

O crime de violência doméstica: notas sobre a prática judiciária¹

Esquema de desenvolvimento: 1. Apresentação do tema; 2. O Ministério Público no processo; 3. O problema da unidade e pluralidade da infracção; 4. O crime de violência doméstica; 5. Apresentação da situação-problema; 6. O concurso de infracções na violência doméstica; 7. Exemplificação prática do problema do concurso; 8. Conclusão.

1. Apresentação do tema

Pediram-me que falasse do crime de violência doméstica na óptica do direito substantivo.

Considerando o tempo disponível, falar de tudo equivaleria a não falar de nada.

Optei, por isso, por me centrar numa questão de natureza substantiva que penso exigir reflexão, desde logo do lado do “acusador”, nesta fase de “vida” da violência doméstica na prática judiciária.

Trata-se de uma incriminação relativamente jovem, mas com um tempo de experimentação suficiente para a problematização que coloco.

A minha intervenção desenvolver-se-á na dialéctica direito penal / direito processual penal.

Sem pretender apresentar soluções acabadas, enuncio a questão como situação-problema que deixo à reflexão do Ministério Público.

Processualmente, concentrar-me-ei na acusação.

Em todos os momentos estarei a falar de crime de violência doméstica.

2. O Ministério Público no processo

A queixa ou participação criminal que permite o início do processo abre uma linha de investigação da exclusiva responsabilidade do Ministério Público.

No processo acusatório, o *dominus* do inquérito apresenta-se quase soberano na decisão de “acusar” ou “arquivar” já que o controlo judicial desta decisão é, na prática, muito mais limitado do que parece resultar do direito escrito.

¹ O presente texto corresponde, sem alterações, à conferência de encerramento efectuada no colóquio “Crime de Violência Doméstica: Percursos Investigatórios”, que teve lugar na Procuradoria-Geral da República a 1 de Dezembro de 2014.

A recolha e apreciação dos indícios, a percepção e compreensão da história de vida a tratar juridicamente, a definição e delimitação do objecto do processo (nas suas vertentes de “objecto de facto” e de “objecto de direito”) são da responsabilidade do Ministério Público.

A acusação, que fixa o objecto do processo, surge então como proposta de condenação que o Ministério Público apresenta ao juiz de julgamento e que confina a margem de actuação do deste.

Acusar é optar. Optar entre arquivar ou acusar, mas também entre articular determinados factos e não outros, acusar por determinado crime em detrimento de outro(s).

Definir o objecto do processo correctamente é uma das primeiras exigências do Ministério Público penal, que age ciente de que a fase do julgamento já não poderá transformar-se numa fase de investigação complementar ou disfarçada, ou de composição de uma acusação mais deficiente, e as “opções de facto” tomadas na acusação são definitivas e praticamente irreversíveis. Pense-se na imutabilidade do objecto do processo definido na acusação, no problema das alterações de factos e no que realmente mudou para o Ministério Público em 2007, com a redacção então dada ao art. 359º do CPP².

Definir o objecto do processo implica conhecer e compreender o episódio de vida que se investiga, a realidade que se avalia, descrevê-lo esgotantemente, e reconhecer o direito do caso, ou seja, os tipos de crime a imputar na acusação como tipos correspondentes aos factos que se articulam.

Tudo isto se apresenta como evidente, mas a preocupação em “encurtar” ou “completar” um “relato originário até a situação de facto conter só os elementos do acontecimento real, mas também todos eles, que têm relevância para a apreciação jurídica”³ assume contornos muito elevados na área da criminalidade a que me refiro hoje.

A relação entre facto e norma, o “insolúvel círculo lógico” de que fala Castanheira Neves, obriga sempre a uma correcta pré-compreensão dos tipos de crime convocáveis, já que uma pré-compreensão deficiente do direito do caso condiciona a definição da factualidade e compromete o desfecho justo do processo.

As dificuldades adensam-se quando pensamos num tipo de crime “jovem”, que convive com tantos outros tipos de crime que denominarei de “satélites”, que tem

² Pela Lei nº 48/2007, de 28 de Agosto.

³ Larenz, Metodologia da Ciência do Direito, 1969, p. 286.

subjacente histórias de vida que não se esgotam em actos precisos e cirúrgicos, e em que também “a privacidade e a intimidade surgem como inimigos do conhecimento (...) do fenómeno”⁴.

A situação de vida a tratar juridicamente acaba por se apresentar de contornos pouco definidos, difíceis de concretizar e de situar no tempo, o que, para além de dificuldades ao nível da subsunção no tipo de crime, pode suscitar problemas de acusatório e de garantia dos direitos do arguido.

Acusar bem significa, pois, conhecer a norma e os factos que interessam ao tipo.

Mas no plano da factualidade relevam tanto os factos que realizam o crime, como aqueles que interessam para a decisão sobre a unidade ou a pluralidade da infracção.

Também no plano da qualificação jurídica importa delimitar as fronteiras do tipo, no relacionamento da violência doméstica com os crimes congéneres, bem como distinguir e quantificar o número de crimes efectivamente cometidos.

A fundamentação da acusação quanto à imputação do número de crimes efectivamente cometidos – e refiro-me a todas as hipóteses previstas no art. 30º do Código Penal – faz-se através da articulação de factos ou, mais rigorosamente, de “enunciados linguísticos descritivos de acções”⁵.

A acusação, como proposta de condenação, tem de especificar também os factos dos quais se retire o número de vezes em que o tipo é preenchido pela conduta do agente.

3. O problema da unidade e pluralidade da infracção

À unidade ou pluralidade de crimes chamou Eduardo Correia “um dos mais torturantes problemas de toda a ciência do direito criminal”⁶.

Nomeando apenas a doutrina nacional mais visível, Eduardo Correia e Figueiredo Dias, desenvolveram um trabalho de concretização conceptual importante. Mas autores mais recentes, como Lobo Moutinho, Duarte de Almeida, João da Costa Andrade, entre outros, atestam a actualidade dum debate não encerrado⁷.

⁴ Lamas Leite, A violência relacional íntima, Revista Julgar nº 12, Set-Dez. 2010, pp 23-66.

⁵ Perfecto Ibañez, Sobre a Formação Racional da Convicção Judicial, Rev. Julgar nº 13, pp. 155-173

⁶ Eduardo Correia, “Unidade e Pluralidade de Infracções”, in Eduardo Correia, A Teoria do Concurso em Direito Criminal (reimpr.), Coimbra: Almedina, 1963 (pp. 7-291).

⁷ José Lobo Moutinho, Da Unidade à Pluralidade dos Crimes no Direito Penal Português, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2005; Duarte D’Almeida O “Concurso de Normas” em Direito Penal, Coimbra: Almedina, 2004;

João da Costa Andrade, Da Unidade e Pluralidade de Crimes. Doutrina Geral e Crimes Tributários, Coimbra: Wolters Kluwer Portugal/ Coimbra Editora, 2010.

O crime de violência doméstica suscita problemas de concurso heterogéneo. Assim sucede desde logo porque a conduta típica é, em grande parte, susceptível de integrar simultaneamente outros tipos de crime.

O concurso heterogéneo na violência doméstica encontra-se tratado na doutrina, por exemplo por Taipa de Carvalho⁸, André Lamas Leite⁹ e Nuno Brandão¹⁰.

No Comentário Conimbricense, no entanto, Taipa de Carvalho não aborda o concurso homogéneo na violência doméstica. E, noutros locais, também não encontrei tratamento doutrinário específico.

Mas, se estou a ver bem, a problematização do concurso homogéneo deve colocar-se na violência doméstica. E é esta a situação-problema que pretendo levantar e que creio estar a ser indevidamente desconsiderada na prática judiciária.

Desconsideração que tem conduzido ao efeito perverso de transformar um tipo protector ou especialmente protector da vítima, num tipo que, na aplicação que dele fazemos, acaba por beneficiar o infractor.

É a identificação do que vejo como uma perversão prática que vai ajudar a compreender também as fronteiras do tipo e a perceber como se relaciona este, não só com as infracções-satélite, como consigo próprio.

A violência doméstica coloca problemas sensíveis de concurso e, sendo assim, o Ministério Público tem de identificá-los, para poder alcançar a boa acusação e viabilizar a sentença justa. O que pressupõe, como disse, a compreensão do episódio de vida em apreciação, a selecção dos factos que interessam aos tipos objectivo e subjectivo do crime, bem como a identificação e a quantificação dos tipos incriminadores.

Como critério geral orientador na decisão sobre o concurso de crimes, tenho seguido a proposta de Figueiredo Dias, desenvolvida no seu Direito Penal¹¹, a qual não rejeita, antes completa, a construção de Eduardo Correia, que assentava na pluralidade de resoluções (ou de determinações da vontade) pelas quais o agente actuou, e que conhecemos como “critério da unidade ou pluralidade da intenção criminosa”. Figueiredo Dias enuncia o critério da unidade ou pluralidade de sentidos sociais de ilicitude do comportamento global.

⁸ Taipa de Carvalho, Comentário Conimbricense ao Código Penal, Org. Figueiredo Dias, Parte Especial, Tomo I, 2012, anot. ao art. 152º.

⁹ Lamas Leite, loc. cit..

¹⁰ Nuno Brandão, A tutela especial reforçada da violência doméstica, Revista Julgar nº 12, Set-Dez 2010, pp 9-24.

¹¹ Jorge de Figueiredo Dias, Direito Penal: Parte Geral I. Questões Fundamentais: a Doutrina Geral do Crime, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 977 e ss.

Muito resumidamente e para quem tenha menos presente, considera Figueiredo Dias que, sendo o crime o facto punível, ele traduz-se numa violação de bens jurídico-penais que preenche um determinado tipo legal.

O núcleo dessa violação não é o mero actuar do agente, nem o tipo legal que o integra, mas o ilícito-típico: o que está em causa é, assim, determinar a unidade ou pluralidade de sentidos de ilicitude típica em que o significado do comportamento global do agente se traduz – e é essa determinação que decide da unidade ou pluralidade de crimes. Ocorrem situações em que vários tipos penais são aplicáveis – concurso heterogéneo – ou o mesmo tipo é várias vezes preenchido pelo comportamento do agente – concurso homogéneo.

Podem distinguir-se os casos (mais “normais”) em que à pluralidade de tipos violados corresponde uma outra pluralidade de sentidos sociais de ilicitude típica (concurso efectivo ou próprio) daqueles em que, apesar de serem vários os tipos preenchidos, retira-se do comportamento global do agente um sentido de ilicitude dominante – ou, nos casos de concurso homogéneo (em que o mesmo tipo é preenchido várias vezes) um único sentido de ilicitude (concurso aparente ou impróprio).

Este pensamento, ao privilegiar o significado do comportamento global no apuramento do(s) sentido(s) material(is) de ilicitude, é teleologicamente orientado a uma valoração normativa “a partir da consequência”.

Assim, o preenchimento, em concreto, de vários tipos legais pelo comportamento do agente não implicará necessariamente o concurso efectivo, pois pode concluir-se pela existência de um sentido de ilicitude dominante.

Mas também o preenchimento de um único tipo legal não se traduzirá automaticamente na unidade do facto punível, podendo dar-se o caso de o comportamento do agente revelar uma pluralidade de sentidos de ilicitude.

De tudo isto ressalta a essencialidade do papel do julgador, na “apreensão do conteúdo de ilicitude material do facto”. Não poderá nunca o julgador bastar-se com um mero trabalho sobre normas.

Na prossecução desta sua tarefa, o decisor deve recorrer a subcritérios orientadores, como o da unidade do desígnio criminoso do agente, o da unidade de sentido do comportamento ilícito global, o da relação ilícito-meio/ ilícito-fim, o da conexão situacional espaço-temporal, o dos diferentes estádios de realização da actuação global.

Serão sempre as *particularidades do caso concreto* que decidirão da premência de uns em detrimento de outros, podendo acontecer que dois ou mais critérios convirjam para o mesmo resultado. Eles funcionam, então, como indicadores seguros da unidade ou da pluralidade de sentidos sociais de ilicitude do comportamento global.

Assim, a questão do número de crimes efectivamente cometidos só se resolve no caso concreto. E se cada caso é, por natureza, único e irrepetível, determinado grupo de casos não deixa de convocar determinado tipo de problemas, substantivos e processuais, que se repetem. E assim sucede também nos processos que tratam de crime de violência doméstica.

4. O crime de violência doméstica

O art. 152º, nº 1¹² pune quem, de modo reiterado ou não, infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais ao cônjuge ou ex-cônjuge, a pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou um relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação, a progenitor de descendente comum em primeiro grau, a pessoa particularmente indefesa, em razão da idade, deficiência, doença, gravidez ou dependência económica, que com ele coabite.

Identifica-se no tipo uma especial relação entre agente e ofendido, relação que “é sempre de proximidade, se não física, ao menos existencial, ou seja, de partilha (actual ou anterior) de afectos e de confiança em um comportamento não apenas de respeito e abstenção de lesão da esfera jurídica da vítima, mas de atitude pro-activa, porquanto em várias hipóteses do art. 152º são divisíveis deveres legais de garante”¹³. Essa especial relação – actual ou passada – fundamenta a ilicitude e justifica a punição do agente.

A criminalização autónoma dos “maus-tratos” surgiu na lei portuguesa com o Código Penal de 1982. A reforma de 2007 autonomiza então a violência doméstica dos outros maus-tratos e da violação de regras de segurança. Adita ainda os actos designados como castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais, bem como dispensa explicitamente a “reiteração” como elemento típico¹⁴ na sequência do que vinham sendo as decisões jurisprudenciais anteriores.

¹² Todas as normas citadas sem referência expressa são do Código Penal.

¹³ Lamas Leite, loc. cit..

¹⁴ Teresa Beleza, “Violência Doméstica”, Revista do CEJ, nº 8 (especial), 2008.

Taipa de Carvalho lembra que “a necessidade prática da criminalização (...) resultou de um duplo factor: por um lado, o facto de muitos destes comportamentos não configurarem em si” outros crimes, “por outro lado, a criminalização destas condutas, com a consequente responsabilização penal dos agentes, resultou da consciencialização ético-social dos tempos recentes sobre a gravidade individual e social destes comportamentos.”¹⁵

O presidente da Unidade de Missão encarregue da reforma de 2007 ao Código Penal, em conferência proferida ao tempo no Centro de Estudos Judiciários, explicava que com a dispensa do elemento reiteração não se pretendia transformar qualquer ofensa e ameaça – crimes de natureza semipública – em crime de maus tratos com moldura penal reforçada e natureza pública, apenas pelo facto de ocorrerem no âmbito de uma relação afectiva¹⁶.

Mantinha-se, pois, a situação que vigorava até 2007, mas agora com a clarificação introduzida normativamente de que a reiteração não seria exigida desde que a conduta maltratante revestisse uma intensidade especial. O tipo não especifica este elemento “intensidade”, mas a interpretação consolidou-se na jurisprudência e conta com o apoio da doutrina.

Por fim, a reforma de 2013 estendeu a protecção à relação de namoro.

Assim, o tipo abrange as situações de violência familiar ou para-familiar reveladoras de um abuso de poder nas relações afectivas, comportamento degradante da integridade pessoal da vítima. Tutela a integridade da pessoa em determinada relação, protecção que perdura nas situações de ruptura do casamento ou da relação análoga, e retroage mesmo à relação de namoro.

A ratio do tipo não reside, pois, na protecção da família, da comunidade familiar ou conjugal, mas na protecção da pessoa individual na família, da pessoa que integra a comunidade familiar ou conjugal, na tutela da integridade humana.

Taipa de Carvalho identifica a protecção da “saúde” como bem jurídico complexo, abrangendo a saúde física, psíquica, mental e moral, orientada para o desenvolvimento harmonioso da personalidade. (assim se aproximando da posição de Lamas Leite)¹⁷

¹⁵ Taipa de Carvalho, Loc. cit..

¹⁶ A referência encontra-se em Plácido Rodrigues, “Violência Doméstica – Novo quadro penal e processual penal”, Revista do CEJ, nº 8 (especial), 2008.

¹⁷ Taipa de Carvalho, loc. cit..

Também Nuno Brandão aponta a saúde como o bem jurídico protegido, constituindo “objecto de tutela a integridade das funções corporais da pessoa, nas suas dimensões física e psíquica”¹⁸.

Quanto ao conceito de maus-tratos e à identificação de comportamentos susceptíveis de o enquadrar esclarece que “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”, sendo ainda necessária a avaliação da “situação ambiente” e da imagem global do facto para se decidir do preenchimento do tipo.

Lamas Leite menciona que “será difícil apontar um tipo legal em cuja base se encontre um bem jurídico tão multímido como o da violência doméstica.” E entende que “uma boa parte do trabalho da doutrina e da jurisprudência deve concentrar-se na busca de um bem jurídico suficientemente amplo e operativo”¹⁹.

Ainda segundo ele, “o fundamento último das acções e omissões abrangidas pelo tipo reconduz-se ao asseguramento das condições de livre desenvolvimento da personalidade de um indivíduo no âmbito de uma relação interpessoal próxima, de tipo familiar ou análogo”.

O bem jurídico assim identificado, ainda segundo Lamas Leite, é uma “concretização do direito fundamental da integridade pessoal (art. 25º CRP), do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 26º CRP), ambos emanações directas do princípio da dignidade da pessoa humana”. Trata-se da protecção da dignidade de quem vive (ou viveu) em relação íntima com outrem. A abrangência do tipo “permite recobrir a integridade física e psíquica, a liberdade, a autodeterminação sexual, entre outros”. Em suma, o livre desenvolvimento da personalidade humana no âmbito de “uma relação interpessoal dominada por vínculos familiares ou análogos (conjugalidade ou hipóteses análogas, coabitação).

Abrangidos pelo tipo penal violência doméstica estão também os casos de “micro violência continuada”, que Nuno Brandão refere como caracterizando-se pela “opressão ... exercida e assegurada normalmente através de repetidos actos de violência psíquica que apesar do sua baixa intensidade quando considerados avulsamente são adequados a causar graves transtornos na personalidade da vítima quando se transformam num padrão de comportamento no âmbito da relação”.

¹⁸ Nuno Brandão, loc. cit..

¹⁹ Lamas Leite, loc.cit..

Para Nuno Brandão “o fundamento último das acções e omissões abrangidas pelo tipo reconduz-se ao asseguramento das condições de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo no âmbito de uma relação interpessoal próximo, do tipo familiar ou análogo.” Exemplifica como agressões que entram na esfera dos maus-tratos físicos, e que podem ser excluídas das ofensas corporais, “empurrões, arrastões, puxões e apertões de braços ou puxões de cabelos”. E como exemplos de maus tratos psíquicos “os insultos, as críticas e comentários destrutivos, achincalhantes ou vexatórios, a sujeição a situações de humilhação, certas ameaças, as privações 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”.

Em suma, podem distinguir-se comportamentos que não assumem relevância típica à luz de outros tipos de crime e comportamentos que podem logo assumi-la; há condutas que isoladamente, pela sua gravidade e intensidade, preenchem logo o crime de violência doméstica e condutas que o realizam atenta já a frequência e a reiteração, tudo dependendo dos específicos contornos do caso.

O legislador penal pretendeu proteger a pessoa individual num determinado contexto. E é inquestionável que com o novo tipo de crime visou aumentar o nível de protecção penal de determinada vítima contra determinado agente com quem se encontra em determinada relação.

A função do preceito incriminador 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.”

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. 152º – 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”²⁰.

5. A apresentação da situação-problema

Aumentar a tutela penal significa que da operância prática do novo tipo não poderá resultar um benefício para o agente infractor. Ou seja, o tratamento jurídico da situação de vida a regularizar no processo não pode levar a uma menor punição do agente por via do enquadramento do comportamento deste no tipo de crime, que se pretende mais protector, de violência doméstica.

Ora, se estou a ver bem o problema, a prática judiciária tem conduzido, em muitos casos, ao resultado inverso. O novo crime convive com o efeito perverso de beneficiar afinal o infractor, frustrando a sua *ratio* de aumento de protecção da vítima, de estabelecimento de um patamar mínimo punitivo e de tutela reforçada do bem jurídico.

E assim sucede porque a opção do acusador tem sido a de imputar invariavelmente ao agente infractor um único crime de violência doméstica, independentemente dos contornos e da extensão dos concretos episódios de violência em apreciação. O que compromete “na origem” a viabilidade de uma apreciação do número de crimes efectivamente cometidos pelo agente, em julgamento

A violência doméstica transformou-se, perdoem-me a expressão, num caldeirão onde quase tudo cabe, desde que as coisas, afinal, se contenham dentro de uma determinada relação supostamente afectiva, presente ou passada.

São muitas as acusações descritivas de episódios de violência que decorrem ao longo de anos, de inúmeras acções susceptíveis de enquadrar ofensas à integridade física, sequestros, coacções, ameaças, injúrias, de inúmeras condutas imputadas a um agente, como tendo sido praticadas, por inúmeras vezes, na pessoa da mesma vítima.

Nestas acusações, o Ministério Público imputa ao arguido, invariavelmente, a autoria de um único crime de violência doméstica.

Crime que, a não existir afinal no nosso ordenamento penal, daria em alternativa lugar à imputação de dezenas dos crimes-satélite”, tais como os de ofensas simples (artigo 143º, nº 1), de injúria (artigo 181º), de ameaça (artigo 153º), de coacção (artigo 154º), de sequestro simples (artigo 158º, nº 1), de devassa da vida privada (artigo 192º, nº 1. al. b)), de gravações e fotografias ilícitas (artigo 199º, nº 2, al b)) e, seguramente, a uma maior

²⁰ Lamas Leite, loc. cit., p. 51.

punição. Crime que se encontrariam entre si numa relação de concurso efectivo, mas que, no quadro normativo actual, se encontram numa relação de concurso meramente aparente com a violência doméstica.

O infractor sai claramente beneficiado, mesmo considerando que a “comparação” entre o nível de tutela das normas incriminadoras não se esgota no confronto das molduras abstractas, já que o crime de violência doméstica se insere num quadro legal de protecção mais abrangente que abrange as penas acessórias, a natureza pública do crime, o regime da detenção, as medidas de coacção, o estatuto da vítima.

Para apreender o tipo de crime na sua exacta dimensão, interessa perceber como este relaciona com os outros tipos. Mas também como se relaciona consigo próprio. E a problematização do concurso homogéneo tem sido aqui a grande ausente.

6. O concurso de infracções na violência doméstica

O tipo concorre quase sempre com outras normas incriminadoras, como disse já – a violência doméstica está numa situação de concurso aparente de normas com os crimes que tenho apelidado, para facilitação da exposição e sem preocupação de rigor, de crimes-satélite. O comportamento imputado ao agente pode ser susceptível de integrar todos ou alguns destes crimes.

Por outro lado, a situação de vida a tratar juridicamente compreende, em regra, a prática de inúmeros actos que se desenrolam ao longo de um período de tempo normalmente extenso.

Esta dimensão do período temporal em que se desenrola a actividade criminosa não surpreende, pois trata-se de uma realidade de vida que, muitas vezes, se dá a conhecer numa fase tardia do desenrolar da violência.

Sucedem também, frequentemente, que uma “micro violência continuada” progride para episódios de maior violência que, por opção da vítima ou de alguém próximo dela, só na sequência de um episódio derradeiro são judicialmente participados.

Daí que a situação de vida a descrever na acusação – que pede uma avaliação na globalidade, mas não se deve ficar por essa visão global, como procurarei demonstrar – abranja muitos maus-tratos físicos e/ou psíquicos, que se desenrolam ao longo de um período de tempo mais ou menos extenso, e que, por vezes, chega a cobrir décadas.

A norma incriminadora prevê a reiteração, mas não se trata de um crime duradouro ou permanente, já que aquele elemento não é uma exigência do tipo, como disse.

A subsunção da conduta à norma penal que se pretende imputar ao agente pressupõe também uma decisão sobre o número de crimes efectivamente cometidos, como disse.

A qual, por seu turno, exige a consideração prévia dos vários tipos de crime que os factos provados são susceptíveis de preencher. Já que “a questão de aplicabilidade normativa externa é necessariamente pré-subsuntiva”²¹. Há, pois, que começar por precisar quais os tipos de crime que se apresentam como “externamente” aplicáveis, curando-se depois, da sua eventual aplicabilidade interna (utilizando a nomenclatura de Duarte de Almeida), havendo para tanto que os correlacionar entre si.

Estou a referir-me agora ao concurso heterogéneo, a que a jurisprudência tem dado resposta adequada e creio não levantar grande dificuldade. Muitas das condutas abrangidas na violência doméstica encontravam já tutela noutras incriminações. Os tipos em confronto são conhecidos, de interpretação estabilizada, e a aplicabilidade concorrente da violência doméstica resultará então do preenchimento deste tipo novo, à luz da doutrina que referi.

Exemplificando, a conduta do agente que desfere uma bofetada no rosto da vítima, preenche *externamente* o crime de ofensas à integridade física simples. E pode preencher também o de violência doméstica, se agente e vítima se encontrarem em determinada relação *e se* a bofetada, ou revestir uma *especial intensidade*, ou se inserir num *quadro reiterado* de condutas agressivas. Identificada a situação de concurso (aparente heterogéneo), será então o art. 152º a norma aplicável.

Acontece que a decisão sobre o concurso heterogéneo não resolve definitivamente o problema do *número de crimes efectivamente cometidos pelo agente*. O art. 30º nº1 manda atender também ao “número de vezes que o mesmo tipo de crime for preenchido pela conduta do agente”. Há que determinar quantas vezes cada tipo de crime é efectivamente violado (concurso homogéneo).

Na violência doméstica há situações em que não se colocam problemas de concurso heterogéneo, assim sucedendo quando os factos não são susceptíveis de integrar outro crime. Então, não sendo embora, a pluralidade factual, integradora de outros tipos penais, uma vez presente a situação relacional entre agente e vítima e verificada a reiteração do comportamento *ou* a sua especial intensidade, deve entender-se abrangida pela protecção do art. 152º.

²¹ Duarte D’Almeida, loc. cit, p. 128.

Pense-se, por exemplo, numa prática reiterada de um bater de portas, durante a noite, de modo a perturbar o sono da vítima, acordando-a, impedindo-a de dormir, noite após noite. Este comportamento – o bater de portas – quando suceda reiteradamente e no contexto familiar ou de proximidade que o tipo prevê, pode realizar o tipo de violência doméstica. O tipo abrange comportamentos – acções ou omissões – que, fora dele, não integrariam qualquer crime, como sucede com comportamentos isoladamente atípicos como este.

Na lógica da norma-critério de solução do caso, estará pensada (não só, mas também) a pluralidade de acções (“reiterada ou não”) e, em princípio, numa hipótese como a presente, os factos repetidos indiciam um único sentido de ilicitude e um crime único. Mas não necessariamente.

Dissemos que este crime não é um crime duradouro, pois a consumação pode ocorrer com a prática de um único facto. E sabemos que a jurisprudência se consolidou no sentido de se exigir ou que as ofensas assumam uma determinada intensidade (podendo então tratar-se apenas duma, isoladamente) ou, não revestindo essa intensidade, determinada frequência ou reiteração.

Foi este o sentido visado pela Unidade de Missão para a Reforma Penal, como disse, constando expressamente da exposição de motivos “na descrição típica da violência doméstica e dos maus tratos recorre-se *em alternativa*, às ideias de reiteração e intensidade, para se dizer que não é imprescindível uma continuação criminosa”.

Em síntese,

- Há situações em que as condutas isoladamente consideradas seriam atípicas fora da incriminação do art. 152º, mas adquirem relevância típica à luz desta norma;

- Outras ocorrem, em que a acção isolada de pouca grave configura já uma infracção criminal mas não deve ser qualificada como violência doméstica.

- Por último, ocorrem situações em que as condutas isoladamente consideradas já eram típicas, e se vistas isoladamente tipificariam vários (outros) crimes em concurso efectivo, mas a apreciação global dos factos leva ao enquadramento no tipo do art. 152º

Quantas vezes é, então, o tipo preenchido pela conduta (plúrima) do agente?

7. Exemplificação prática do problema do concurso

Imagine-se o caso seguinte:

Arguido e vítima coabitam maritalmente durante 40 anos.

Ao longo dos últimos dez anos o arguido, por diversas vezes e com muita frequência, insulta a ofendida apelida-a de “porca, mal cheirosa, galdéria”, diz-lhe que não sabe cozinhar e que só faz porcarias.

Frequentemente, sai de casa, deixando a ofendida fechada à chave durante muitas horas, “para que não vá ao café”.

À noite, impede-a de ver TV, proíbe-a de se deitar na cama e obriga-a dormir no chão.

Quando se encontra mais alcoolizado, puxa o cabelo da ofendida, dá-lhe palmadas na cabeça, torce-lhe os braços, empurra-a e aperta-lhe o pescoço.

Quando a ofendida chora diz-lhe “chora, chora, que ainda ficas mais velha e feia”.

No dia 25 de Dezembro de 2010, encontrando-se o casal a almoçar com o filho de ambos que viera passar o Natal, o arguido, alcoolizado, começa a insultar e a agredir a ofendida com puxões de cabelo, o que suscita a intervenção do filho que pega na mãe e a retira de casa.

Segue-se, então, a apresentação de uma queixa e o início do processo-crime.

Suponha-se que no inquérito se indiciam suficientemente todos os factos acabados de narrar, os quais se desenrolaram repetidamente ao longo de dez anos, e que foi possível concretizá-los melhor no tempo, particularizando alguns episódios, e tudo isso descrevendo o Ministério Público na acusação.

Não é difícil adivinhar que Ministério Público imputaria ao arguido a prática de um (só) crime de violência doméstica (do art. 152º, nºs 1 e 2, punível com prisão de 2 a 5 anos). Como sabemos, é esta a integração jurídica que factos semelhantes a estes têm merecido, indistintamente e até ao presente, nas acusações.

Alguns dos factos expostos, se considerados isoladamente, não integrariam outro crime – assim sucede, por exemplo, com o dizer “chora, chora, que ainda ficas mais velha e feia” – mas, no conjunto dos restantes, podem tornar-se típicos à luz do art. 152º.

Outros factos realizariam já outros crimes, independentemente da incriminação por violência doméstica – assim sucede com as palmadas na cabeça, o torcer de braços, o apertar do pescoço, que seriam típicos à luz do art. 143º e, então aí, susceptíveis de integrar por várias vezes este tipo (de ofensa à integridade física simples).

Assim sucede, também, com o fechar da vítima em casa durante horas, impedindo-a de sair – que integraria sequestro, também cometido por várias vezes,

quantas as privações de liberdade individualmente concretizadas no tempo e autonomamente consideradas.

E assim sucede com outros factos, subsumíveis a outros tipos, e assim sucede na maioria dos processos julgados em tribunal.

Vemos que o art. 152º confere relevância típica a condutas que, de outro modo, a não a teriam. Mas, simultaneamente, as regras do concurso heterogéneo conduzem à identificação do art. 152º como tipo especial ou consumptor (consoante os casos), como norma concretamente aplicável, e à punição do agente por crime de violência doméstica, afastando a aplicação de todos os outros, assim sucedendo independentemente do número de vezes que os tipos consumidos tenham sido violados pelo agente.

E ao dar-se logo por concluído o processo subsuntivo, sem que se proceda ainda à ponderação do eventual concurso homogéneo, o “patamar mínimo punitivo” acaba por se transmutar, na prática, num patamar máximo punitivo.

Alteremos agora ligeiramente o exemplo.

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?

Prossigamos a problematização, imaginando agora que no almoço de Natal, o arguido, alcoolizado, pega numa arma e mata a vítima.

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.

Imaginemos agora que o agente, durante os dez anos referidos, infligiu maus-tratos, 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 maus-tratos 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*?

Por outro lado, se a violência doméstica, como crime não duradouro, se consuma logo com a prática de um único acto de violência desde que se revista de elevada intensidade (do grau de intensidade que o tipo exigirá para os actos isolados), o que veda a possibilidade de ponderação/valoração de outros actos de violência, praticados em ocasiões posteriores, como crimes (de violência doméstica) autónomos? Dito de outro modo, porque não é a problemática do concurso homogéneo trazida para o centro do processo de aplicação das normas que interessam à criminalidade de que tratamos aqui?

8. Conclusão

As dúvidas que deixo à consideração do Ministério Público, como responsável pela definição do objecto do processo, demonstram uma situação-problema que, segundo

creio, advém do facto da ponderação do concurso homogéneo estar a ser desconsiderada nos processos-crime por violência doméstica.

Esta desconsideração compromete, logo de início, o desfecho do processo, ao inexistir por parte do *dominus* do inquérito uma atenção aos factos que interessam à decisão sobre a pluralidade de infracção no concurso homogéneo.

A ponderação que se pretende deve implicar, não uma simples avaliação acrítica de todos os factos, sempre indistintamente e indiferentemente no seu conjunto, independentemente das concretas circunstâncias do caso, mas uma apreciação de cada facto ou grupo de factos isoladamente, apreciando se, *de per si*, poderão tipificar logo o crime (um crime), e depois a apreciação de todos eles no seu conjunto.

Faz sentido voltar, agora para terminar, à lição de Figueiredo Dias:

“O preenchimento de um único tipo legal não se traduz automaticamente na unidade do facto punível, podendo dar-se o caso do comportamento do agente revelar uma pluralidade de sentidos de ilicitude.”²²

De tudo ressalta a essencialidade do papel do julgador, sempre condicionado pelo desempenho prévio do acusador, na “apreensão do conteúdo de ilicitude material do facto”²³. Não poderá nunca o julgador bastar-se com um mero trabalho sobre normas.

Na prossecução desta sua tarefa, o decisor deve recorrer a critérios orientadores, como o da unidade do desígnio criminoso do agente, o da unidade de sentido do comportamento ilícito global, o da conexão situacional espaço-temporal, o dos diferentes estádios de realização da actuação global. E serão sempre as *particularidades do caso concreto*, na apreciação que deles se faça, que decidirão da premência de uns em detrimento de outros, podendo acontecer que dois ou mais critérios convirjam para o mesmo resultado. Eles funcionam, então, como indicadores seguros da *unidade* ou da *pluralidade de sentidos sociais de ilicitude do comportamento global*.

Creio que a identificação e o tratamento jurídico adequado do concurso homogéneo na violência doméstica acautelarará o efeito perverso e *contra legem* do benefício do infractor, garantindo a razão de ser da incriminação, que é o *aumento de protecção* da vítima e a tutela reforçada do bem jurídico.

Ana Maria Barata de Brito

(Juíza Desembargadora no TRE)

²² Figueiredo Dias, loc. cit..

²³ Idem.