termos do art. 77.º, n.º 2. No final, depois de fazer uma análise conjunta dos factos e da personalidade do agente, o juiz determinará a medida concreta da pena a ser aplicada como disposto no art. 77.º, n.º 1.

Acerca da categoria do concurso aparente, relativamente as posições doutrinárias, podemos fazer uma contraposição entre as posições que consideram existir um verdadeiro concurso de normas, uma vez que foi violada uma pluralidade de tipos legais de crime pela conduta do agente e, por esse motivo, aqui se fala de vários preceitos incriminadores aplicáveis; e as posições que negam este fenómeno e entendem que há apenas um tipo incriminador aplicável. Depois convergem na aplicação de um só tipo legal de crime (tratando-se de concurso aparente), aquele que esgota o desvalor penal da conduta em causa.

Para a maioria da doutrina o concurso aparente é uma convergência de normas sobre um mesmo caso, que é resolvido verificando-se que os diferentes enunciados, valorações ou preceitos não podem ser aplicados simultaneamente, uma vez que, se sobreporiam sob pena de violação do *ne bis in idem* substantivo:

¹⁹⁹ JOSÉ SOUTO MOURA, A jurisprudência do STJ sobre fundamentação e critérios de escolha da medida da pena, Revista do CEJ, 1º Semestre 2010, n.º 13.

²⁰⁰ Assim, FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Tomo I..., pg. 1037, CAVALEIRO FERREIRA, Lições de Direito Penal ..., II, pg. 155, GERMANO MARQUES DA SILVA, Direito Penal Português..., III, pg. 166.

proibição de punir mais que uma vez a mesma pessoa pelo mesmo conteúdo criminoso. De acordo com esta doutrina, a questão na qual é suscitado um problema de concurso aparente deve violar, pelo menos formalmente, duas ou mais normas incriminadoras ou tipos legais de crime. Assim, uma vez que o concurso diz respeito a normas só estarão concorrendo aquelas que estiverem preenchidas no caso concreto. A condição essencial do concurso, para esta doutrina, se baseia na convergência formal de diversas normas sobre o mesmo caso. A verificação do carácter aparente do concurso será aferida posteriormente, sempre que, através de um juízo material, se demonstre que para sancionar plenamente o caso concreto basta a aplicação de uma das normas em causa. Nas palavras de Roxin *“apesar de formalmente terem sido realizados vários Tatbestand, o conteúdo de ilícito e de culpa do acontecimento é totalmente punido por um deles”*²⁰¹

Embora apenas uma norma seja aplicada, é entendido que todas foram violadas o que faz com que, para este sector da doutrina, seja natural que os preceitos que não foram aplicados possam ter efeitos residuais. *“O tipo afastado foi também preenchido- não é, portanto, algo inexistente- e isso tem como consequência que a norma afastada pode ser usada de vários modos para sancionar, quando o delito principal não puder ser punido ou não permitir uma pena suficiente.”*^{202 203}

Para outra parte, minoritária, da doutrina, o concurso de normas é uma expressão inexata na medida em que o fenómeno não consiste numa convergência de preceitos, antes se esgota na aparência da mesma: ao caso parecem ser aplicáveis vários preceitos, mas da interpretação dos preceitos resulta a verificação que os mesmos se encontram, conjugados com o facto e entre si, numa relação de mútua exclusão. Assim sendo, nem se quer existe a violação formal ou a aplicabilidade de

²⁰¹ ROXIN, Strafrecht II, §33, Rn. 170 *vide* CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, Do concurso de crimes ao concurso de ilícitos em direito penal, Almedina, 2015, pg. 260.

²⁰² ROXIN, Strafrecht II, §33, Rn. 227 *vide* CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, Do concurso de crimes ao concurso ..., pg. 261.

²⁰³ Entre os autores que defendem esta posição pode ver-se WESSELS/BEULKE, STRAFRECHT. AT §17, Rn 787; KÜHL, STRAFRECHT, AT. §21, Rn. 51. Vide CRISTINA LÍBANO MONTEIRO... nota 408. Entre nós EDUARDO CORREIA, FARIA COSTA, ADELINO CORDEIRO, MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, SOARES DA VEIGA, OLIVEIRA ASCENSÃO, SOUSA E BRITO, *vide* LUÍS DUARTE D'ALMEIDA, O concurso de normas em direito penal, Almedina, pg. 12.

várias normas, na realidade a hipótese subsume-se a uma só e por isso não chega a haver qualquer concurso de leis penais.^{204 205}

²⁰⁴ Entre os autores que defendem esta linha estão FROSALI e FERRANDI MONTAVINI, ALDO MORO e entre nós CAVALEIRO FERREIRA.

²⁰⁵ Entre nós, a primeira posição foi defendida por EDUARDO CORREIA, sendo ele o primeiro autor a estudar com profundidade esta matéria, de acordo com o autor “*o número de infracções se determina pelo número de valorações que, no mundo jurídico-criminal, correspondem a uma certa actividade*” (EDUARDO CORREIA, Direito Criminal II, 1965..., pg. 217.) Embora o autor admita que o problema da unidade ou pluralidade de crimes é resolvido pelo critério da unidade ou pluralidade de tipos legais a que se pode subsumir uma relação da vida, reconhece a existência de situações em que os tipos legais de crime se encontram numa relação tal que, embora aplicáveis a um comportamento, não o são efetivamente, porque a aplicação de um deles afasta automaticamente a aplicação dos outros. Nas palavras do autor, “*a violação de várias disposições pode só aparentemente indicar o preenchimento de vários tipos e a correspondente existência de uma pluralidade de infracções*” (EDUARDO CORREIA, Direito Criminal II..., pg. 993.) Para ele, existe concurso de normas “quando diversas normas criminais aplicáveis a um caso concreto não venham ambas a aplicar-se a final (tomam-se duas, aqui, por evidente metonímia), prevalecendo umas delas somente.” (EDUARDO CORREIA, Direito Criminal II, 1965..., pg. 217.) No mesmo sentido FARIA COSTA sustenta que “*no concurso aparente o comportamento do agente preenche vários tipos legais – por isso se chama concurso.*” Vide Almeida Duarte, O concurso de normas... pg. 12.

Podemos dizer que o concurso aparente propugnado por EDUARDO CORREIA apresenta-se como uma relação de subordinação ou hierarquia entre normas incriminadores. Tal relação pode ser resumida no seguinte: uma norma contém a outra, ao menos em parte, e aplica-las conjuntamente violaria o princípio do *ne bis in idem*. No âmbito desta categoria de relações de hierarquia e de subordinação entre disposições legais, EDUARDO CORREIA enumera três formas de que essas relações se podem revestir: relações de especialidade, subsidiariedade e consumpção. Na análise da relação de especialidade, este autor parte da exposição de Honig, considerando que esta relação se estabelece entre dois ou mais preceitos, sempre que a *lex specialis* contenha já todos os elementos de uma *lex generalis*, ou seja, sempre que esteja verificado o tipo fundamental de crime e ainda certos elementos especializadores. Em causa está a realização de um tipo especial de crime que esgote a valoração jurídica da situação, sendo certo que a afirmação do princípio *lex specialis derogat legi generali* é independente da referência de ambos os preceitos a uma só conduta. Relativamente à relação de subsidiariedade, este autor defende que se trata de uma construção inútil. Entende a posição de Honig (De acordo com Honig, neste grupo estariam abrangidas as relações que entre certos preceitos se estabelecem pelo facto de uns condicionarem expressamente a sua eficácia ao facto de outros se não aplicarem, mas também aquelas outras cuja eficácia se apoia numa certa relação lógica entre as normas criminais. EDUARDO CORREIA, Direito Criminal I..., pg. 206.), mas é claro ao afirmar que esta categoria nada adianta à dogmática criminal, pois, na sua perspectiva, estas relações estariam já abrangidas pela moldura das relações de consumpção. Assim sendo, a autonomização desta relação entre normas mais não é do que um “*luxo de afinamento de conceitos e distinções que só serviria para complicar*” uma área do direito criminal, só por si, já tão sensível.

Por fim, EDUARDO CORREIA considera ainda as relações de consumpção. Refere que “*entre valores protegidos pelas normas criminais verificam-se por vezes relações de mais e de menos: uns contêm-se já nos outros, de tal maneira, que uma norma consome já a protecção que a outra visa*” (EDUARDO CORREIA, Direito Criminal II, 1993/B, pg. 205.). Este raciocínio culmina com a afirmação da regra *lex consumens derogat legi consumptae*, que tem ainda em vista o cumprimento do princípio *ne bis in idem*. FIGUEIREDO DIAS aponta para o facto de que vários autores, e um exemplo deles é EDUARDO CORREIA, conferem à categoria da consumpção um âmbito muito abrangente “*de modo a nele abranger todas as relações de mais e menos que se estabelece entre os valores jurídico-criminalmente protegidos pelas normas correntes. O que acabaria por abranger todas aquelas hipóteses em que os ilícitos-típicos singulares se intersectam ou coincidem parcialmente no seu âmbito de protecção, sendo embora diferentes os bens jurídicos lesados por uns e outros; e em que, por conseguinte, a punição do concurso não deveria seguir a norma sanção do art. 77.º, mas ocorrer nos termos idênticos àqueles em que ocorre a punição dos casos de especialidade e de subsidiariedade, isto é, como unidade de lei (...)*”. Direito Penal, Tomo I ..., pág..1001.

Relativamente ao regime jurídico do concurso aparente, dada a ausência de previsão normativa, o regime punitivo terá de ser construído pelo intérprete, de acordo com as “intenções político-criminais e os princípios dogmáticos” do ordenamento jurídico português. Assim, afirma Figueiredo Dias que, apesar de serem plúrimos os tipos legais violados, há uma unidade de sentido de desvalor do ilícito que não se pode ignorar. Portanto, no concurso aparente, pune-se com base na moldura penal do concurso que corresponda ao sentido socialmente dominante de desvalor do ilícito, sendo dentro desta moldura que se determinará a medida concreta da pena, por referência aos critérios gerais.^{206 207}

3.1.2 – Relevância prática

Historicamente, a violência física e sexual dos homens sobre as mulheres foi expressa ou implicitamente justificada. *“A atitude social dominante tinha também causa e reflexo no Direito, legislado ou dito no caso concreto pelos tribunais. O «poder de correcção doméstica» - do marido sobre a mulher e do pai sobre os filhos – teve apoio em lei escrita, em escritos doutrinários e em decisões jurisprudenciais. No que diz respeito às mulheres, a aceitação legal da violência como parte do poder marital ia de par com outras normas desiguais e indignas, como as que estatuíam a quase impunidade do homicídio da mulher pelo marido em flagrante adultério, a*

Já FIGUEIREDO DIAS denomina e entende como concurso aparente os casos em que se verifica uma pluralidade de normas concretamente aplicáveis, mas em que, a nível individual, os sentidos e conteúdos dos ilícitos que integram o concurso se intercetam de um modo tal que a sua punição e valoração integral comportaria uma injustiça. Nas palavras do autor, o concurso aparente é integrado pelos casos em que, *“preenchendo o comportamento global mais que um tipo legal concretamente aplicável, se verifica entre os sentidos de ilícito existentes uma conexão objectiva e/ou subjectiva tal que deixa aparecer um daqueles sentidos de ilícito como absolutamente dominante, preponderante, ou principal, e hoc sensu autónomo.”* Com esta prevalência, determina-se o aparecimento dos restantes sentidos de ilícito como dominados, subsidiários ou dependentes. FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Tomo I..., pg. 1004.

²⁰⁶ FIGUEIREDO DIAS, Direito penal, Tomo I..., pg.1036.

²⁰⁷ Contudo, partindo desta ideia, surgem diversas objeções por parte da doutrina em relação a este regime como a insuficiência de uma tal condenação para a completa expressividade do facto, a suposta impossibilidade de ter todos os factos sob análise para a medida da pena ou ainda a impossibilidade de aplicar todas as sanções previstas nos diversos tipos incriminadores. Objeções estas que podem ser afastadas como demonstram INÊS FERREIRA LEITE, *NE (INDEM) BIS IN IDEM*, Vol. I..., pg. 957 e ss e FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Tomo I..., pg. 1035 ss. Abordando ainda quase todas estas REIS BRAVO, Negligência, unidade de conduta e pluralidade de eventos, pg. 118ss

*legitimidade da violação da correspondência daquele por este ou ainda a circunstância de o crime de violação pressupor legalmente a inexistência de casamento (isto é, o marido que violasse a mulher não cometia, até ao Código de 1982 entrar em vigo, qualquer crime).*²⁰⁸ Apenas com o código Penal de 1982, com a eliminação da expressão “ilícita” é que passou a ser possível a punição do crime de violação cometido no âmbito do casamento.

Hoje, não podemos deixar de defender que a violação entre cônjuges (e situações análogas) integra uma conduta típica, desde que estejam verificados os elementos do tipo. Para mais, é uma conduta ilícita, pois que não há dever de prestação sexual no casamento. Contudo, a punição de tal conduta ainda suscita dúvidas em relação ao regime a ser aplicado.

Estando perante a uma violação praticada no seio das relações de intimidade esta é suscetível de preencher o tipo de ilícito do crime de violência doméstica disposto no art. 152.º do CP (que prevê também a violência sexual) bem como o tipo de ilícito do crime de violação previsto no art. 164.º do CP. Assim, é necessário apurar em que termos o agente será punido, se estamos perante uma situação de concurso efetivo ou antes de um concurso aparente.

Para determinarmos a relação entre o crime de violência doméstica e outras incriminações, nomeadamente o crime de violação, importa ter em conta, antes de mais, os bens jurídicos tutelados por aqueles tipos e, depois, o tipo de condutas que podem ser incluídas nestes tipos. Assim, temos de partir do tipo social dos crimes. Ora, o tipo social da violência doméstica comporta uma série de condutas que vão desde a ameaça até ao homicídio. Contudo, podemos dizer que não foi a intenção do legislador incluir neste tipo todas estas variações uma vez que existe uma cláusula de subsidiariedade expressa.

Como vimos, aquando da análise dos respetivos crimes, o bem jurídico protegido pelo crime de violência doméstica não se resume a integridade física, mas antes a saúde física, psíquica e sexual e o crime de violação tem como bem jurídico a liberdade e a autodeterminação sexual.

²⁰⁸ TERESA BELEZA, *Violência doméstica...*, pg. 117.

A função do preceito incriminador do crime de violência doméstica é, pois, agora no dizer de Taipa de Carvalho, “*prevenir e punir não só mais severamente as manifestas infracções contra a integridade física, mas também as frequentes e, por vezes, tão subtis quão perniciosas – para a saúde física e psíquica e/ou para o desenvolvimento harmonioso da personalidade ou para o bem estar – formas de violência no âmbito da família.*”²⁰⁹

Que a função do preceito é punir mais severamente resulta da literalidade da própria norma incriminadora e da subsidiariedade expressa que consagra: “... o agente é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal”. Daí que Lamas Leite refira, precisamente, que “*a especial censura objectiva e subjectiva, em termos de ilicitude e de culpa, justificam que o programa protector seja o mais amplo possível, reservando uma certa punição – a do art. 152.º – como patamar mínimo punitivo conforme às exigências do art. 40º-1, patamar esse que se auto-derroga por via de outros específicos tipos que exprimem mais severos conteúdos de antinormatividade*”.²¹⁰

3.2- A cláusula de subsidiariedade expressa prevista no art. 152.º do CP

Como vimos, com o intuito de uma punição mais severa, o legislador consagrou no art. 152.º a cláusula de subsidiariedade “... se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.” Tal cláusula é possível devido a existência no nosso ordenamento do chamado princípio da subsidiariedade.

De acordo com Figueiredo Dias, há subsidiariedade quando exista “*um tipo legal que deva ser aplicado somente de forma auxiliar ou subsidiária, se não existir outro tipo legal, em abstracto também aplicável, que comine pena mais grave.*” Por outras palavras, *lex primaria derogat legi subsidiariae*.²¹¹ Dentro desta relação lógica de

²⁰⁹ TAIPA DE CARVALHO, Comentário Conimbricense ..., comentário ao art. 152º, §1.

²¹⁰ ANDRÉ LAMAS LEITE, A violência relacional íntima: reflexões cruzadas ente o Direito Penal e a Criminologia, Julgar n.º 12, 2010, pg. 51.

²¹¹ Numa linha de raciocínio semelhante, LOBO MOUTINHO considera que existirá relação de subsidiariedade quando as normas se apresentem numa relação de interferência estabelecida com base nas extensões ou campos de aplicação das normas, podendo esta subsidiariedade se extensiva ou intensiva. LOBO MOUTINHO, Da unidade à pluralidade...,pg. 992.

sobreposição, Figueiredo Dias faz uma subdistinção: subsidiariedade expressa²¹² e subsidiariedade implícita. No primeiro grupo, encontramos os casos em que, de forma expressa no texto legal, se restringe a efetiva aplicação da norma, dependendo, para o efeito, da inexistência de outro tipo legal que comine pena mais grave. Esta forma de subsidiariedade merece dois reparos: por um lado, o legislador recorre a ela com demasiada frequência, como forma de evitar lacunas de punibilidade; por outro lado, é patente a falta de critério na sua utilização. O segundo grupo de casos, integrantes das relações de subsidiariedade implícita, reconduz-se às hipóteses em que, *“apesar do silêncio da lei a propósito, o legislador entendeu criar, para alargamento ou reforço da tutela, tipos legais abrangentes de factos que se representam ou como estádios evolutivos, antecipados ou intermédios, de um crime consumado; ou como formas menos intensivas de agressão ao mesmo bem jurídico.”*²¹³

A princípio, a condição imposta pela lei parece clara: é aplicada aquela norma incriminadora e sua respetiva sanção quando a conduta do agente não couber numa incriminação mais gravosa. Daí haver subsidiariedade.

Na maior parte dos casos, a lei não indica exatamente qual será a outra disposição legal a ser aplicada, apenas refere que terá uma consequência jurídica mais grave. E pode existir uma pluralidade dessas disposições e que estas prevejam molduras penais muito distintas entre si, mas todas com uma punição mais grave.

Na doutrina portuguesa a questão da subsidiariedade expressa já foi objeto de diferentes interpretações. Figueiredo Dias enquadra tal figura no âmbito do concurso de normas, mais especificamente na modalidade que o autor denomina de «unidade de lei».²¹⁴ José Moutinho e Luís Duarte d' Almeida alargam a questão e colocam como frente da discussão o problema de saber se a cláusula exprime um real afastamento do tipo menos grave ou um afastamento da penal normal do concurso efetivo. A questão a ser respondida é a de saber se o legislador quis consagrar uma verdadeira subsidiariedade entre normas ou uma hipótese privilegiada de punição de um verdadeiro concurso de crimes.

²¹² A subsidiariedade expressa pode ainda subdividir-se em especial ou geral, consoante o tipo legal nomeie, de forma específica, outro tipo aplicável ou não. COSTA ANDRADE, 2009, 177.

²¹³ FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Tomo I ..., pg. 997.

²¹⁴ A posição de FIGUEIREDO DIAS será tratada uns parágrafos mais à frente.

Para Luís Duarte d' Almeida, a última opção é a acertada.²¹⁵ A subsidiariedade expressa constitui uma hipótese de concurso ideal. Uma verdadeira pluralidade de infrações que, pela ligação existente entre elas, deve subtrair-se ao regime geral, demasiado gravoso, do art. 77.º do CP. A cláusula de reserva existe, assim, para introduzir — nos tipos legais a que está apensa — uma «regra de punição de um caso de concurso de crimes conexos».²¹⁶ Na interpretação da cláusula («se pena mais grave lhe não couber...»), o autor afirma que o pronome *lhe* está referido ao agente e não ao facto.²¹⁷ No sentido, já adiantado, de que factos há dois e a ambos corresponderá a única sanção imposta ao condenado. Luís Duarte d'Almeida afasta, pois, a «subsidiariedade expressa» dos casos que selecionam uma só norma, para a colocar em pleno campo do concurso efetivo. E justifica a intervenção do legislador com a necessidade de retirar da pena do concurso hipóteses que — tal como o crime continuado e a consunção impura —, ao dizerem respeito a infrações conexas, consubstanciam uma pluralidade criminosa menos grave do que a «real» e exigem, portanto, um sancionamento mais benigno. Segundo o autor, em tais hipóteses a lei indica que os dois delitos devem punir-se dentro da moldura penal do mais grave.

Lobo Moutinho, embora não coloque o problema da «ressalva da pena mais grave» da mesma forma, seu ponto de vista abrange também a hipótese de concurso verdadeiro. Da análise das diversas normas subsidiárias conclui que não é evidente que a vontade do legislador tenha sido de dar a todas elas “o sentido de uma solução expressa de um concurso de normas”. Para este autor, é mais provável que correspondam à “*previsão de um concurso efetivo de normas resolvido mediante o sistema dito da absorção*”. No entanto, parece-lhe precipitado e excessivo afirmar que as cláusulas de reserva signifiquem sempre o mesmo. Chega admitir que assinalem casos de verdadeiro e próprio concurso de crimes, com o respetivo cúmulo jurídico de penas.²¹⁸ Para Lobo Moutinho, as normas em análise tanto podem dar lugar a um crime absolutamente único como a uma absoluta pluralidade de crimes ou a uma conexão de crimes. Esta última figura corresponderia a uma criação indireta (por meio do art. 30.º do CP) de novos tipos

²¹⁵ LUÍS DUARTE D' ALMEIDA, O concurso de normas...,pg. 115 e ss.

²¹⁶ *Ibidem*, pg. 119.

²¹⁷ LUÍS DUARTE D' ALMEIDA, O concurso de normas...,pg. 120.

²¹⁸ JOSÉ LOBO MOUTINHO, Da unidade à pluralidade..., pp. 856-870.

legais: aqueles que combinam entre si dois tipos inteiros, modificando-os para se ajustarem à estrutura real de cada facto concreto. Cada um deles, dito de forma simplista, representa ‘um-delito-mais-uma-fracção-de-outro’, com a adequada sanção.

Como já foi referido, Figueiredo Dias insere a subsidiariedade expressa na categorial da unidade de normas. Considera que a relação de subsidiariedade funciona numa lógica de interferência ou sobreposição. É um contexto de unidade de lei, baseado numa relação lógico formal que se resolve pela aplicação do tipo incriminador que preveja uma moldura penal mais grave. Neste caso, não se devem aplicar as penas acessórias do tipo preterido, dado que este não é concretamente aplicável ao caso.²¹⁹

A opinião generalizada da doutrina e da jurisprudência portuguesa não foge à qualificação da cláusula legal como um instrumento de «concurso aparente».²²⁰ Trata-se, para alguns, de uma relação especial (i.e., «subsidiariedade expressa»), por provir de uma indicação do legislador; para outros, e consoante os casos, de uma simples remissão para qualquer das relações cunhadas pela doutrina (vg., subsidiariedade ou também consunção). De qualquer modo, em causa está sempre uma intervenção da própria norma incriminadora em matéria do seu autoafastamento por razões de «concurso de normas».

Eduardo Correia, depois de descrever a figura a — relação entre preceitos “*pela circunstância de uns condicionarem expressamente a sua eficácia ao facto de outros se não aplicarem*” —, considera-a inútil enquanto categoria de concurso aparente. A justificar sua afirmação, escreve a frase: “*por ser evidente que nada se adianta com ela para o problema do concurso*”.²²¹ Num primeiro momento, poder-se-ia pensar que a posição deste autor aproxima-se a posição defendida por Figueiredo

²¹⁹ FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Tomo I ..., pg- 997 e ss. E 1002 e ss.

²²⁰Falou-se já de EDUARDO CORREIA e de FIGUEIREDO DIAS. A quem deve juntar-se M. CAVALEIRO DE FERREIRA, Direito penal português I, pg. 174 s da 2ª edição da Verbo; G. MARQUES DA SILVA, Direito penal português, PG I, pg. 314-5. Um segmento significativo da doutrina encontra-se retratado no Comentário Conimbricense, onde analisa toda a Parte Especial do CP — incluídos, como é óbvio, todos os tipos legais possuidores de uma cláusula de reserva. Assim, a título de exemplo, TAIPA DE CARVALHO (Art. 302º, § 12-13), MEDINA DE SEIÇA (Art. 337º e 371º), PEDRO CAEIRO (Art. 230º), C. LÍBANO MONTEIRO (Art. 355º, § 19 e 379º, § 34), HELENA MONIZ (Art. 297º, nº 1), FARIA COSTA (Art. 208º), DAMIÃO DA CUNHA (Art. 251º, nº 1), COSTA ANDRADE (Art. 150º, nº 2), M. CONCEIÇÃO CUNHA (Art. 321º, § 15- 16) e P. RIBEIRO DE FARIA (Art. 293º, § 10).

²²¹ EDUARDO CORREIA, A teoria do concurso..., pg. 145-146.

Dias, que embora considerasse a cláusula inútil, simplesmente aplicar-lha-ia, sem mais. No entanto, se tivermos em conta o pensamento de Eduardo Correia e o seu modo de encarar o concurso, parece não ser possível tal afirmação. Parece antes, que o autor não dispensaria a correta análise de cada caso concreto, prescindindo da norma subsidiária somente quando, de uma forma comprovada, o inteiro conteúdo de ilícito e de culpa da situação se mostrasse incluído do delito mais gravoso.

Em relação aos crimes em análise, o crime de violência doméstica e o crime de violação, há diferentes manifestações na doutrina. Para Taipa de Carvalho, entre o crime de violência “ *(que [...] pode concretizar-se na prática, reiterada ou não, das mais diversas infracções contra a saúde, física ou psíquica, contra a honra, contra a liberdade, física ou sexual, etc., como também pode, por vezes, materializar-se na prática de actos ou comportamentos que in se não configurem infracções criminais)*”(…)”²²² e os crimes de ofensa à integridade física grave art. 144.º, de sequestro qualificado art. 158.º, n.º 2, de violação art. 164.º, n.º 1, de abuso de pessoa incapaz de resistência art. 165.º, de abuso sexual de crianças art. 171.º, de lenocínio de menores art. 175.º, n.º 2, de pornografia de menores art. 176.º, n.º 2, Taipa de carvalho entende que existe uma relação de subsidiariedade expressa e será aplicada apenas a pena prevista para o crime de violação em virtude de o art. 152.º, n.º 1 do CP prever que “*é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se a pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.*”²²³ No mesmo sentido Pinto Albuquerque “*o crime de violação doméstica está numa relação de concurso aparente (subsidiariedade expressa) com os crimes de ofensas corporais graves, contra a liberdade pessoal e contra a liberdade e autodeterminação sexual que sejam puníveis com pena mais grave do que de prisão de 5 anos.*”²²⁴

No Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 29-9-2017, fazendo referência a posição de Taipa de Carvalho supra citado, se defende que “*Ocorrendo factos integradores do crime de violência doméstica e de violação, entre cônjuges e, apesar dos factos integradores deste último revestirem autonomia, indo para além do ambiente até aí existente – o que justificou a condenação por ambos em concurso real na 1ª instância – o certo é que a lei, crf artigo 152.º/1 C Penal, quis*

²²² AMERICO TAIPA DE CARVALHO, Comentário Conimbricense..., comentário ao art. 152.º §26.

²²³ AMERICO TAIPA DE CARVALHO, Comentário Conimbricense..., comentário ao art. 152.º ..., §27.

²²⁴ PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal... art. 152.º, §20.

expressamente e criou uma relação de subsidiariedade entre ambos, devendo o agente ser punido, pela globalidade dos factos, apenas pelo crime de violação por ser o mais grave.” ^{225 226}

Vítor Sá Pereira e Alexandre Lafayette,²²⁷ referem o seguinte sobre o tema: “A parte final do n.º 1, onde se diz «se pena mais grave lhe não couber...», faz aplicação do princípio da subsidiariedade, no âmbito do chamado concurso impróprio, aparente ou de normas. E, segundo STRATENWERTH, «a subsidiariedade significa que uma lei penal só se aplica de modo auxiliar, isto é, só se o facto não está cominado com pena (maior) segundo outros preceitos». Na verdade, com o fim de ampliar ou intensificar a protecção jurídico-penal, em muitas ocasiões se comina com pena determinadas condutas que se apresentam como estágio ou forma prévia, ou como variante menos intensa, de um ataque a um interesse juridicamente protegido que o ordenamento penal já abarca noutra disposição. Em tais casos, fica desprezado o tipo secundário se o ataque em sentido estrito, ou o ataque de maior gravidade, por sua vez concorre e é punível. Ora bem, a subsidiariedade só tem significado autónomo — face à especialidade e à consumpção — na medida em que a infracção da norma secundária não acompanhe necessária e habitualmente o delito preferente». E, aliás, através da referida ressalva também se evitam «os indesejáveis casos de consunção impura» figura que nem todos os autores acolhem.”

Ana Barata de Brito defende que a regra da subsidiariedade deve ser aplicada sem desprimor da punição pelo crime de violência doméstica no restante comportamento, no caso de o haver.²²⁸ Inês Ferreira Leite segue também esse entendimento, dado que quando um dos comportamentos que constituem maus tratos, dentro de um contexto de reiteração, permita a verificação de um tipo penal mais grave, este deve ser punido em concurso efetivo com o crime de violência doméstica. A gravidade, neste caso, é motivo de cisão face à unidade normativo social da violência doméstica. Só se preterindo a violência doméstica quando não

²²⁵ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27 de Setembro de 2017, processo n.º 1342/16.9JAPRT.

²²⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12 de dezembro de 2016, processo n.º 1152/15.0PBAMD-5.

²²⁷ VÍTOR SÁ PEREIRA e ALEXANDRE LAFAYETTE, Código Penal Anotado e Comentado, Quid Juris, 2008, pp. 456 e 589.

²²⁸ ANA MARIA BARATA DE BRITO, O crime de violência doméstica: notas sobre a prática judiciária, 2014

haja mais comportamentos a valorar, para além do ato isolado tipicamente previsto num tipo penal mais gravoso.²²⁹

Cristina Líbano Monteiro interpreta a subsidiariedade expressa como um apelo do legislador a que o intérprete atente no conteúdo da lei, não determinando resultados de unidade ou pluralidade de normas. Limita-se a assinalar o percurso da análise do sentido de anti normatividade da conduta. Para o tipo legal ser preterido, é necessário analisar se o tipo penal preponderante satisfaz as necessidades preventivas criadas pela conduta antijurídica.²³⁰

Quanto à eficácia do preceito afastado, a autora conclui que este não deve ter influência no sancionamento da conduta. O conteúdo penalmente relevante do caso basta-se com a aplicação do tipo incriminador convocado e não sobre matéria típica a sancionar, sendo o comportamento todo absorvido pela tipicidade do tipo incriminador. Aplicar a sanção do tipo preterido é “*contradizer na consequência jurídica o que se afirmou na valoração da conduta*”.²³¹ Esta afirmação estende-se à sanção acessória, por força do princípio da legalidade criminal: *nulla poena sine lege*. No entanto, se estivermos perante um contexto em que o facto mais gravoso envolve o facto menos gravoso e a norma penal do facto menos gravoso prevê sanções acessórias, estas podem ser aplicadas no caso da unidade objetivo-subjetiva de sentido, a convocar o enunciado normativo mais gravoso que não as preveja.²³²

3.3- Tomada de posição

A nosso ver a relação entre ambos os crimes tem de partir de um primeiro pressuposto: analisar no caso concreto se existe ou não uma unidade de sentido no comportamento global do agente. Assim, para aferirmos a relação existente entre os tipos do art. 152.º do art. 164.º do CP será necessário verificarmos a existência de uma unidade normativo-social, isto é, verificar se o comportamento global do agente é dominado por um único sentido autónomo de ilicitude, a que corresponda

²²⁹ INÊS FERREIRA LEITE, *NE (INDEM) BIS IN IDEM ...*, Vol. II, op. cit., pg. 343.

²³⁰ CRISTINA LÍBARO MONTEIRO, *Do Concurso de Crimes ao Concurso...*, op. cit., pg. 324

²³¹ *Ibidem*, pg. 235

²³² *Ibidem*, pg. 235.

uma unidade de sentido –embora, o comportamento do agente preencha vários tipos de ilícitos se existe ou não um só sentido de ilicitude. Havendo uma unidade de comportamento, um só sentido de ilicitude o agente terá praticado um só crime (desde que seja uma só vítima).

Quanto ao funcionamento da cláusula de subsidiariedade, entendemos que a sua aplicação não deve ser puramente formal sob pena de levar a uma contradição axiológica, por exemplo nos casos em que há uma conduta, que pode durar anos, de violência física e psíquica, mas que verificando-se a prática isolada de um dos tipos em subsidiariedade – como é o caso do crime de violação previsto no art. 164.º do CP- seria o agente punido apenas pelo tipo prevalecente da relação de subsidiariedade. Assim, para que não se caia em contradições e para que o tipo de violência doméstica possa realmente cumprir com sua função de proteção mais rigorosa da saúde nas suas diversas vertentes, deve ser feita uma distinção de acordo com o comportamento do agente.

Quando no âmbito relacional íntimo, o agente pratica um ato gravoso isolado, nomeadamente a violação nos termos do art. 164.º, n.º 1, num caso como: “A, através de violência, obriga a parceira B a prática de cópula”, a cláusula de subsidiariedade deve ser aplicada e o agente responderá apenas pelo crime de violação. porque esta atuação, por ter uma pena superior a 5 anos, será autonomizada do crime de violência doméstica, existindo assim, um concurso aparente entre os crimes de violência doméstica e o crime de violação.

Tal solução também não deve ser isenta de críticas, uma vez que com este regime deixa de existir uma especial proteção relativamente ao vínculo existente entres as partes, que é justamente o que o crime de violência doméstica visa reforçar. Ou seja, nestes termos um agente que pratica um ato de violação (isolado) com o respetivo cônjuge será punido exatamente da mesma forma como qualquer outra pessoa que não tivesse essa relação especial com a vítima. O facto de haver uma relação especial entre o agente e a vítima deveria ser um motivo de agravamento da pena, tal como acontece, por exemplo, no homicídio que passa a ser qualificado devido a existência de uma especial relação entre o agente e a vítima. Para mais, no âmbito de uma relação de intimidade, existem deveres que devem ser respeitados e que não existem entre terceiros.

Nesse sentido crítico, Taipa de Carvalho²³³ chama a atenção para dois problemas de foro político-criminal que a subsidiariedade legal da violência doméstica levanta. O primeiro é o facto de, nos casos mais graves de violência, o legislador ter esquecido a relação existente entre o agente e a vítima, que é, ou deveria ser, a essência da incriminação da violência doméstica (como referimos). Na prática, nos casos em que seja aplicável pena mais grave por força de outro tipo legal de crime, o que vai acontecer é o agente ser punido da mesma forma que seria punida qualquer pessoa que praticasse este outro crime, com total desconsideração da relação entre o agente e a vítima, que justificaria, do ponto de vista político-criminal, um tratamento especial.

O segundo problema que o autor denuncia, segundo ele mais inaceitável, consiste no facto de o legislador, ao afastar a punição do agente por violência doméstica quando pena mais grave lhe for aplicável por força de outro preceito, afastar também, a aplicabilidade no caso das penas acessórias especialmente previstas para a violência doméstica. A solução, segundo o Autor, passa pela “*interpretação teleológica extensiva (não violadora do princípio constitucional da legalidade – artigo 29.º, n.º 3, da Constituição –, nem proibida pelo n.º 3 do artigo 1.º do Código Penal), que leva à possibilidade de aplicação das penas acessórias, mesmo nos casos em que ao agente do crime de violência doméstica seja aplicável a pena mais grave estabelecida para o crime em que se materializou a violência doméstica*”.²³⁴

Esta tese, também defendida por Plácido Conde Fernandes²³⁵ e que sufrago integralmente, significa, em suma, que o agente do crime de violência doméstica não deixa de o ser pelo simples facto de lhe ser aplicável pena mais grave ao abrigo de outra norma penal. Pelo contrário, ele continua a ser autor de um crime de violência doméstica, apenas lhe sendo aplicada uma moldura penal diferente por remissão do artigo que prevê e pune a violência doméstica. Esta remissão, em todo o caso, restringe-se à pena principal, não afastando a aplicabilidade das penas acessórias. Não poderia ser de outro modo, uma vez que, como refere Plácido Conde Fernandes, “*na exposição de motivos assume-se pretender o reforço da tutela das pessoas particularmente indefesas, como as crianças, os menores e as vítimas de*

²³³ TAIPA DE CARVALHO, Comentário Conimbricense, comentário ao art. 152.º, § 28.

²³⁴ *Ibidem*.

²³⁵ *Apud* TAIPA DE CARVALHO, Comentário Conimbricense..., comentário ao art. 152º pg. 530.

violência doméstica, maus-tratos ou discriminação, a par de um alargamento do âmbito subjectivo do crime”, sendo “notório o enfraquecimento da protecção nas situações de subsidiariedade”, em que a “incriminação perde a sua autonomia” Este autor classifica uma tal ocorrência de “paradoxo, duplamente afirmado na perda da força simbólica preventiva proclamada para a nova incriminação e na perda do arsenal de penas acessórias, especialmente vocacionadas para fazer face a esta criminalidade.”²³⁶

Nesse mesmo sentido, Nuno Brandão explicita: “Resta saber se as melhores intenções do legislador não foram, porém, atraindo pelo modo como foi tecida esta nova malha repressiva. Isto porque se por um lado o crime de violência doméstica foi erigido como o ponto de referência desse quadro normativo, por outro lado manteve-se a sua natureza subsidiária em relação a crimes mais graves que tutelam a saúde física e psíquica da vítima, através de uma cláusula de subsidiariedade expressa. Refiro-me fundamentalmente às ofensas à integridade física graves. Ora, neste jogo de concurso, hoc sensu, uma aplicação rigorosa das regras da unidade de norma, a que devem ser submetidas as relações de subsidiariedade de tipos legais, conduz ao afastamento da aplicação do tipo de violência doméstica sempre que este concorra com o de ofensa à integridade física grave. Ou seja, precisamente onde é mais imperioso o funcionamento de um conjunto de medidas penais, processuais penais e extra-penais destinadas a proteger a vítima, a concorrência de normas determina a exclusão da aplicação do tipo legal de violência doméstica. O problema está em que boa parte desse regime global de protecção da vítima assenta na figura do crime de violência doméstica previsto no art. 152.º do CP, frequentemente através de remissões expressas para este preceito. Circunstância que pode acabar por comprometer o seu funcionamento e deixar desguarnecidas as vítimas que mais necessitam desses mecanismos de protecção. É o que sucede mesmo com as penas acessórias especificamente cominadas para o crime de violência doméstica nos números 4 a 6 do art. 152.º, que não podem ser aplicadas sempre que o agente deva responder por ofensa à integridade física grave!”²³⁷

²³⁶ *Apud* TAIPA DE CARVALO, Comentário Conimbricense..., comentário ao art. 152º pg. 530.

²³⁷ NUNO BRANDÃO, Tutela especial reforçada... pg 23.

No mesmo seguimento, André Lamas Leite sugere que se continuem a aplicar as penas acessórias nos casos de subsidiariedade expressa, dado que os fundamentos de culpa e de prevenção são os mesmos e as penas acessórias constituem um elemento de mais valia.²³⁸

Para nós, a semelhança do que é defendido por Taipa de Carvalho, de que a relação especial entre o agente e a vítima deveriam ser valorada na medida da pena, bem como as penas acessórias se deveriam aplicar ao caso, uma vez que os crimes com moldura penal mais grave funcionam numa lógica de qualificação face ao tipo penal da violência doméstica, que será o crime base. As necessidades específicas de proteção da vítima mantêm-se, bem como as necessidades de prevenção especial positiva, funções que correspondem às penas acessórias do crime de violência doméstica. Assim sendo, não nos parece também que o princípio da proibição da dupla valoração esteja aqui em causa, na medida em que as penas têm funções distintas.

Por outro lado, a unidade de ação pode ser rompida em diversas situações como em casos de afastamento da vítima por um período, sujeição do agente a um processo crime ou a aplicação de uma pena, períodos prolongados de bom comportamento. Nestes casos, voltando o agente a praticar tais condutas já não haverá uma unidade e portanto a cláusula de subsidiariedade não deve ser aplicada, sendo o agente punido em concurso efetivo pelo crime de violência doméstica e pelo (s) crime (s) de violação.²³⁹ A cláusula de subsidiariedade só deve ser aplicada nos casos em que se verifique um ato gravoso isolado e não em situações em que a saúde da vítima é posta em causa de forma reiterada.

²³⁸ ANDRÉ LAMAS LEITE, *A violência relacional íntima ...*, pg. 48.

²³⁹ ANA MARIA BARATA DE BRITO, *Criticando as soluções de concurso no crime de violência doméstica*, nomeadamente quanto a interrupção da conduta criminosa e a volta da prática da mesma depois de um período de tempo, refere o seguinte exemplo “*Imaginemos agora que o agente, durante os dez anos referidos, infligiu mastratos, não já ininterruptamente, mas apenas no decurso dos primeiros três anos. Arrependeu-se depois (fez um tratamento ao alcoolismo), absteve-se da prática de actos delituosos nos seis anos seguintes, e apenas no último voltou a infligir maus-tratos físicos e psíquicos à mesma ofendida. Que concluir aqui, no que respeita ao número de crimes efectivamente cometidos? Todos os colegas a quem apresentei a questão desta forma responderam, invariavelmente, divisarem aqui dois crimes de violência doméstica (em concurso efectivo). A correcção desta solução parece-me evidente. Mas como sustentar, então, este resultado subsuntivo quando, simultaneamente, se tem vindo a considerar na prática, como referi lá atrás, que o agente que inflige mastratos consecutivos durante dez anos comete um só crime, se já o agente que cessa a acção criminosa e se abstém de delinquir durante seis desses dez anos praticaria dois crimes?*”, *O crime de violência doméstica*, notas sobre a prática judiciária, conferência, PRG, 2014, pg. 16.

Circunstância diferente será aquela em que o arguido, para além da prática do ato isolado que permite a verificação do tipo de ilícito da violação, pratique outros factos reiterados de ataques a saúde da vítima suscetíveis de serem integrados no crime de violência doméstica. Embora, se entenda que o crime de violação seja uma ofensa sexual,²⁴⁰ como é descrito no art. 152.º, n.º 1 do CP, entendemos que a cláusula de subsidiariedade aí prevista só tem aplicação quando o agente, através de um mesmo ato ou havendo unidade de ação, pratica factos suscetíveis de integrar o crime de violência doméstica e o crime de violação. Assim que, apenas haverá concurso aparente nos casos em que está em causa a atuação do arguido num momento isolado, aplicando-se nestes casos a cláusula de subsidiariedade expressa. Do contrário, se a cláusula de subsidiariedade tivesse sempre aplicação, inclusive nos casos em que não se trata apenas de um ato isolado, mas antes de atos reiterados contra a saúde da vítima, o agente seria punido apenas pela prática do crime de violação, tornando irrelevante os demais factos que por ele foram praticados e que integram o tipo de ilícito da violência doméstica o que levaria a que a tipificação do crime de violência doméstica não cumprisse com a sua função de proteção da saúde nas suas diversas vertentes.

A nosso ver, tomando uma posição semelhante a de Eduardo Correia, a pretensão legal contida na cláusula de subsidiariedade expressa poderia traduzir-se no sentido de “este tipo de ilícito perderá autonomia sempre que o conteúdo de antijuridicidade do caso pertença, por completo, ao sentido intrínseco de um outro preceito mais grave”. A cláusula de subsidiariedade expressa pode ser interpretada como uma vontade do legislador de não punir várias vezes o que é uno mesmo que pareça caber em diversos preceitos. Contudo, deve punir-se mais quando o inteiro desvalor de uma atuação do agente não estiver totalmente abrangido pelo sentido intrínseco do tipo de ilícito prevalecente. Sendo assim, o tipo subsidiário da violência doméstica nem sempre tem de ser preterido, pode acontecer de ser

²⁴⁰ A nosso ver, tal referência pode ter tido também como objetivo ressaltar o facto de que a violência sexual é reprovável ainda que seja praticada entre cônjuges. Isto porque, como foi supra referido, tradicionalmente a manutenção de relações sexuais entre os cônjuges era visto como um dever e até o código Penal de 1982 ter relações sexuais contra a vontade de um dos cônjuges não era punível. Hoje, embora esse comportamento seja visto como admissível, ainda subsistem algumas crenças que reconhecem como uma obrigação conjugal os casais terem relações sexuais entre si e suportarem a prática de atos sexuais devido a consciência (errónea) de um dever sexual.

cumulado com o tipo incriminador mais gravoso. O que importa é verificar se a efetiva aplicação da cláusula de subsidiariedade expressa satisfaz as necessidades preventivas criadas pela conduta antijurídica. Tal processo envolverá um exercício de individualização do número e da natureza dos ilícitos penais que constituem a atuação do agente.

Nos casos em que seja possível autonomizar um conjunto de factos que, de forma independente, são suscetíveis de preencher o crime de violência doméstica e outro grupo de factos que, também de forma independente, sejam suscetíveis de preencher o crime de violação, não se pode condenar o agente por um crime de violência doméstica com a moldura do crime de violação, pois que as ações praticadas pelo agente não seriam sancionadas de forma correta atendendo aos bens jurídicos que foram violados e que a previsão do crime de violência doméstica visa proteger bem como as necessidades preventivas originadas pela conduta do agente.

É nesse mesmo sentido que Ana de Brito faz a seguinte observação: *“Aditemos que numa das ocasiões o arguido fractura o braço da vítima de um modo a que a ofensa caia na previsão do art. 144º (ofensa à integridade física grave). A subsidiariedade expressa ínsita no art. 152º – “se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal” – conduz então à punição do agente pelo crime mais grave, afastando o de violência doméstica.*

Mas deverá o agente ser, então, punido apenas como autor de um crime de ofensa à integridade física grave? Ou por este crime em concurso efectivo com o de violência doméstica, que seria então o corolário jurídico para todos os maus-tratos sobranceiros? Ou seja, o agente que pratica apenas, como único facto típico, o “partir o braço da vítima” deve estar na mesma situação (no que respeita à imputação de tipos incriminadores) do agente que, para além disso, inflige maus-tratos físicos e psíquicos à ofendida durante dez anos? (...)

Em contextos semelhantes, os tribunais têm identificado situações de concurso efectivo de crimes, punindo então os arguidos como autores de um crime de homicídio e de um crime de violência doméstica. O que não merece crítica – a

violência doméstica surgiria como resposta típica ao infligir de maus-tratos físicos e psíquicos durante dez anos, o homicídio com resposta jurídica ao tirar da vida.

E em toda esta actuação do agente é possível descortinar com clareza diferentes sentidos de ilicitude, já que a pluralidade de bens jurídicos afectados, a pluralidade de resoluções criminosas, entre outros possíveis, se apresentariam como sinal seguro da pluralidade de sentidos sociais de ilicitude-típica do comportamento global do agente.

Mas devemos questionar-nos sobre a diferença, em termos de unidade ou pluralidade de sentidos de ilicitude típica, entre esta situação e a anterior. E a não existir – e parece-me não ser visível - deveria então o agente ser acusado, também ali, como autor de um crime de ofensa à integridade física grave em concurso efectivo com um crime de violência doméstica.”²⁴¹

Em sentido semelhante, o acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 01-10-2013²⁴², entende que havendo violações com pena superior a 5 anos estas, devido

²⁴¹ ANA MARIA BARATA DE BRITO, O crime de violência doméstica ..., pp. 15 e 16.

²⁴² No referido acórdão consta que: “Na verdade – e passando a seguir de perto Américo Taipa de Carvalho in “Comentário Conimbricense do Código Penal”, tomo I (2.ª ed.), pág. 527-528, em anotação ao art.º 152.º –, entre o crime de **violência doméstica** (que [...] pode concretizar-se na prática, reiterada ou não, das mais diversas infracções contra a saúde, física ou psíquica, contra a honra, contra a liberdade, física ou sexual, etc., como também pode, por vezes, materializar-se na prática de actos ou comportamentos que in se não configurem infracções criminais) e os crimes de ofensas à integridade física simples (art.º 143.º e 145.º, n.º 1 al.ª a)), de ameaça (art.º 153.º), contra a honra (art.º 180.º e ss.), de coacção (art.º 154.º e 155.º), de sequestro simples (art.º 158.º, n.º 1), de coacção sexual (art.º 163.º, n.º 2), de **violação** (art.º 164.º, **n.º 2**), de importunação sexual (art.º 170.º), existe uma relação de concurso aparente, sendo o agente punível apenas pelo crime de **violência doméstica**. Tomando-se em conta a globalidade dos elementos ou condutas que integram o tipo legal de **violência doméstica**, e ainda o facto de este tipo de crime poder (e, em certas situações, até, porventura, dever) ser constituído por uma pluralidade de infracções da mesma natureza (p. ex., várias ofensas corporais), a mais adequada qualificação da relação entre as normas em confronto é a de relação de consunção: a gravidade do ilícito da **violência doméstica** consome ou absorve o ilícito de ofensas corporais simples, etc.; a tutela do bem jurídico conferida por cada um destes diversos tipos legais também é conferida pelo tipo de **violência doméstica**. Só deixa de ser assim se pena mais grave (do que a, no caso, de 2 a 5 anos de prisão) lhe couber por força de outra disposição legal: art.º 152.º, n.º 1 – parte final. É por isso que entre o crime de **violência doméstica** e os crimes de ofensa à integridade física grave (art.º 144.º), de sequestro qualificado (art.º 158.º, n.º 2), de coacção sexual (art.º 163.º, n.º 1), **de violação (art.º 164.º, n.º 1)**, de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência (art.º 165.º), de abuso sexual de crianças (art.º 171.º), de lenocínio de menores (art.º 175.º, n.º 2), de pornografia de menores (art.º 176.º, n.º 2), há uma relação de subsidiariedade expressa, aplicando-se somente a pena prevista para cada um destes crimes.”

VÍTOR SÁ PEREIRA e ALEXANDRE LAFAYETTE, no seu Código Penal Anotado e Comentado, Quid Juris, 2008, a fls. 634, expendem o seguinte sobre o tema: A parte final do n.º 1, onde se diz «se pena mais grave lhe não couber...», faz aplicação do princípio da subsidiariedade, no âmbito do chamado concurso impróprio, aparente ou de normas. E, segundo STRATENWERTH, “a subsidiariedade significa que uma lei penal só se aplica de modo auxiliar, isto é, só se o facto não está cominado com

a cláusula expressa de subsidiariedade são separadas e dão origem a crimes de violação. Contudo, se com tal separação ainda restarem factos relativos à violência doméstica, estes continuarão a integrar o crime de violência doméstica em concurso real com o crime de violação.²⁴³

Desta feita, a nosso ver, se o crime de violência doméstica for integrado apenas por ofensas sexuais (isoladas), punidas com pena de prisão superior a 5 anos, como no crime de violação do art. 164.º, n.º 1 com pena de 3 a 10 anos, estaremos então perante um concurso aparente em que o crime de violência doméstica perde autonomia, sendo aplicada a cláusula de subsidiariedade, e o agente será punido nos termos do crime de violação.

Por outro lado, quando o crime de violência doméstica, para além das ofensas sexuais com pena superior a 5 anos, for integrado também por outras condutas típicas como ofensa a integridade física, ameaça, etc. (que não constituam uma unidade de ação) estaremos perante um concurso real de infrações entre ambos os crimes e o agente será punido nestes termos.

Em suma, a cláusula de subsidiariedade expressa não pode ser alvo de uma interpretação puramente formal. É necessário que se identifique os casos em que o sentido do facto cabe por completo no tipo de ilícito mais gravoso, daqueles outros em que tal não ocorre.

pena (maior) segundo outros preceitos". Na verdade, "com o fim de ampliar ou intensificar a protecção jurídico-penal, em muitas ocasiões se comina com pena determinadas condutas que se apresentam como estágio ou forma prévia, ou como variante menos intensa, de um ataque a um interesse juridicamente protegido que o ordenamento penal já abarca noutra disposição. Em tais casos, fica desprezado o tipo secundário se o ataque em sentido estrito, ou o ataque de maior gravidade, por sua vez concorre e é punível. Ora bem, a subsidiariedade só tem significado autónomo — face à especialidade e à consumpção — na medida em que a infracção da norma secundária não acompanhe necessária e habitualmente o delito preferente" (cit., 456). E, aliás, através da referida ressalva também se evitam «os indesejáveis casos de consunção impura» (cfr. ibidem, 589), figura que nem todos os autores acolhem.

Ou seja, no caso dos autos, como a pena aplicável a cada um dos três crimes de violação pelo art.º 164.º, n.º 1, é mais grave do que a aplicável pelo crime de violência doméstica pelo art.º 152.º, n.º 1 al.ª b) e c) e 2, os factos integradores das violações separam-se e dão origem à verificação dos três crimes da violação. Se após esta separação, restarem mais factos ou outros factos relativos à violência doméstica, eles continuarão a integrar e a dar corpo a esse crime de violência doméstica e à sua respetiva punição, em concurso real com a da violação." Processo n.º 258/11.0GAOLH.E1.

²⁴³ Outros acórdãos em que se decidiu pelo concurso real entre o crime de violência doméstica e o crime de violação: Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 15 de novembro de 2016, processo n.º 52/15.9PEEVRE1; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17 de abril de 2013, processo n.º 790/09.5GDALM.L1-3.

Há ainda outras situações que suscitam problemas relativamente a aplicação da cláusula de subsidiariedade expressa, como os casos de concurso entre o crime de violência doméstica e os crimes de violação sem violência, de coação sexual, entre o crime de violação e de coação sexual e demais crimes sexuais.

A nosso ver, este critério que adotamos também deve ser aplicado para os casos de concurso entre o crime de violência doméstica e o crime de violação sem violência previsto no art. 164.º, n.º 2 do CP. Se houver apenas um ato isolado de violação, sem violência, deverá ser aplicada a cláusula de subsidiariedade, sendo o agente punido com a pena prevista para este crime. Do contrário, não havendo apenas um ato isolado, mas antes, ações de forma reiterada que preenchem o tipo de violência doméstica, o agente deverá ser punido em concurso efetivo entre os dois crimes.

O mesmo critério funcionará para os demais crimes sexuais que tenham uma pena superior aos 5 anos previstos para o crime de violência doméstica. Já para os crimes que tenham pena inferior aos 5 anos, como o crime de importunação sexual a cláusula de subsidiariedade não tem lugar. Pinto Albuquerque refere que “*O crime de violência doméstica é uma forma especial do crime de maus tratos (...). Ele está também numa **relação de especialidade** com os crimes de ofensas corporais simples ou qualificadas, os crimes de ameaças simples ou agravadas, o crime de coacção simples, o crime de sequestro simples, o crime de coacção sexual previsto no artº 163º, nº2, o crime de violação previsto nos termos do artº 164º nº2, **o crime de importunação sexual**²⁴⁴, o crime de abuso sexual de menores dependentes previsto no artº 172º2 ou 3 e os crimes contra a honra. Portanto, a punição do crime de violência doméstica afasta a destes crimes.*”²⁴⁵ Também Taipa de Carvalho explicita que “*Entre o crime de violência domestica (...) e os crimes de ofensa á integridade física simples ..., de ameaça, ...contra a honra, de coacção...de sequestro simples...de coacção sexual ... de violação (artº 164º2) de importunação sexual existe uma relação de concurso **aparente** sendo o agente punível apenas pelo crime de violência doméstica. [e] a mais adequada qualificação da relação entre as normas em confronto e a de **relação de consumpção**: a gravidade do ilícito da violência doméstica consome ou absorve o ilícito de ofensas corporais simples, etc.*”, mas

²⁴⁴ Negrito nosso.

²⁴⁵ PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal..., pg. 406 e ss.

tratando-se de uma única ofensa corporal simples que configure violência doméstica, “*não há incorrecção algumas em afirmar-se que nesse caso concreto, há entre a violência doméstica e a ofensa corporal simples ... uma relação de especialidade*”,²⁴⁶ sendo que defende que toda a relação de especialidade é uma relação de consumpção segundo um critério teleológico material. Sufragamos a posição de Taipa de Carvalho quanto a este aspeto, concordamos que aqui a relação existente é de concurso aparente o que leva a perda de autonomia dos crimes menos graves, como o crime de importunação sexual, sendo aplicada a pena prevista para o crime de violência doméstica.

Outra questão que é suscitada neste âmbito, é a de saber se nos casos em que há a prática do crime de violência doméstica com violação se concorrerá também, em concurso efetivo, com o crime de violação o crime de coação sexual previsto no art. 165.º do CP.

Pinto Albuquerque toma posição no sentido de que entre o crime de violação e o crime de coação sexual haverá sempre concurso aparente, uma relação de especialidade, quando os atos sejam cometidos na mesma situação contra a mesma vítima na medida em que “*os actos sexuais mais graves da violação integram os actos sexuais menos graves da coação sexual.*”²⁴⁷

Figueiredo Dias toma posição, a qual sufragamos, no sentido de que o crime de violação assume a posição de *lex specialis* e, por isso, a princípio, a punição por violação consome as coações sexuais, desde que estas possam ser consideradas integrantes do processo que conduziu à violação. “*Só assim não será se puder considerar-se que, no caso em espécie, os actos de coacção sexual possuem um desvalor autónomo, apesar de a violação ter chegado depois a consumir-se; mas isso sucederá precisamente quando tais actos não possam ser vistos como integrantes do processo que conduziu à cópula ou ao coito anal ou oral.*”^{248 249}

²⁴⁶ AMERICO TAIPA DE CARVALHO, Comentário Conimbricense..., comentário ao art. 152.º, §26.

²⁴⁷ PAULO PINTO ALBUQUERQUE, A Coação sexual e a Violação no Código Penal Português, *Liber Amicorum* de José de Sousa e Brito em comemoração ao 70.º Aniversário, Almedina, pg.912.

²⁴⁸ JORGE FIGUEIREDO DIAS, Comentário Conimbricense, comentário ao art. 163.º do Código Penal..., pp. 731 e 732.

²⁴⁹ No mesmo sentido o acórdão do Supremo tribunal de justiça de 29 de outubro de 2008, processo n.º 08P2874. E no acórdão do mesmo tribunal de 12 de maio de 2011, processo n.º 14125/08.0TDPRT.P1.S1, fica claro que não sendo os atos autonomizáveis o concurso entre estes

Sempre que se verifique o concurso efetivo entre o crime de violência doméstica e algum destes crimes sexuais, como o crime de violação, surge uma problemática relacionada a agravação prevista no art. 177º, n.º 1 do CP que refere “1 - As penas previstas nos artigos 163.º a 165.º e 167.º a 176.º são agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se a vítima: a) For ascendente, descendente, adoptante, adoptado, parente ou afim até ao segundo grau do agente; ou b) Se encontrar numa relação familiar, de coabitação, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho do agente e o crime for praticado com aproveitamento desta relação. “

A pergunta que deve ser feita nestes casos é: a aplicação de tal agravação colidirá com o princípio do *ne bis in idem* na vertente da proibição de dupla valoração?

Tal questão deve ser suscitada na medida em que, havendo um concurso efetivo, para se apurar a pena concretamente aplicável nos termos do at. 77º do CP, o juiz deve determinar primeiro a pena concretamente atribuída a cada um dos tipos de ilícitos praticados, que correspondam aos tipos penais em concurso, de forma autónoma, para posteriormente, se construir uma moldura do concurso a partir destas penas, com limites máximos e mínimos definidos legalmente, sendo dentro desta moldura que se fixará a pena do concurso de crimes.²⁵⁰ “A pena única deve ser encontrada a partir do conjunto de factos e da personalidade do agente, tendo-se em atenção se os factos delituosos em concurso são expressão de uma inclinação criminosa ou apenas constituem delitos ocasionais sem relação entre si, mas sem esquecer a dimensão da ilicitude do conjunto dos factos e a conexão entre eles existente, bem como o efeito da pena sobre o comportamento futuro do delincente. Com a pena conjunta pretende-se sancionar o agente, não só pelos factos individualmente considerados, não como mero somatório de factos criminosos, mas enquanto revelador da dimensão e gravidade global do comportamento delituoso do agente, visto que a lei manda considerar, em conjunto (e não unitariamente), os

crimes é tipo como efetivo, assim “A relação entre os dois tipos-de-ilícito é, por conseguinte, de concurso efetivo; quando os actos de coacção sexual não possam ser vistos como integrantes do processo que conduziu à cópula ou ao coito anal ou oral, o crime de violação não consome as coações sexuais.”

²⁵⁰ ANA PAIS, A determinação da pena no concurso de crimes no direito penal internacional, Acórdão do Tribunal Penal Internacional, de 10 de julho de 2012, referente ao caso Prosecutor V. Thomas Lubanga Dyilo, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 23, n.º1, janeiro-março de 2013, Coimbra Editora, pg. 150. FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Tomo I ..., pg. 1305.

factos e a personalidade do agente. Os factores de determinação das penas singulares não podem voltar a ser considerados na medida da pena conjunta (dupla valoração), muito embora, segundo Eduardo Correia, “aquilo que à primeira vista possa parecer o mesmo factor concreto, verdadeiramente não o será consoante seja referido a um dos factos singulares ou ao conjunto deles: nesta medida não haverá razão para invocar a proibição de dupla valoração.”²⁵¹

Assim sendo, o mandato de esgotante apreciação do ilícito mandam valorar todos os factos fundamentadores do ilícito na determinação da medida da pena.²⁵² Nesta valoração se o mesmo elemento, na sua identidade normativo social, for valorado na análise da determinação da pena de cada tipo penal em concurso, então haverá uma dupla valoração proibida, na medida em que é valorado na tutela do mesmo interesse e com o mesmo fim: a obtenção da medida da sanção punitiva.²⁵³ Só não será assim quando se trate de um verdadeiro concurso efetivo não sendo a dupla valoração proibida,²⁵⁴ assim que, “segundo Eduardo Correia, “aquilo que à primeira vista possa parecer o mesmo factor concreto, verdadeiramente não o será consoante seja referido a um dos factos singulares ou ao conjunto deles: nesta medida não haverá razão para invocar a proibição de dupla valoração .”²⁵⁵

A singularidade deste regime de determinação da pena reside no critério especial previsto para a fixação da pena única conjunta dentro daquela moldura, e que consiste em o juiz ponderar “em conjunto, os factos e a personalidade do agente”. “Este critério especial, implica, pois, que não haja uma segunda valoração dos mesmos critérios gerais (prevenção e culpa) já atendidos a propósito da determinação das penas parcelares, mas antes de uma apreciação distinta, agora

²⁵¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 05 de junho de 2012, processo n.º 1276/10.OPAESP.P1.S1.

²⁵² INÊS FERREIRA LEITE, *NE (INDEM) BIS IN ...*, Vol. II, pg. 303. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral II, As consequências jurídicas do crime*, Lisboa, Notícias editorial, 1993, pg. 286.

²⁵³ Desenvolvendo a questão da dupla valoração proibida nos casos de concurso efetivo INÊS FERREIRA LEITE, *NE (INDEM) BIS INDEM ...*, Vol. II, pg. 300 e ss. A autora propõe como solução um novo modelo de punção do concurso, que substituiria o regime do crime continuado, em que o art. 79 CP passaria a dizer “**Quando a determinação da medida da pena para cada tipo de crime em concurso obrigue a uma dupla valoração, ainda que parcial, do ilícito típico, a medida da pena será determinada em função da moldura penal do tipo incriminador ao qual corresponda a pena mais elevada, agravada em um terço dos seus limites mínimos e máximos. Em caso algum será ultrapassado o limite máximo de 25 anos de prisão ou 900 dias de multa**”.

²⁵⁴ *Ibidem*, pg. 04, nota 5189.

²⁵⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 05 de junho de 2012, processo n.º 1276/10.OPAESP.P1.S1.

*centrada apenas na pluralidade dos factos, verificando se se trata de uma carreira criminosa ou tão só de uma situação menos grave de pluriocasionalidade criminosa.*²⁵⁶

Torna-se necessário fazer tal ponderação no caso do concurso entre o crime de violência doméstica e o crime de violação, a saber se este último poderá conter a agravação prevista no art. 177.º, n.º 1 do CP. Resulta claro que a agravação aí prevista tem em vista o sancionamento da atuação do agente pelo facto de existir um vínculo/relação especial com a vítima. Ora, é devido a este vínculo especial, entre o agente e a vítima, que os demais atos praticados pelo agente preenchem o tipo de violência doméstica. Assim, uma vez que este vínculo especial é já valorado aquando da análise do crime de violência doméstica, para a determinação da pena concreta deste crime, poder-se-á valora-lo novamente para efeitos de agravação do crime de violação, que está em concurso efetivo, ou será uma dupla valoração proibida?²⁵⁷

A nosso ver, estamos perante um verdadeiro concurso efetivo e, tal como defende Figueiredo Dias,²⁵⁸ nestes casos a dupla valoração inerente ao concurso de crimes não implica uma dupla valoração proibida. Embora se trate do mesmo facto, o vínculo/relação especial do agente com a vítima, estamos perante dois crimes distintos e em que o crime de violência doméstica não se caracteriza como ato preparatório ou integrante do crime de violação, ambos os crimes são praticados de maneira autónoma. Este mesmo facto assume em ambos os crimes posições distintas, enquanto no crime de violência doméstica o vínculo/ relação especial é requisito para o preenchimento do tipo, no crime de violação já não é necessário para o preenchimento do tipo mas dá lugar a agravação. Os crimes em questão não perdem sua autonomia por estarem em concurso e, por esse motivo, na análise das penas parcelares deverá, a nosso ver, ser considerada a agravação prevista no art.

²⁵⁶ ANA PAIS, A determinação da pena no concurso ..., pg.150.

²⁵⁷ A dupla valoração nos casos de concurso efetivo é problemática porque, como INÊS FERREIRA explica, “*são as penas concretas que vão definir a moldura legal do facto e a amplitude máxima possível para a determinação da pena concreta. O que implica que o mesmo elemento seja valorado, na sua concreta intensidade, para ampliar (e não para delimitar) a moldura penal do facto e para elevar a medida concreta da pena. É neste pequeno detalhe que reside a dupla valoração proibida, pois é este aparentemente pequeno detalhe que irá concretizar-se numa efetiva dupla punição pelo mesmo facto.*”

²⁵⁸ FIGUEIREDO DIAS, ... As consequências jurídicas do crime, pg. 292.

177.º do CP e isto não constitui uma dupla valoração proibida pois não estamos perante a uma unicidade normativa-social.

Diferentemente, nos casos em que o agente pratica factos suscetíveis de integrar o crime de violência doméstica e o crime de violação, mas há uma unicidade normativa social, a resolução através do concurso efetivo violaria o *ne bis in idem* na medida em que se valoraria duas vezes os mesmos factos no sentido normativo social. Contudo, como já referimos, são esses os casos que, a nosso ver, estão incluídos no âmbito da cláusula de subsidiariedade e por aí devem ser resolvidos.²⁵⁹

Por fim, cabe referir que entendemos que a expressão “ofensas sexuais” prevista no art. 152.º do CP, abarca também, os casos de violação previstos no art. 164.º do CP. A nosso ver a intenção do legislador ao consagrar tal expressão foi, não só de tornar parte do crime de violência doméstica as outras ofensas sexuais como “*ser forçado/a ou pressionado/a a tocar, acariciar e/ou a masturbar outra pessoa; ser obrigado/a ou pressionado/a a ver outras pessoas em poses ou atos de natureza sexual ou ser exposto/a, contra a vontade, à nudez de outra pessoa; ser fotografado/a, filmado/a ou espiado/a, sem consentimento prévio ou autorização*”,²⁶⁰ mas, uma forma de se reforçar que a violência sexual no seio de uma relação íntima é também reprovável e que não pode ser justificada pela existência de qualquer dever sexual, ponto este que é de se salutar.

Contudo, como já referimos, o legislador pecou ao prever como punição para violação, no seio de uma relação íntima, a mesma pena do crime de violação comum uma vez que assim deixa de haver diferença entre uma violação praticada

²⁵⁹ Reconhecemos que problemático será nos casos em que a conduta do agente preenche dos tipos penais e que estes tipos não tenham uma relação de subsidiariedade. Já se concorda com Inês Ferreira Leite quando refere como exemplo de dupla valoração proibida com a aplicação do concurso efetivo no exemplo do agente que provoca lesões graves à integridade física da vítima durante a execução falhada de uma tentativa de homicídio. Como a autora refere, e bem, “*constatamos que a especial energia criminosa do agente, no plano do desvalor da ação, referida ao concreto dolo manifestado no facto através dos sucessivos disparos ou reiteradas facadas, terá de ser valorada tanto na determinação da pena da tentativa de homicídio, como na determinação da pena do crime de ofensas graves à integridade física. Em ambos os casos, este dolo, na sua intensidade, fundamenta a ilicitude do facto e não poderá ser ignorado pelo julgador. Assim se obtém, portanto, uma dupla valoração proibida, pois o mesmo elemento, na sua identidade normativo-social, é duplamente valorado na tutela do mesmo interesse e tendo em vista a mesma funcionalidade: a obtenção da medida da sanção punitiva.*” NE (INDEM) BIS IN, Vol. II, pp. 303 e 304.

²⁶⁰ Infra, 1.2.

A violência sexual nas relações de intimidade: Do concurso entre o crime de violência doméstica e o crime de violação.

entre estranhos e uma violação praticada no seio de uma relação familiar, onde existem deveres de respeito e proteção. Pensamos que nestes casos, o legislador deveria, para além de mandar aplicar a pena do crime mais grave, prever uma agravação. Não o tendo feito é necessário que se faça. Protegeria mais eficientemente os bem jurídicos em causa se da norma, ao invés de constar “*é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal*”, constasse algo como “*é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal com agravação de 1/3.*”

CONCLUSÕES

Podemos retirar como conclusões gerais deste estudo algumas ideias essenciais. A primeira delas é que, como vimos, a questão do concurso entre o crime de violência doméstica e os crimes com penas mais graves, nomeadamente o crime de violação, ainda suscita algumas divergências que dão origem a decisões distintas a casos que são materialmente similares.

O crime de violência doméstica não é de fácil aplicação uma vez que tem um escopo bastante abrangente somado a previsão de reiteração que torna difícil a aplicação e conciliação com os demais tipos penais em causa.

Para a resolução da problemática é necessário passar pela análise dos bens jurídicos tutelados pelas normas em causa, temos chegado aqui a conclusão que o bem jurídico tutelado pelo crime de violência doméstica é a saúde em todas as suas vertentes e que o bem jurídico tutelado pelo crime de violação é a liberdade e a autodeterminação sexual. Partindo daí, é indispensável averiguar, em cada caso concreto, se estamos perante uma unidade ou pluralidade de ação. Tal distinção deve ser apurada através de um critério que atenda ao comportamento do agente como um todo, atentando para o seu significado social, bem como aos sentidos de ilícitos presentes no mesmo. É deste sentido social e do número de sentidos negativos de valor jurídico-penal é que se poderá aferir se existe uma unidade ou pluralidade de ação. Tal conclusão é essencial para definirmos se estamos perante um concurso real ou aparente, se será ou não aplicável a cláusula de subsidiariedade prevista do crime de violência doméstica e, conseqüentemente, de que forma o agente será punido.

A tentativa de resolução desta questão do concurso pelo legislador através da consagração da cláusula de subsidiariedade expressa no crime de violência doméstica não resolve por completo o problema tanto por não deixar claro a questão relativamente a reiteração da conduta como pelo facto de que ao permitir a punição apenas pelo crime com a pena mais grave quita a importância das demais atuações do agente que são parte do crime de violência doméstica, não cumprindo assim uma efetiva proteção do bem jurídico em causa, e, por fim, falha quanto a previsão de aplicação da pena do crime mais grave sem prever nenhuma

agravação o que deixa sem relevância o vínculo especial que existe entre a vítima e o agente e todos os deveres que estão envolvidos no âmbito de uma relação de intimidade.

Por tudo isto, a nosso ver, a cláusula de subsidiariedade não deve ser aplicada de maneira puramente formal atendendo apenas ao argumento literal da lei sob pena de se gerar soluções completamente contraditórias. Antes, a cláusula de subsidiariedade deve ter aplicação apenas nos casos em que há um ato gravoso isolado, uma unidade de ação, devendo então o agente ser punido apenas com a pena do crime mais grave embora devesse, ainda sim, existir uma agravação pelo facto de haver esse vínculo especial entre o agente e a vítima. Por outro lado, sendo o bem jurídico posto em perigo de forma reiterada, a cláusula de subsidiariedade não deve ser aplicada, respondendo o agente por concurso efetivo entre os crimes de violência doméstica e violação pois só assim o bem jurídico será devidamente tutelado e ter-se-á em consideração todas as ações que foram praticadas pelo agente e que fazem parte do tipo de violência doméstica. Para a aplicação da cláusula de subsidiariedade deve ser feito um trabalho que destrinche os casos em que o sentido do facto cabe inteiramente do tipo de ilícito mais grave, daqueles outros que em isto não ocorre.

Por fim, entendemos que o crime de violência doméstica ainda terá de ser revisado para colmatar tais falhas e cumprir mais eficazmente suas funções de proteção do bem jurídico e punição do agente.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, MARCELINO ANTÓNIO

-Acerca da relevância do concurso penal em sede de especulação ilícita de preços. Disponível em: <https://portal.oa.pt/upl/%7B291cc16a-0701-43d4-a5ab-3ffa255ba7a3%7D.pdf>

ABREU, MARIA LUISA MAQUEDA

- “La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la Ley Integral”, Revista Penal, n.º 18 (2006), disponível em <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/289/280>

A., JEAN-PIERRE MATUS

-El concurso (aparente) de leyes en la reforma penal latino-americana, *in* Revista Chilena de Derecho, Vol. 24 n.º 3, 1997. Disponível em: <file:///C:/Users/karolen%20Dias/Downloads/Dialnet-ElConcursoAparenteDeLeyesEnLaReformaPenalLatinoame-2649920.pdf>

- La teoria del concurso (aparente) de leyes en la dogmática alemana, desde sus orígenes hasta el presente (pimera parte), *in* Lus et Praxis, vol. 6, núm, 2, 2000, Universidad de Talca, Talca, Chile. Disponível em: <http://www.redalyc.org/pdf/197/19760212.pdf>

ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE

- A coacção sexual e a violação no Código Penal Português, *in Liber Amicorum* de José de Sousa e Brito em comemoração ao 70-º Aniversário, Estudos de Filosofia e Direitos, Almedina, 2009.

- Comentário do Código Penal, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008.

- Comentário do Código Penal : à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

ALMEIDA, LUÍS DUARTE D´

- O concurso de normas em Direito Penal, Almedina, 2004.

ALVES, CLÁUDIA

- Violência Doméstica, Universidade de Coimbra, 2005. Disponível na internet: https://www.apmj.pt/images/PDF/doutrina_nacional/O%20crime%20de%20violencia%20domestica_notas%20sobre%20a%20pratica%20judiciaria.pdf

ALVES, SÉNIO MANUEL DOS REIS

- Crimes sexuais: notas e comentários aos artºs 163.º a 179.º do Código Penal, Almedina, 1995.

ALVIM, FILIPA

- Mulheres (in)visíveis: relatório da campanha “Acabar com a violência sobre as mulheres”, Amnistia Internacional, Lisboa, 2006.

ANDRADE, JOÃO DA COSTA

- Da unidade e pluralidade de crimes. Doutrina geral e crimes tributários, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

ANDRADE, MANUEL DA COSTA

- A “Dignidade Penal” e a “Carência de Tutela Penal” como Referências de uma Doutrina Teleológico-Racional do Crime, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Lisboa, Abril-Junho 1992.

ANDRADE, ROBIN DE

- Direito Penal, Parte II, Lisboa: Edição Policopiada, 1972.

ANTUNES, MARIA JOÃO

- Determinação da pena e concurso de crimes punidos com penas de diferente natureza, *in* Revista de legislação e de Jurisprudência, Coimbra, Maio-Junho, 2015.

APAV

- Relatório Penélope sobre Violência Doméstica no Sul da Europa. Disponível na Internet: http://www.apav.pt/pdf/relatorio_penelope.pdf

- Manual unisexo para o atendimento a vítimas adultas de violência sexual.

APMJ

- Parecer da APMJ sobre a proposta de Lei n.º 665/2008. Disponível na Internet: <https://www.apmj.pt/pareceres>.

- Ousar Vencer a Violência sobre as Mulheres na Família - Guia de Boas Práticas Judiciais, cap. I, APMJ, 2006.

ASCENÇÃO, JOSÉ DE OLEIVEIRA

- O Direito, Introdução e Teoria Geral, 13ª Ed., Coimbra: Almedina, 2005.

ANTUNES, MARIA JOÃO

- Anotação ao acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 12 de março de 2014, *in* Revista de Legislação e Jurisprudência, Coimbra Editora, maio de junho de 2015, n.º 3992.

BARROSO, LUÍS ROBERTO

- Princípio da dignidade humana: uma contribuição para a densificação do seu conteúdo, *In*: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

BELEZA, TERESA PIZARRO

- Violência Doméstica. Revista do cej n.º8 (Especial): Jornadas sobre a Revisão do Código Penal, 1.º Semestre 2008.

- Direito Penal volumes I e II, Lisboa, AAFDL, 1998 e 2000.

- “Consent- it’s a simple as tea”: notas sobre a relevância do dissentimento nos crimes sexuais, em especial na violação, *in* Combate à violência de género: da convenção de Istambul à nova legislação penal, 30 de novembro de 2015.

A violência sexual nas relações de intimidade: Do concurso entre o crime de violência doméstica e o crime de violação.

- O conceito legal de violação, *in* Separa da Revista do Ministério Público, Lisboa, 1994.
- Colectânea de Textos de Parte Especial do Direito Penal, AAFDL, Lisboa, 2008.
- Mulheres, Direito, Crime ou a perplexidade de Cassandra, Lisboa: AAFDL, 1990.- Maus Tratos Conjugais: o art.º 153, 3 do Código Penal, Lisboa: AAFDL, 1989.
- Violência doméstica”, Jornadas sobre a Revisão do Código Penal, Revista do CEJ, 1.º Semestre de 2008, n.º 8 (Especial), pp. 281-291.

BRANDÃO, NUNO

- A tutela especial reforçada da violência doméstica, Revista Julgar n.º 12, Set- Dez. 2010, Disponível na Internet: <http://julgar.pt/a-tutela-penal-especial-reforcada-da-violenciadomestica/>

BRAVO, JORGE DOS REIS

- A actuação do Ministério Público no Âmbito da Violência Doméstica. Revista do Ministério Público, n.º 102, Lisboa: Editorial Minerva, Abril-Junho 2005.
- Negligência, unidade de conduta e pluralidade de eventos, *in* Revista do Ministério Público, Lisboa, A, 18 (71), Julho-Setembro 1997.

BRITO, ANA BARATA DE

- O crime de violência doméstica: notas sobre a prática judiciária, 2014. Disponível na internet: https://www.apmj.pt/images/PDF/doutrina_nacional/O%20crime%20de%20violencia%20domestica_notas%20sobre%20a%20pratica%20judiciaria.pdf

BRITO, TERESA QUINTELA DE

- Correção do Exame de 27.06.2016, da disciplina de Crimes em Especial da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. [Consult. 07 de Mar. 2017] Disponível na Internet: http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/TQB_MA_28390.pdf

CANOTILHO, GOMES, MOREIRA VITAL

- Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ªEd., Coimbra: Almedina, 2003.
- Constituição Portuguesa Anotada, vol. I, 4ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CARVALHO, AMÉRICO TAIPA DE

- Comentário ao art. 152.º, Comentário Conimbricense do Código Penal. Direção J. Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- Direito Penal, Parte Geral, Porto: Universidade Católica Editora, 2016.

CEJ

- Violência Doméstica: implicações sociológicas, psicológicas e jurídicas do fenómeno. Manual multidisciplinar, Caderno especial, 2016. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/Violencia-Domestica-CEJ_p02_rev2c-EBOOK_ver_final.pdf

CISNEROS, MARIA POZA

- Violência doméstica : la experiencia española. Revista Julgar, Nº 12, esp. (Set.- Dez. 2010). Disponível na internet: <http://julgar.pt/violencia-domestica-la-experiencia-espanola/>

CORREIA, EDUARDO

- A Teoria do Concurso em Direito Criminal, Coimbra: Almedina, 1963.
- Direito Criminal, vol. I, Coimbra: Almedina, 1971.
- Direito Criminal II, Livraria Almedina, Coimbra, 1993/B.
- Direito Criminal, vol. II, Coimbra: Almedina, 2014 (reimpressão).
- Código Penal – Projecto da Parte Geral”, Boletim do Ministério da Justiça, nº 127, Junho, 1963/B.

COSTA, FARIA

- Direito Penal, Parte Especial (Contributo a uma Sistematização dos Problemas “Especiais” da Parte Especial), Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

COSTA, JOÃO PEDRO LOPES

- Da superação do regime actual do conhecimento superveniente do concurso: Leitura crítica do regime legal e proposta de superação do paradigma existente, Almedina, 2014.

CUNHA, MARIA CONCEIÇÃO DA

- Do dissentimento à falta de capacidade para consentir, *in* Combate à violência de género: da convenção de Istambul à nova legislação penal, 30 de novembro de 2015.

- Breve reflexão acerca do tratamento jurídicopenal do incesto”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 12, nº3, julho-setembro de 2002, Separata, Coimbra Editora, 2002.

- Crimes sexuais contra crianças e jovens, Cuidar da justiça de Crianças e Jovens: a função dos juízes sociais, Coimbra, Almedina, 2003.

- Conceito de violência no crime de violação”, *in* Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 21, n.º 3, Julho-Setembro de 2011, Coimbra Editora.

DAVIS, PAMELA

- Women, victims, crime and society, Los Angeles, Sage Publications, 2007.

DIAS, AUGUSTO SILVA

- Crimes Contra a Vida e a Integridade Física. 2.ª Ed., Lisboa: AAFDL, 2007.

DIAS, ISABEL

- Violência doméstica e justiça: respostas e desafios, *in* Revista do Departamento de Sociologia da FLUP, 2010. Disponível na internet:

https://www.apmj.pt/images/PDF/doutrina_nacional/Violencia%20domestica%20e%20justica%20respostas%20e%20desafios%20-%20I.%20Dias.pdf

DIAS, JORGE FIGUEIREDO

- Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte especial, Tomo I, 2ª edição, Coimbra, 2012.
- O sistema sancionatório do Direito Penal Português no contexto dos modelos da política criminal, I, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, Coimbra: Universidade de Coimbra - Faculdade de Direito, 1984.
- O direito penal do bem jurídico como princípio jurídico-constitucional, In: XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- Direito Penal. Parte Geral, Tomo I, 2ª ed. (2.ª reimpressão), Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- Direito Penal, Parte Geral II, As consequências jurídicas do crime, Lisboa, Notícias editorial, 1993.

FEITOR, SANDRA INÊS

- Análise crítica do crime de violência doméstica, 2012. Disponível na internet: https://www.apmj.pt/images/PDF/doutrina_nacional/Analise%20Critica%20do%20Crime%20de%20Violencia%20Domestica.pdf

FERNANDES, NELSON

- Concurso de crimes, pena única e pena relativamente indeterminada, *in* Revista do Ministério Público, Jul-Set 2016, ano 37, 147.

FERNANDES, PLÁCIDO CONDE

- Violência Doméstica no Quadro Penal e Processual Penal. Revista do CEJ n.º8 (Especial): Jornadas sobre a Revisão do Código Penal, 1.º Semestre 2008.

FERREIRA, MANUEL, CAVALEIRO

- Direito Penal Português, Parte Geral, Lisboa: Verbo, 1981.
- Lições de Direito penal, Parte Geral I, A lei penal e a teoria do crime no código penal de 1982, Editorial Verbo.

FERREIRA, MARIA ELISABETE

- Crítica ao pseudo pressuposto da intensidade no tipo legal de violência doméstica , Julgar Online, Maio de 2017. Disponível na internet: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2017/05/20170531-ARTIGO-JULGAR-Cr%C3%ADtica-ao-pressuposto-da-intensidade-no-tipo-legal-de-viol%C3%Aancia-dom%C3%A9stica-Maria-Elisabete-Ferreira.pdf>

HENRIQUE, LEAL/SANTOS SIMAS

- Código Penal Anotado, vol. 2º, 2ª Ed., Lisboa: Rei dos Livros, 1995.

HUNGRIA, NELSO/ DEVESSA, RODRIGUEZ

- Anotação aos artigos 163º e 164º, Código Penal Anotado, 2º Volume, Editora Rei dos Livros, 2000.

JESCHECK, HANS-HEINRICH/WEIGEND, THOMAS

- Tratado del derecho penal, parte general. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5ª ed: Comares editorial.

LEITE, ANDRÉ LAMAS

- A violência relacional íntima: reflexões cruzadas entre o Direito Penal e a Criminologia, Revista Julgar n.º12, Set- Dez. 2010, Disponível na internet: : <http://julgar.pt/a-violenciarelacional-intima-reflexoes-cruzadas-entreo-direito-penal-e-a-criminologia/>
- Penas acessórias: questões de género: de violência doméstica e o tratamento jurídicocriminal dos "shoplifters". Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

LEITE, INÊS FERREIRA DE

- *NE (INDEM) BIS IN INDEM*: A proibição de dupla valoração e de duplo julgamento como contributo para a racionalidade do poder punitivo público, volumes I e II, Doutoramento em Direito- especialidade de ciências jurídico- criminais, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014.

- A tutela penal da liberdade sexual, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Diretor: Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Wolters Kluwer, Ano 21, nº1, janeiro – março: 2011.

- A tutela penal da liberdade sexual, *in* II Curso Pós-graduado de Aperfeiçoamento em Direito da Investigação Criminal e da Prova, na Faculdade de Direito de Lisboa, em Abril de 2010. Disponível na internet: http://carlospintodeabreu.com/public/files/A_tutela_da_liberdade_sexual_Ines_Ferreira_Leite.pdf

MANITA, CELIA

- Violência Doméstica: compreender para intervir – guia de boas práticas para profissionais de instituições de apoio a vítimas, colecção violência de género, comissão para a cidadania e igualdade de género, presidência do Conselho de Ministros, Lisboa, 2009. Disponível para download em: [https://www.researchgate.net/publication/279920584_Violencia_Domestica_Comprender_para_Intervir -
_guia_de_boas_praticas_para_profissionais_de_instituicoes_de_apoio_a_vitimas](https://www.researchgate.net/publication/279920584_Violencia_Domestica_Comprender_para_Intervir_-_guia_de_boas_praticas_para_profissionais_de_instituicoes_de_apoio_a_vitimas)

MATOS, RICARDO BRAGANÇA DE

- Dos maus tratos a cônjuge à violência doméstica: um passo à frente na tutela da vítima?. Revista do Ministério Público, Lisboa: Editorial Minerva –SMMP N.º 107, 2006.

MENDES, PAULO DE SOUSA

- Lições de Direito Processual Penal, Coimbra: Almedina, 2014.

MERLO, GUILLERMO D.

- Aparente Concurrencia de Tipos Penales, Teoría del Delito II. Disponível em: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/04/doctrina38529.pdf>

MESQUITA, PAULO DÁ

- O concurso de penas: estudo sobre o conceito de concurso de penas e os pressupostos e requisitos para a realização do cúmulo jurídico de penas no código penal português, Coimbra, Coimbra Editora, 1997.

MONTEIRO, CRISTINA LÍBANO

- Do concurso de crimes ao “concurso de ilícitos” em direito penal, Almedina, 2015.

MOURA, JOSÉ SOUTO

- A jurisprudência do STJ sobre fundamentação e critérios da escolha e medida da pena *in* Revista do CEJ, 1.º Semestre 2010, n.º 13.

MOURAZ, JOSÉ LOPES/ GUERREIRO, TIAGO CAIADO

- Crimes Sexuais – Análise Substantiva e Processual”, 1ª Edição, Coimbra Editora, Dezembro 2015.

MOUTINHO, JOSÉ LOBO

- Da Unidade à Pluralidade de Crimes no Direito Penal Português, Lisboa: Universidade Católica, 2005.

NEVES, ANTÓNIO CASTANHEIRA

- Metodologia, Coimbra, 1993.

NEVES, JOSÉ FRANCISCO MOREIRA DAS

- Violência Doméstica – bem jurídico e boas práticas, Verbo Jurídico, 2009.
- Violência doméstica- um problema sem fronteiras, Verbo Jurídico, 2000. Disponível na internet: <http://www.verbojuridico.net/doutrina/familia/violenciadomestica.html>

NICÁS, NURIA CASTELLÓ

- Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido , In: Estudios penales sobre violencia domestica, Madrid: Edersa, 2002.

NUNES, CARLOS CASIMIRO/MOTA, MARIA RAQUEL

- O Crime de Violência Doméstica: a al. B) do art. 152.º do Código Penal, Revista do Ministério Público, Lisboa: Editorial Minerva, n.º 122, Abril-Junho 2010.

OMS

- Organização Mundial de Saúde (2002). “Relatório Mundial sobre Violência e Saúde”,

PAIVA, C. & FIGUEIREDO, B.

- Abuso no contexto do relacionamento íntimo com o companheiro: definição, prevalência, causas e efeitos. Psicologia, Saúde & Doenças.

PAIS, ANA,

- A determinação da pena do concurso de crimes no direito penal internacional, *in* Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra Editora, ano 23, n.º 1, Janeiro-março 2013.

PALMA, MARIA FERNANDA

- Conceito material de crime, direitos fundamentais e reforma penal, Anatomia do Crime n.º 0, Coimbra: Almedina, 2014.

PÉREZ, MARIANO ALONSO

- Dialectica entre fidelidade matrimonial y libertad sexual: el delito de violacion entre esposos separados y el llamado “debito conyugal”, *in* Estudios de Derecho Civil en homenaje al professor Dr. José Luís Lacruz Berdejo, volumen primero, José Maria Bosch Editor, Barcelona, 1992.

PINA, ANA FOLHADELA FIGUEIREDO

- O carácter discriminatório da exigência de outras formas de violência para além da actuação com o dissentimento da vítima para efeitos de preenchimento do crime de violação, Vencedor da 2ª Edição do Prémio Teresa Rosmaninho Direitos Humanos, Direitos das Mulheres/2014. Disponível em: https://www.apmj.pt/images/PDF/estudos_premiados_2013/O_CARACTER_DISCRIMINATORIO....pdf

PINHEIRO, JORGE ALBERTO CARAS ALTAS DUARTE

- O núcleo intangível da comunhão conjugal: os deveres conjugais sexuais, Coimbra, Almedina, 2004.

SANTOS, ALBERTO MARQUES DOS

- Concurso aparente de tipos, *in* Revista Judiciária do Paraná, Curitiba: JM Livraria Jurídica, vol. 1. (jan/2006). Disponível em <http://www.albertosantos.org/Concurso.pdf>

SANTOS, MANUEL SIMAS

- As penas no caso do concurso de crimes, *in* Revista do CEJ, 1.º Semestre 2010, n.º 13.

SILVA, FERNANDO

- Direito Penal Especial: Os Crimes contra as Pessoas, 2.ª ed., Quid Juris, 2008.

SILVA, GERMANO MARQUES DA

- Direito Penal Português, Parte Geral: introdução e teoria da lei penal, Lisboa:Verbo, 1997.

- Direito Processual Penal Português, vol. I, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013.

SOTTOMAYOR, MARIA CLARA

- O conceito legal de violação: um contributo para a doutrina penalista, A propósito do acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de Abril de 2011, in Revista do Ministério Público, 128: Outubro: Dezembro 2011.

- A convenção de Istambul e o novo paradigma da violência de género, Ex aequo [online]. 2015.

STRATENWERTH, GUNTER

- Derecho Penal, parte general, I. El hecho punible. Traducción: Manuel Cancio Meliá e de Marcelo A. Sancinetti. Navarra: Aranzadi, 2005.

JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

AC. De 27 de fevereiro de 2008, processo n.º 1702/2008-3. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/375cbdc3fd137b0680257439004a4fab?OpenDocument>

AC. De 02 de março de 2011, processo n.º 938/08.7PCCSS.L1-3. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/1609716487d0752e8025785500602f0c?OpenDocument>

AC. De 02 de fevereiro de 2013, processo n.º 32/10.0PLLRS.L1-5. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/f090141c8a265de680257be200375649?OpenDocument&Highlight=0,viola%C3%A7%C3%A3o,sexual,viol%C3%Aancia,consentimento>

AC. De 17 de abril de 2013, processo n.º 790709.5GDALM.L1-3. Disponível em: www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/5f5455b9a5a93ce680257b7a0035f779?OpenDocument&Highlight=0,viol%C3%Aancia,dom%C3%A9stica,crime,de,viola%C3%A7%C3%A3o

AC. De 23 de abril de 2015, processo n.º 469/13.3PBAMD.L1-9. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/cb48bc0d103b90e380257e300032db35?OpenDocument>

AC. De 13 de dezembro de 2016, processo n.º 1152/15.0pbamd-5. Disponível em: www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/01b0b7eb4690d8b2802580c8004d3d5b?OpenDocument

AC. De 07 de fevereiro de 2017, processo n.º 1816/14.6PFLRS.L1-5. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/bca97270f562a9dd802580cf003385c2?OpenDocument>

AC. De 01 de junho de 2017, processo n.º 3/16.0PAPAT.L1-9. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/533100ea5a275ebf802581360060bd7b?OpenDocument>

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO

AC. De 13 de abril de 2011, processo n.º 476/09.0PBBGC.P1. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/1c550c3ad22da86d80257886004fd6b4?OpenDocument&Highlight=0,476%2F09.0PBBGC.P1,viol%C3%Aancia%20>

AC. 19 de Setembro de 2012, processo n.º 2049/11.9PAVNG.P1, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/7c8017cb71c3d70a80257a9100325239?OpenDocument&Highlight=0,processo.n.%C2%BA,2049%2F11.9PAVNG.P1>

AC. 06 de fevereiro de 2013, processo n.º 2167/10.0PAVNG.P1. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/3868899b1b7f1e3380257b19004b479b?OpenDocument>

A violência sexual nas relações de intimidade: Do concurso entre o crime de violência doméstica e o crime de violação.

AC. 10 de julho de 2013, processo n.º 413/11.2GBAMT.P1. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/d5736e797d7d974b80257bad0046b66e?OpenDocument>

AC. De 27 de novembro de 2013, processo n.º 98/09.6TAPNF.P1. Disponível em: www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/9cbcae1cc0e5715080257c3f003ffad9?OpenDocument&Highlight=0,viol%C3%Aancia,dom%C3%A9stica,viola%C3%A7%C3%A3o

AC. De 11 de junho de 2014, processo n.º 286/12.8PBMTS.P1. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/a424b3ff167707b680257d02004cd029?OpenDocument>

AC. De 24 de Setembro de 2014, processo n.º 1686/12.9JAPRT.P1. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/435dca4a6ea099b880257d6b0049c2c4?OpenDocument>

AC. De 11 de março de 2015, processo n.º 91/14.7PCMTS.P1. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/8ddb50da783d08ac80257e15005345be?OpenDocument&Highlight=0,viol%C3%Aancia,dom%C3%A9stica>

AC. De 14 de junho de 2017, processo n.º 16/16.5AAGD.P1. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/a84ac90b77fed32280258156005803bf?OpenDocument>

AC. De 27 de Setembro de 2017, processo n.º 1342/16.9JAPTRT. Disponível em: www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/48e360f80a895461802581bd0055a0d9?OpenDocument

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA

AC. De 26 de novembro de 2008, processo n.º 128/05.0jaavr.c1. Disponível em: www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/2a3385c2002c3a9c8025752100546b7e?OpenDocument&Highlight=0,viol%C3%Aancia,dom%C3%A9stica,viola%C3%A7%C3%A3o

AC. De 28 de abril de 2010, processo n.º 13/07.1GACTB.C1. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/8e319f1ea693d61f8025772a0039dbb1?OpenDocument&Highlight=0,13%2F07.1GACTB.C1>

AC. De de 22 de Setembro de 2010, processo n.º 179/09.6TAMLD.C1. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/28869f2198f16db1802577ba0048fa3f?OpenDocument&Highlight=0,256%2F05.2GCAVR.C1>

AC. De 17 de novembro de 2010, processo n.º 638/09.0 PBFIG.C1. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/73fbe5ea419b9f71802577f1005497a7?OpenDocument&Highlight=0,638%2F09.0.PBFIG.C1>

AC. De 29 de janeiro de 2014, Processo n.º 1290/12.1PB AVR.C1. disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/091165902546f4ad80257c74003e6dee?OpenDocument>

AC. De 25 de junho de 2014, processo n.º 238/13.0JACBR.C1. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/ab383cd3bd b9906880257d070048d2ec?OpenDocument&Highlight=0,238%2F13.0JACBR.C1>

AC. De 17 de dezembro de 2014, processo n.º 465/11.5TALRA.C1. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/57d7cb15c6de083680257db6004091d4?OpenDocument&Highlight=0,465%2F11.5TALRA.C1, CONSENTIMENTO>

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE ÉVORA

AC. De 08 de janeiro de 2013, processo n.º 113/10.0TAVVC.E1. disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/e7ca2a9a920a8a3580257de10056fa58?OpenDocument>

AC. De 01 de outubro de 2013, processo n.º 258/11.0GAOLH.E1. Disponível em: www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/9a5c366156f07be680257de10056fc6b?OpenDocument&Highlight=0,viol%C3%Aancia,dom%C3%A9stica,viola%C3%A7%C3%A3o

AC. De 30 de junho de 2015, processo n.º 1340/14.7TAPTM.E1. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/163947adc3347c3580257e7d0030ffef?OpenDocument>

AC. De 12 de julho de 2016, processo n.º 999/15.2PBEVR-A.E1. Disponível em: www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/808b8e17f862a81880258017003d09cf?OpenDocument&Highlight=0,viol%C3%Aancia,dom%C3%A9stica,viola%C3%A7%C3%A3o

AC. De 15 de novembro de 2016, processo n.º 52/15.9 PEEVRE1. Disponível em: www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/4598d320e9301a418025808a004404f6?OpenDocument&Highlight=0,viol%C3%Aancia,dom%C3%A9stica,viola%C3%A7%C3%A3o

AC. De 18 de abril de 2017, processo n.º 817/15.1T9STR.E1. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/1e7643d126124f4c802581220038d9f7?OpenDocument>

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AC. De 30.10.2003, processo n.º 03P3252. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a819f3ee5cc76a6480256df8002ca408?OpenDocument>

A violência sexual nas relações de intimidade: Do concurso entre o crime de violência doméstica e o crime de violação.

AC. De 06 de abril de 2006, processo n.º 06P1167. Disponível em :
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ee697c2f3db29a4280257148005f5638?OpenDocument>

AC. De 02 de julho de 2008, processo n.º 07P3861. Disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/99a7b561df2ec602802574970030add9?OpenDocument>

AC. De 29 de outubro de 2008, processo n.º 08P2874. Disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/384c8ecdc3fb6b0f802574fe00371e9f?OpenDocument>

AC. De 05 de novembro de 2008, processo n.º 08P2504. Disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a122b7eeb94d53e180257514004394ad?OpenDocument>

AC. De 02.07.2008, processo n.º 07P3861. Disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/99a7b561df2ec602802574970030add9?OpenDocument>

AC. De 12.03.2009, processo n.º 09P0236. Disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f4d9a96313f50be08025759a003e0842?OpenDocument>

AC. De 12 de maio de 2011, processo n.º 14125/08.0TDPRT.P1.S1. Disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/cc8a67fd96ac42fc802578c30031589e?OpenDocument>

AC. De 05 de junho de 2012, processo n.º 1276/10.0PAESP.P1.S1. Disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/46d9422abaf eab5d80257a8b0037949f?OpenDocument>

A violência sexual nas relações de intimidade: Do concurso entre o crime de violência doméstica e o crime de violação.