

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA | PENAL

Acórdão

Processo

83/18.7GECUB.S1

Data do documento

10 de março de 2021

Relator

Gabriel Catarino

DESCRITORES

Recurso per saltum > Qualificação jurídica > Violação > Crime de trato sucessivo > Violência doméstica > Concurso aparente > Subsidiariedade > Medida concreta da pena > Pena parcelar > Pena única

SUMÁRIO

.

TEXTO INTEGRAL

§1. - RELATÓRIO.

Após julgamento, realizado no processo comum supra identificado, o tribunal da comarca de Beja, ditou o seguinte veredicto (sic):

“a) Absolver o arguido AA da prática de 180 (cento e oitenta) crimes de violação.

b) Condenar o arguido AA pela prática de um crime de violência doméstica, p. e p. pelo art. 152º n.ºs 1 al. b) e 2 al. a) do C. Penal na pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de prisão;

c) Condenar o arguido AA pela prática de um crime de violação, p. e p. pelo art. 164º n.º 2 al. a) do C. Penal (factos ocorridos em) na pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de prisão;

d) Condenar o arguido AA pela prática de um crime de violação, p. e p. pelo art. 164º n.º 2 al. a) do C. Penal (factos ocorridos em) na pena de 5 (cinco) anos;

e) Condenar o arguido AA, em cúmulo jurídico, na pena única de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de prisão;

f) Condenar o arguido AA nas penas acessórias de frequência de programas específicos de violência doméstica, em ambiente prisional e proibição de contactos com a vítima CC por um período de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses, nos termos do artigo 152.º, n.º 4, do Código Penal;

g) Condenar o arguido a pagar a CC, a título de indemnização arbitrada oficiosamente, a quantia de € 5.000,00 (cinco mil euros)”.

O Ministério Público havia requerido o julgamento do arguido AA, por indiciação suficiente da prática, em autoria material, de “um crime de violência doméstica, na forma consumada, p. e p. pelo artigo 152º, nºs 1, alínea b), e 2, alínea a), do Código Penal; e

- cento e oitenta e dois crimes de violação, na forma consumada, p. e p. pelo artigo 164.º, n.º 2, alínea a), do Código Penal”, tendo sido requerida “a aplicação das penas acessórias de proibição de contactos, obrigação de frequência de programas específicos de prevenção da violência doméstica, nos termos do n.ºs 4 e 5 do artigo 152.º do Código Penal, e artigo 34.º-B da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro e ainda, nos termos do artigo 151.º, da Lei n.º 102/2017, de 28 de Agosto (Regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional), caso se verifiquem os respectivos pressupostos legais aquando da determinação concreta da pena, a aplicação da pena acessória de expulsão do território nacional ao arguido”; e o “o arbitramento de indemnização, oficiosamente, à vítima CC, em caso de condenação do arguido, ao abrigo do artigo 21.º, da Lei n.º 112/2009, de 16/09, que estabelece o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, e do artigo 82.º-A do C.P.P.”.

Em dissensão com o julgado, impulsa recurso (per saltum) para este Supremo Tribunal de Justiça, tendo dessumido a fundamentação no epítome conclusivo que a seguir queda transcrito.

§1.(a). – QUADRO CONCLUSIVO.

§1.(a).1. – DO RECORRENTE.

“1 – O arguido foi condenado pelo tribunal a quo:

● na pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de prisão, pela prática de um crime de violência doméstica, p. e p. pelo art. 152º n.ºs 1 al. b) e 2 al. a) do C. Penal;

● na pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de prisão, pela prática de um crime de violação, p. e p. pelo art. 164º n.º 2 al. a) do C. Penal (factos ocorridos em);

● na pena de 5 (cinco) anos, pela prática de um crime de violação, p. e p. pelo art. 164º n.º 2 al. a) do C. Penal (factos ocorridos em);

2 - As quais, em cúmulo jurídico, foram graduadas na pena única de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de prisão;

3 - Na apreciação da prova, o tribunal a quo considera o depoimento da vítima como parâmetro, bem como parâmetro único de credibilidade.

4 - Apenas no crime de natureza sexual o tribunal a quo fica com algumas dúvidas no depoimento da vítima, admitindo que poderá ter havido algum empolamento.

5 - No nosso modesto entendimento o depoimento da vítima deixa-nos dúvida, pois ao longo daquele depoimento às situações em que a mesma reage e se impõe e noutras não, o que nos causa alguma estranheza.

6 - Atento aos factos provados, verificamos que as condutas imputadas ao arguido se prolongam no tempo com a mesma vítima devido à relação de proximidade que existe entre ambos, dado que viviam em condições análogas às dos cônjuges.

7 - Como tal, não concordamos com o enquadramento jurídico-penal constante do douto acórdão.

8 - A conduta típica da violência doméstica pode-se revestir de maus-tratos físicos, onde se incluem as ofensas corporais, como de maus tratos psíquicos, nomeadamente, humilhações, provocações, ameaças ou outros maus tratos, como por exemplo as ofensas sexuais e a privação da liberdade.

9 - Destarte, o crime de violência doméstica abrange a prática de uma multiplicidade de condutas.

10 - In casu, os maus-tratos físicos, psíquicos e sexuais verificaram-se ao longo de determinado período de tempo na pessoa que vivia em condições análogas às do cônjuge.

11 - Pelo que, em nossa opinião entre estes crimes - violência doméstica e violação - verificar-se-á um concurso aparente de infracções ou concurso de normas, perdendo o crime de violência doméstica autonomia.

12 - Isto porque, o crime de violência doméstica estabelece no seu nº 1 uma pena abstracta que deixa de

ser aplicável se pena mais grave couber por força de outra disposição legal. Ou seja, esta norma faz aplicação do denominado princípio da subsidiariedade, no âmbito do chamado concurso impróprio, aparente ou normativo.

13 - Neste sentido veja-se o Ac. da Relação do Porto de 27-09-2017, in www.dgsi.pt.

14 - No que concerne ao crime de violação imputado ao arguido, o tribunal a quo considerou que estávamos perante crimes de trato sucessivo, com uma reiteração de condutas homogéneas unificadas pela mesma resolução criminosa.

15 - Porém, considerou as condutas do arguido praticadas em duas ocasiões distintas - quando residiam em e após terem passado a residir em - as quais deverão corresponder a uma resolução criminosa distinta, pelo que entendeu existirem dois crimes de trato sucessivo.

16 - A mudança de localidade, é um elemento exógeno à resolução criminosa do arguido, não alterando, nem modificando, nem renovando, nem reformulando a resolução criminosa inicial.

17 - Apesar da multiplicidade das condutas do arguido e da sua reiteração ao longo do tempo (desde Maio de 2018 até Dezembro do mesmo ano, conforme factos provados), o mesmo agiu determinado por uma única resolução e, não formando sucessivamente novas resoluções.

18 - Pelo que, deveria o tribunal a quo ter considerado que existia um crime de trato sucessivo.

19 - Atendendo a que consideramos existir um concurso aparente entre os crimes imputados ao arguido, isto é, entre o crime de violência doméstica e o crime de violação, e que os mesmos são considerados crimes de trato sucessivo, uma vez que tem uma única resolução criminosa e que são praticados com frequência, parece-nos que o arguido deveria ser punido pelo crime mais grave, in casu um crime de violação p. e p. pelo artº 164º nº 2 al. a) do C. penal, punido com pena de prisão de 3 a 10 anos.

20 - Outra questão suscitada no presente recurso é a determinação da medida da pena.

21 - De facto, mostram-se excessivas e desadequadas as penas de prisão aplicadas, bem como a pena única de fixada em cúmulo jurídico.

22 - O artº 71º do C.P. estipula que a determinação da medida da pena é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção, devendo o tribunal atender a todas as circunstâncias que não fazendo parte do tipo legal de crime possam influir, na ilicitude, na culpa e na necessidade da pena.

23 - Por sua vez, de acordo com o previsto no artº 40º nº 1 e 2 do C. Penal, a aplicação das penas visa a

protecção de bens jurídicos e a reintegração social do agente, sendo que, em caso algum, a pena poderá ultrapassar a medida da culpa.

24 - Ora, analisando o relatório social, junto aos presentes autos, pode-se constatar que o arguido é de modesta condição económica e social, vive com um filho menor ao qual foi diagnosticado, entre outros, como portador.....

25 - Tem 58 anos de idade, actualmente, encontra-se quase em exclusividade, como cuidador informal, a prestar assistência ao filho, pois o quadro clínico do mesmo terá apresentado um agravamento e tem o apoio da sua progenitora já com idade avançada.

26 - O arguido não tem averbado no seu certificado de registo criminal crimes de natureza idêntica.

27 - Considerando a prática do crime em concurso aparente e de trato sucessivo, nos termos acima propugnados entende-se ser de aplicar uma pena mais baixa.

28 - Como também se afigura adequada às finalidades da punição e da prevenção geral e especial, a redução das penas aplicadas atento o enquadramento jurídico feito pelo tribunal a quo.

29 - Pelo que, em qualquer caso, a aplicação de uma pena até 5 anos justifica, de forma adequada e suficiente, as finalidades da punição.

30 - Entendemos que, independentemente do enquadramento jurídico, existem condições para que se proceda à suspensão da pena de prisão a aplicar ao arguido.

31 - No caso concreto, e apesar dos bens jurídicos violados, entendemos que as exigências da sua protecção não são incompatíveis com a suspensão da pena de prisão, que aliás é uma verdadeira pena, ainda que não privativa da liberdade.

32 - Parece-nos que a ameaça de prisão se mostra suficiente para realizar as finalidades da punição, devendo, a suspensão da sua execução ser subordinada aos deveres que o tribunal julgue adequados.

33 - Foram, pois, violados os artºs 40º, 50º, 71º, 77º e 152º do Código Penal.

Termos em que deverá o presente recurso merecer provimento e ser o douto acórdão recorrido revogado e substituído por outro que:

- Considere existir um concurso aparente entre os crimes de violência doméstica e violação, imputados ao arguido, bem como ter em consideração que estamos perante um crime de trato sucessivo. ou

- Serem reduzidas as penas aplicadas, parcelares e única, pela aplicação do disposto nos artºs 71º e 77º do C.P., em virtude de se considerarem excessivas.

- Ser a pena de prisão suspensa na sua execução mediante regime de prova.”

§1.(a).2. - DO RECORRIDO.

“1.ª - Face à realidade de facto tida como provada, o crime de violação da previsão do artigo 164.º, n.º 2, alínea a), do Código Penal e o crime de violência doméstica do artigo 152.º, n.ºs 1, alínea b), e 2, alínea a), do Código Penal, encontram-se numa relação de concurso efectivo.

2.ª - O mesmo quadro factual inculca que o arguido foi determinado por um único desígnio criminoso e, como tal, incorreu na prática de um único crime de trato sucessivo de violação do artigo 164.º, n.º 2, alínea a), do Código Penal.

3.ª - Na procedência do exposto na anterior conclusão, o Ministério Público entende que o arguido, ora recorrente, deve ser condenado pela prática de um crime de trato sucessivo de violação p. e p. pelo artigo 164.º, n.º 2, alínea a), do Código Penal, na pena de 5 anos de prisão (ou seja, na pena parcelar correspondente ao segundo crime de trato sucessivo de violação que o tribunal colectivo entendeu ter sido cometido) e, em cúmulo jurídico com a pena de 2 anos e 6 meses de prisão imposta pela prática do crime de violência doméstica p. e p. pelo artigo 152.º, n.ºs 1, alínea b), e 2, alínea a), do Código Penal, na pena única de 6 anos e 6 meses de prisão.”

§1.(a).3. - PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

“I - Introdução

Afigura-se que nada obsta ao conhecimento do recurso interposto pelo arguido AA, não se verificando motivos para a sua rejeição, nem qualquer causa extintiva do procedimento criminal que ponha termo ao processo.

O presente recurso deve ser julgado em conferência, por força do disposto no art. 419º, nº 3, al. c), do Cod. Proc. Penal.

II - Relatório

1. O arguido AA, foi julgado em Processo Comum, com intervenção do Tribunal Colectivo, no âmbito do Proc. nº 83/18....., do Juízo Central Cível e Criminal de - Juiz, da Comarca de, tendo sido

condenado pela prática de:

- Um crime de violência doméstica, p. p. pelo art. 152º nº 1, al. b), e nº 2, al. a), do Cod. Penal, na pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de prisão;
- Um crime de violação, p. p. pelo art. 164º, nº 2, al. a), do Cod. Penal (factos ocorridos em), na pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de prisão;
- Um crime de violação, p. p. pelo art. 164º nº 2, al. a), do Cod. Penal (factos ocorridos em), na pena de 5 (cinco) anos;
- Operando o respectivo cúmulo jurídico, foi condenado na pena única de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de prisão.

2. O arguido AA não se conformou com esta decisão e interpôs recurso para este Supremo Tribunal, alegando verificar-se um concurso aparente entre o crime de violência doméstica e o crime de violação, perdendo o crime de violência doméstica autonomia, que a sua conduta apenas consubstancia uma única resolução criminosa relativamente ao crime de violação, e pugnando pela aplicação de uma pena única não superior a 5 (cinco) anos de prisão, que deverá ser suspensa na sua execução.

3. O recurso foi admitido, com subida imediata, nos próprios autos, e com efeito suspensivo – cfr. despacho de 15/12/2020.

4. O Ministério Público na 1ª Instância respondeu ao recurso defendendo que o arguido AA deveria ser condenado pela prática de um crime de trato sucessivo de violação p. p. pelo art. 164º, n.º 2, al. a), do Cod. Penal, na pena de 5 (cinco) anos de prisão (pena parcelar correspondente ao segundo crime de trato sucessivo de violação que o tribunal colectivo entendeu ter sido cometido) e, em cúmulo jurídico, com a pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de prisão imposta pela prática do crime de violência doméstica p. e p. pelo art. 152º, nº 1, al. b), e nº 2, al. a), do Cod. Penal, deveria ser condenado na pena única de 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de prisão.

III - Parecer

O recorrente AA alega, em síntese, que:

- As suas condutas prolongaram-se no tempo com a mesma vítima, com quem vivia em condições análogas às dos cônjuges, que a conduta típica da violência doméstica abrange a prática de uma multiplicidade de condutas, podendo revestir de maus-tratos físicos, onde se incluem as ofensas corporais, e de maus-tratos psíquicos, onde se incluem as humilhações, as provocações, as ameaças ou outros maus-tratos, como as

ofensas sexuais, e a privação da liberdade, verificando-se, no caso, um concurso aparente entre o crime de violência doméstica e o crime de violação, perdendo o crime de violência doméstica a sua autonomia;

- As suas condutas, que foram praticadas em duas ocasiões distintas (quando residiam em e depois quando foram residir para), não deverão corresponder a uma resolução criminosa distinta, ou seja, não deverão constituir a prática de dois crimes de violação de trato sucessivo, isto porque, a mudança de localidade, é um elemento exógeno à sua resolução criminosa, não alterando, nem modificando, nem renovando, nem reformulando a sua resolução criminosa inicial;

- Existe um concurso aparente entre o crime de violência doméstica e o crime de violação, por se considerar que os mesmos constituem crimes de trato sucessivo, dado existir uma única resolução criminosa, pelo que apenas deveria ter sido punido pelo crime mais grave, in casu, pelo crime de violação p. p. pelo artº 164º, nº 2, al. a), do Cod Penal;

- As penas de prisão que lhe foram aplicadas mostram-se excessivas e desadequadas, bem como a pena única de fixada em cúmulo jurídico, face ao seu relatório social, donde consta ser de modesta condição económica e social, viver com um filho menor portador do espectro....., ter 58 anos de idade, e encontrar-se quase em exclusividade como cuidador informal do seu filho, cujo quadro clínico terá apresentado um agravamento, tendo somente o apoio da sua progenitora já com idade avançada, e não tendo averbado no seu certificado de registo criminal crimes de natureza idêntica;

- A aplicação de uma pena até 5 (cinco) anos de prisão justifica de forma adequada e suficiente, as finalidades da punição, considerando a prática do crime em concurso aparente e de trato sucessivo e, mesmo que não se entenda este enquadramento jurídico, existem condições para que se proceda à suspensão da pena de prisão a aplicar, uma vez que a ameaça de prisão se mostra suficiente para realizar as finalidades da punição, subordinando-se aos deveres que o tribunal julgue adequados;

- O acórdão recorrido violou os arts. 40º, 50º, 71º, 77º, e 152º, todos do Cod. Penal.

Consideramos que não assiste razão ao recorrente AA, nem se acompanha a resposta apresentada pelo Ministério Público junto da 1ª Instância.

Começaremos por apreciar a pretensão do recorrente AA quando defende que à sua conduta se deve aplicar a figura do crime de trato sucessivo relativamente aos crimes de violação pelos quais foi condenado.

Ora, a este respeito, diz o acórdão recorrido que, durante o período em que o recorrente AA coabitou com CC, obrigou-a a manter consigo relações sexuais, tendo a primeira vez ocorrido quando ainda viviam em, nos termos descritos em 24) a 27) dos factos provados, e posteriormente, e em várias ocasiões, e

com frequência não determinada, nos termos descritos em 29) a 35).

A jurisprudência deste Supremo Tribunal tem vindo a recusar uniformemente a punição dos crimes contra bens eminentemente pessoais, como é o caso do crime de violação p. e p. pelo art. 164º do Cod. Penal, como um único crime de trato sucessivo.

Assim, "(...) nos crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual não têm cabimento categorias doutrinárias como o denominado crime prolongado, crime exaurido ou crime de trato sucessivo, figuras nas quais se convencionou (ficcional) que há só um crime – apesar de se desdobrar em várias condutas que, cada uma, em si mesma, isoladamente preenche todos os elementos constitutivos da infração – cfr. o ponto XI, do sumário do Ac. STJ de 27/11/2019, in Proc. nº 1257/18.6SFLSB.L1.S1 e, ainda, os Acs. STJ de 27/11/2019, in Proc. nº 784/18.0JAPRT.G1.S1, de 25/06/2020, in Proc. nº 227/16.3T9VFR.P1.S1, de 01/10/2020, in Proc. nº 308/18.9GACDV.L1.S1, e de 15/10/2020, in Proc. nº 1498/19.9JAPRT.P1.S1, todos acessíveis em www.dgsi.pt.

No caso, temos que, nas situações dadas como provadas relativamente aos factos ocorridos em, e nas situações dadas como provadas relativamente aos factos ocorridos em, o recorrente AA renovou o seu desígnio criminoso, sendo que tais situações encontram-se bem reflectidas na factualidade fixada no acórdão recorrido, e não se enquadram na figura do crime de trato sucessivo, entendendo-se ser de manter a sua condenação pela prática de dois crimes de violação, p. p. pelo art. 164º, nº 2, al. a), do Cod. Penal.

Estamos perante crimes contra bens jurídicos eminentemente pessoais tendo aqui plena aplicação o disposto no art. 30º nº 1, e nº 3 do Cod. Penal, sendo esta a solução que se compagina com a dignidade da pessoa, entendendo-se não ser possível dar um tratamento privilegiado ao recorrente AA que, mesmo no quadro de um dolo unitário, entre 08/03/2018 e 29/12/2018 atentou, por duas vezes, contra a liberdade sexual da vítima CC, utilizando-a, e obrigando-a à prática de actos de natureza sexual altamente ofensivos da sua dignidade.

O recorrente AA também entende que existe um concurso aparente entre o crime de violência doméstica e o crime de violação, por se considerar que os mesmos constituem crimes de trato sucessivo, dado existir uma única resolução criminosa, pelo que apenas deveria ter sido punido pelo crime mais grave, in casu, o crime de violação p. p. pelo artº 164º nº 2, al. a), do Cod Penal;

Não podemos concordar com tal entendimento uma vez que os bens protegidos com as incriminações do crime de violência doméstica e do crime de violação não são coincidentes, sendo que o significado social e o sentido social da ilicitude material de uma e de outra das destas incriminações são distintos, não obstante os pontos comuns que se podem aí observar – cfr. Ac. STJ de 21/11/2018, in Proc. nº 574/16.4PBAGH.S1, acessível em www.dgsi.pt.

Com efeito, considera-se que o juízo de censura pela prática do crime de violação assume autonomia relativamente ao juízo de censura que deve ser formulado relativamente às ofensas unificadas no crime de violência doméstica.

Assim, o art. 164º, nº 1, do Cod. Penal descreve o crime de violação como um caso especial de coacção sexual, uma coacção sexual qualificada, no qual o agente constrange a vítima (por meio de violência, ameaça grave ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir), 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 que tais condutas atentam contra a liberdade da vontade do sujeito, através de coacção grave ou violência.

No caso, face à factualidade dada como provada nos pontos 24) a 27) e nos pontos 29) a 35), temos que a conduta do recorrente AA integra os elementos objectivos e subjectivos do tipo de ilícito que lhe vinha imputado, impondo-se a conclusão de que cometeu dois crimes de violação.

E, face à demais factualidade dada como provada, temos que a conduta do recorrente AA integra os elementos objectivos e subjectivos do crime de violência doméstica o qual assenta na protecção da pessoa individual e da sua dignidade humana, punindo aquelas condutas que lesam esta dignidade, quer na vertente física, quer na vertente psíquica.

Com efeito, o recorrente AA iniciou um relacionamento amoroso em 08/03/2018, com partilha de habitação, mesa, e leito, que perdurou até 29/12/2018, com a vítima CC, resultando da factualidade dada como provada que, durante a vigência desse vínculo afectivo, e no interior do domicílio comum, o mesmo agrediu, dirigiu expressões injuriosas e desonrosas, controlou o dinheiro daquela, bem como aquilo que a mesma poderia vestir, controlou ainda a sua liberdade de movimentação, agindo com o intuito de a ter sob o seu domínio, de a menosprezar, de a humilhar, e de a agredir, atingindo de uma forma intensa e bastante relevante a sua dignidade pessoal.

Ora, esta conduta reveste-se de violência reiterada, não só física como psíquica, na pessoa da vítima CC, e preenche o elemento objectivo do crime de violência doméstica do art. 152º, do Cod. Penal, devendo o recorrente AA ser também ser punido pela prática deste crime, em concurso efectivo com os crimes de violação, estando-se perante uma pluralidade de processos resolutivos, com violação de bens jurídicos diferentes.

Posto isto, entende-se que os crimes de violação cometidos pelo recorrente AA assumem autonomia relativamente aos restantes actos ofensivos, encontrando-se tais crimes numa relação de concurso real efectivo com o crime de violência doméstica, igualmente por si cometido, pelo que devem estes crimes ser autonomizados, tal como o fez o acórdão recorrido.

Quanto à medida das penas parcelares aplicadas e ponderando os critérios estabelecidos pelo art. 71º, do Cod. Penal, temos que, são elevadíssimas as necessidades de prevenção geral, derivadas do facto de a incriminação em causa se apresentar, cada vez mais frequente por todo o país e, por vezes, com graves consequências para as vítimas, entendendo-se que as mesmas não nos merecem censura.

Quanto à medida da pena única este Supremo Tribunal vem entendendo que, com “(...) a fixação da pena conjunta se pretende sancionar o agente, não só pelos factos individualmente considerados, mas também e especialmente pelo respectivo conjunto, 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 se considere e pondere, em conjunto, (e não unitariamente) os factos e a personalidade do agente” - cfr. ponto XIX do sumário do acima citado Ac. STJ de 21/11/2018.

E, ainda citando este Ac. STJ de 21/11/2018, consta do ponto XX do respectivo sumário que: “Na determinação da pena conjunta, impõe-se atender aos “princípios da proporcionalidade, da adequação e proibição do excesso”, imbuídos da sua dimensão constitucional, pois que “a decisão que efectua o cúmulo jurídico de penas, tem de demonstrar a relação de proporcionalidade que existe entre a pena conjunta a aplicar e a avaliação - conjunta - dos factos e da personalidade, importando, para tanto, saber (...) se os crimes praticados são resultado de uma tendência criminosa ou têm qualquer outro motivo na sua génese, por exemplo se foram fruto de impulso momentâneo ou actuação irreflectida, ou se de um plano previamente elaborado pelo arguido”.

No caso, o acórdão recorrido atendeu, relativamente à determinação da medida concreta da pena a aplicar, que:

“- o grau de ilicitude dos factos, que é bastante elevado, atentas as circunstâncias das acções e principalmente no que respeita aos crimes de violação, uma vez que a vítima era sua companheira;

- o período de tempo que perdurou a actividade criminosa;

- a culpa do arguido que é intensa, já que deliberadamente quis praticar os factos, agindo com dolo directo.

- as necessidades de prevenção geral mostram-se extremamente elevadas, atentos os bens jurídicos violados pela prática dos crimes de violência doméstica e de violação.

No que concerne ao crime de violência doméstica, este configura um flagelo social que decorre no âmbito íntimo e familiar; a conduta do agressor implica uma menorização, submissão e subjugação da vítima, sendo que tais condutas ainda sofrem de um elevado estigma social e, por essa razão, as vítimas, ocultam o tratamento de que são objecto da própria família e dos restantes membros da sociedade, sendo essencial

o papel do Estado de forma a mudar mentalidades e incutir na sociedade que tais actuações são inadmissíveis e censuráveis, por forma a evitar comportamentos que infelizmente ainda são reputados de aceitáveis a coberto de uma intimidade de casal.

Atento o bem jurídico violado pela prática do crime de violação, intimamente relacionado com a liberdade de autodeterminação ínsito ao princípio basilar da dignidade da pessoa humana, importa reforçar na comunidade que tal tipo de conduta é severamente punido, de forma a dissuadir da sua prática (...)

- a personalidade do arguido e o seu nível de inserção socioeconómico, vertidos no relatório social, que aqui se dá por novamente reproduzido;

- as necessidades de prevenção especial que também se mostram elevadas. Embora o arguido não tenha antecedentes criminais pela prática de crimes de idêntica natureza, o certo é que o mesmo já foi alvo de diversas condenações anteriormente e ainda assim não se coibiu de praticar os crimes ora em análise, revelando uma escalada na conduta violenta.

- a ausência de qualquer acto demonstrativo de arrependimento (...).”

E, relativamente à aplicação da pena única, o acórdão recorrido atendeu ao disposto no art. 77º, nº 1, e nº 2, do Cod. Penal, e à moldura pena aplicável do concurso, compreendida entre a pena mínima a aplicar de cinco (5) anos de prisão, correspondente à mais elevada das penas parcelares concretamente aplicadas, e a pena máxima de 11 (onze) de prisão, correspondente à soma de todas as penas parcelares.

E, face à ilicitude dos factos, à personalidade do recorrente AA, e às exigências de prevenção geral que o caso demanda condenou-o na pena única de sete (7) anos e 6 (seis) meses de prisão.

Concordamos com a medida da pena única aplicada, face à ilicitude global do comportamento do recorrente AA, decisivamente marcada pelo total desrespeito e pela total desconsideração para com a vítima CC, com quem mantinha uma situação de coabitação, sendo que não reconheceu a elevada ilicitude penal dos factos praticados, invocando viver com um filho menor portador, ter 58 anos de idade, e encontrar-se quase em exclusividade como cuidador informal do seu filho, cujo quadro clínico terá apresentado um agravamento, tendo somente o apoio da sua progenitora já com idade avançada.

Ora, entende-se que os fundamentos invocados pelo recorrente AA para atenuar a medida da pena única que lhe foi aplicada só demonstram que o mesmo, apesar de já ter 58 anos de idade, não teve qualquer consideração pelo seu filho menor, portador do espectro....., não teve qualquer consideração pela vítima CC, sendo que todos viviam sob o mesmo tecto, sublinhando-se que os factos por si praticados revelam características de personalidade altamente censuráveis, que demandam uma particular necessidade de socialização, não tendo os actos por si praticados sido fruto de um impulso momentâneo e/ou de uma

actuação irreflectida.

E, uma vez que a pena única aplicada é superior a 5 (cinco) anos de prisão, a mesma não poderá ser suspensa na sua execução, de acordo com o pressuposto material enunciado no art. 50º, n.º 1, do Cod. Penal.

Face ao exposto, somos de parecer que o recurso deve improceder, mantendo-se na íntegra o acórdão recorrido.”

§1.(a).4. – QUESTÕES OBJECTO DE APRECIACÃO.

A pretensão recursiva alentada pelo recorrente sobrepuja, na sua compleição discursiva, as seguintes questões:

- Qualificação jurídico-penal da conduta antijurídica ao agente (crime de violação na modalidade de “trato sucessivo”; concurso aparente (impróprio) de normas (entre os crimes de violação e violência doméstica; relação de subsidiariedade;
- Determinação da (concreta) medida das penas parcelares;
- Determinação da medida da pena conjunta.

§2. – FUNDAMENTAÇÃO.

§2.(a). – DE FACTO.

“Factos Provados

Da discussão da causa resultaram provados, com interesse para a decisão, os seguintes factos:

1. O arguido AA e a vítima CC (doravante CC.), iniciaram um relacionamento amoroso no dia 8 de Março de 2018 com partilha de habitação, mesa e leito, que perdurou até ao dia 29 de Dezembro de 2018.
2. Desde o dia 8 de Março de 2018 até ao mês de Agosto de 2018, o arguido AA e a vítima CC. residiram na localidade, conjuntamente com o filho menor de idade do arguido, EE (doravante EE.), que padece, desde o seu nascimento e a mãe do arguido, DD.
3. A partir do mês de Agosto de 2018, e até ao final do relacionamento amoroso, o arguido e CC. passaram a residir em habitação sita em, conjuntamente com o filho do arguido, EE. e a mãe do arguido, DD.

4. Em datas não concretamente apuradas, mas situadas entre os meses de Abril de 2018 e Agosto de 2018, na localidade, num número não concretamente apurado de vezes, o arguido AA iniciou discussões com a vítima CC., relacionadas com o seu descontentamento com o horário de trabalho e necessidade da vítima trabalhar aos Domingos na
5. Em datas não concretamente apuradas, mas situadas entre os meses de Abril e Agosto de 2018, num número de vezes não concretamente apurado, na habitação comum sita em, o arguido desferiu bofetadas, cabeçadas, empurrões contra o roupeiro, e apertos de pescoço à vítima, que provocavam o seu desmaio.
6. Em data não concretamente apurada, mas antes do mês de Agosto de 2018, o arguido disse à vítima que o mesmo tinha muitas despesas de deslocação e de portagens, e que não compensava que a mesma continuasse a trabalhar, obrigando a vítima a denunciar o seu contrato de trabalho com
7. Em data não concretamente apurada, mas compreendida nas primeiras duas semanas de trabalho da vítima na, no mês de Setembro de 2018, o arguido desferiu murros na face da vítima, provocando-lhe hematomas e quebra de um dente e de um implante dentário.
8. No período em que perdurou o relacionamento amoroso entre o arguido e a vítima e pelo menos desde Agosto de 2018 e até 29 de Dezembro de 2018, foi o arguido quem levou e foi buscar a vítima aos seus locais de trabalho.
9. No período em que perdurou o relacionamento amoroso entre o arguido e a vítima, era o arguido quem escolhia a indumentária diária, nomeadamente roupa, acessórios, calçado e roupa interior.
10. No período em que perdurou o relacionamento amoroso entre o casal, o arguido geriu o vencimento da vítima, não permitindo que a mesma fizesse uso de quaisquer quantias sem autorização sua.
11. Em datas não concretamente apuradas e num número de vezes não concretamente apurado, o arguido impediu a arguida de falar com os filhos ao telefone.
12. No período em que perdurou o relacionamento amoroso entre o casal, o arguido impôs a sua presença em todas as consultas médicas prestadas à vítima.
13. Quando a vítima se encontrava a dormir, o arguido arranjava constantes pretextos para a acordar, assim a impedindo de descansar.
14. No período compreendido entre o mês de Maio de 2018 e o dia 29 de Dezembro de 2018 o arguido

proferiu à vítima as expressões:

- “PUTA!”; - “ÉGUA!”

- “CHUPA-ME O CARALHO!”;

- “CHUPA-ME O PAU, BEBE-ME O LEITE!”

15. Em data não concretamente apurada, mas durante o período da coabitação, após a vítima ter dito ao arguido que pretendia terminar a relação o arguido disse à arguida que a mataria.

16. No dia 29 de Dezembro de 2018, pelas 14h30, na habitação comum, na sequência de uma discussão entre a vítima CC. e a mãe do arguido DD, o arguido AA desferiu chapadas na face de CC. para evitar que a vítima falasse.

17. Acto contínuo, o arguido agarrou a vítima por trás, imobilizando-a, e tapou-lhe a boca.

18. Seguidamente, após a vítima se ter dirigido para o quarto do casal e arrancado o fio do telefone, o arguido, com as suas mãos e pernas, realizou uma manobra de imobilização da perna direita da vítima conhecida por “chave”, entalando-lhe o joelho contra a cama, provocando-lhe dores e imobilização.

19. Nas referidas circunstâncias, durante a aplicação da manobra de imobilização da perna da vítima, o arguido dirigiu-lhe as expressões:

- “ESTÁS ALTERADA!”;

- “NÃO ESTÁS EM CONDIÇÕES DE IRES TRABALHAR!”.

20. Após, o arguido foi buscar um comprimido “Nozinan”, um antipsicótico prescrito ao seu filho EE..

21. Acto contínuo, o arguido procurou introduzir o comprimido na boca da vítima CC., tentando forçar a mesma a beber água ao mesmo tempo que, com a sua mão, procurava empurrar o comprimido para dentro da boca de CC., não o conseguindo porque a vítima logrou manter a sua boca fechada.

22. Seguidamente, o arguido foi buscar um comprimido da marca “Alprazolam”, um fármaco utilizado em distúrbios da ansiedade, medicamento esse que CC aceitou tomar.

23. No período compreendido entre meados do mês de Maio de 2018 e o dia 29 de Dezembro de 2018, em ocasiões e com frequência não apuradas, o arguido AA manteve relações sexuais anais, orais e vaginais,

com a vítima CC., nos termos diferenciados melhor descritos nos números seguintes, proferindo expressões, e agarrando e torcendo com força os pulsos e braços da vítima, assim imobilizando o seu corpo, com a finalidade de satisfazer as suas pretensões.

24. Em data não concretamente apurada, mas situadas entre meados do mês de Maio e o mês de Agosto de 2018, o arguido pediu à vítima para sair à rua sem roupa interior, e deslocou-se com a mesma no seu veículo automóvel para um local não concretamente apurado, mas situado na Estrada Nacional entre e

25. O arguido encostou o seu veículo automóvel na berma da estrada e obrigou a vítima a sair do mesmo, puxando-a com força pelos braços até à frente do veículo.

26. Acto contínuo, o arguido, puxou a roupa da vítima para baixo e, agarrando com força os braços da vítima, imobilizando-a, penetrou-a com o seu pénis na sua vagina, friccionando-o.

27. Seguidamente, o arguido virou a mesma de costas para si, e agarrando com força os braços da vítima, imobilizando-a, penetrou-a com o seu pénis no ânus da vítima, friccionando-o.

28. Em datas não concretamente apuradas, mas compreendidas no período referido no n.º 30, a vítima chorou, tendo o arguido proferido à mesma a expressão: “NÃO GOSTO DE MENINAS CHORONAS!”.

29. No período compreendido entre Agosto de 2018 e o dia 29 de Dezembro de 2018, o arguido AA obrigou a vítima a avisá-lo cada vez que a mesma se movimentava entre as divisões da habitação comum e quando se deslocava à casa de banho.

30. Nas ocasiões em que a vítima se deslocava à casa de banho, o arguido seguiu a vítima até ao local, e esperou que a mesma realizasse as suas necessidades fisiológicas.

31. Nas referidas circunstâncias, nas ocasiões em que a vítima defecou, o arguido impediu que a mesma limpasse o ânus.

32. Seguidamente, o arguido virou a vítima de costas para si e, enquanto a agarrava com força, impedindo-a de se movimentar, penetrou-a no ânus, contra a sua vontade.

33. Posteriormente, o arguido virou a vítima de frente para si e, com as suas mãos, agarrando com força nos cabelos da vítima, forçou-a a lambar o seu pénis, ainda com restos de fezes, e introduziu-o na boca de CC., friccionando-o com movimentos oscilatórios enquanto puxava e empurrava a cabeça da vítima pelos cabelos.

34. Em datas não concretamente apuradas, compreendidas entre meados do mês de Maio de 2018 e o dia 29 de Dezembro de 2018, o arguido impediu que a vítima se limpasse depois de defecar, virou-a de costas para si, e lambeu o ânus da mesma.

35. Acto contínuo, o arguido beijou a vítima na boca contra a sua vontade, ainda com restos de fezes na sua boca.

36. O arguido AA sabia que as suas condutas, realizadas no domicílio comum e no exterior, eram aptas a atingir a integridade física de CC., provocando-lhe dores, lesões físicas e mau estar, tendo conhecimento que manteve com a mesma um relacionamento amoroso desde 8 de Março até 29 de Dezembro de 2018, e que sobre si impendia um dever acrescido de respeito para com aquela, bem como um dever acrescido de não atentar contra o seu bem-estar físico, querendo actuar da forma por que o fez, com o propósito de alcançar tal resultado, que logrou conseguir.

37. O arguido sabia que, ao dirigir à sua companheira CC. as expressões aludidas, tais palavras e actos, em que anunciava estar na disposição de pôr termo à vida e atentar contra a integridade física da mesma, eram idóneas e adequadas a causar medo e inquietação no íntimo da visada, e ainda assim não se coibiu de as proferir.

38. Mais sabia o arguido AA que as expressões que dirigiu a CC., no domicílio comum e no exterior, eram aptas a atingir a sua honra, consideração e dignidade pessoal, e a causar-lhe medo, perturbação, inquietação e humilhação, e, não obstante, quis actuar da forma por que o fez, com o propósito de alcançar tal resultado, que também logrou conseguir, bem sabendo que, na qualidade de companheiro da vítima, sobre si impendia um dever acrescido de respeito para com aquela, bem como um dever acrescido de não atentar contra o seu bem-estar psíquico.

39. Agiu ainda o arguido com o propósito concretizado de, mediante a prática dos descritos factos, com recurso à força física e à violência, constranger a vítima, a praticar consigo actos sexuais de cópula anal, oral e vaginal completa, tudo com vista a satisfazer os seus impulsos sexuais, bem sabendo que o fazia contra a vontade da vítima e ciente de que a sua conduta ofendia a dignidade, liberdade e autodeterminação sexual da mesma, o que quis e logrou conseguir.

40. O arguido AA ao agir pelo modo descrito, quis e conseguiu satisfazer os seus instintos libidinosos e usando para com a vítima CC. a sua força física para a imobilizar, levando-a a suportar a sua conduta sem e contra a vontade da mesma, adoptando actos que, quando não desejados por quem os recebe, como era o caso, são idóneos a afectar o sentimento de recato sexual de qualquer cidadão médio e da vítima, fins que representou e logrou alcançar.

41. Em todos os factos descritos o arguido agiu sempre de forma livre, consciente e voluntária, bem

sabendo que a sua conduta era proibida e punida por lei, tendo capacidade para se determinar de acordo com esse conhecimento.

Mais se provou quanto às condições pessoais, económicas e respectiva inserção social do Arguido:

42. Realizado relatório social pelos serviços da DGRSP, do mesmo resulta que:

“I - Condições Sociais e Pessoais

AA, aquando dos alegados factos, residia com a progenitora, o filho, e a companheira, com a qual manteve relação idêntica à dos cônjuges de março a dezembro de 2018, em habitação de renda situada em

Nascido em, país para onde ambos os progenitores tinham emigrado, o arguido descreve o seu processo de crescimento e desenvolvimento sem aspetos dignos de registo, qualificando a interacção familiar como ajustada.

O pai trabalhava como, na área da, e a mãe trabalhava, como, num, sendo AA o único filho da relação dos progenitores.

Os pais viveram em união de facto durante cerca de 27 anos, até oficializarem a relação através do casamento, referindo o arguido que, quando iniciaram a relação, o pai ainda se encontrava casado com outra pessoa. Assim, quando AA nasceu, no acento de nascimento foi registado como AA, não constando, no registo, o apelido paterno e, em Portugal, segundo o mesmo por erro do registo, foi registado como BB. Ao longo da sua vida, e até ao casamento dos progenitores, foi AA e, após o mesmo porque, segundo nos referiu, a mãe perdeu, com o casamento o apelido, ficando DD. passou a ser, em, automaticamente, AA. Referiu-nos que diversas tentativas para regularizar a situação quer em quer em Portugal se têm revelado infrutíferas, entendendo cada um dos países que a competência para o efeito será do outro. Assim, a partir de 2013 terá abdicado da dupla nacionalidade, optando pela nacionalidade, deixando de usar a identificação de BB, utilizando documento de identificação n.º, emitido em, válido até

Frequentou o ensino em idade própria, tendo concluído curso de e, posteriormente, licenciatura e mestrado em, área em que possuirá diploma internacional. Em Portugal, onde passou a residir desde 1999 em razão da passagem à aposentação dos progenitores, frequentou a Escola, concluindo o curso de (.....).

Iniciou a atividade laboral quando contava 21 anos de idade, como, foi progredindo na carreira e atingiu o escalão de empregado de primeira.

Em, fruto de uma relação de matrimónio de cerca de sete anos, posteriormente consubstanciada em divórcio, tem uma filha, atualmente com anos de idade.

Em Portugal AA tem trabalhado na sua área de atividade, como empregado ou, para vários grupos e cadeias Trabalhava quando conheceu a mãe do seu filho, em 2003, em 2004 regressa à zona de, onde já tinha trabalhado e vivido, e esta acompanha-o. O filho, EE, nasceu em e a relação dos progenitores manteve-se durante cerca de sete anos, vindo a terminar, segundo o arguido, por razões de desenquadramento social da companheira, que continuaria a manter o grupo social de referência no, e ainda porque se terá apercebido que a mesma mantinha hábitos de consumo de substâncias estupefacientes na forma fumada. Esta não terá manifestado interesse em assumir a custódia do filho, facto para o qual terá eventualmente contribuído a sua problemática de saúde e a problemática de saúde do filho, que estará diagnosticado, entre outros, como portador.....

AA conta com a progenitora no apoio, cuidados e supervisão a prestar ao filho, havendo, no entanto, muitas tarefas que só o mesmo pode assumir, nomeadamente pela idade avançada da senhora, que conta 91 anos de idade. Atualmente e desde há cerca de um ano o arguido encontra-se quase em exclusividade, como cuidador informal, a prestar assistência ao filho, dado que o quadro clínico terá, no ano transato, apresentado agravamento. Quando o jovem se encontra mais estabilizado AA trabalha em eventos, nomeadamente, e

Em termos económicos a família subsiste do subsídio atribuído ao jovem, no valor de 230 euros mensais e da pensão de aposentação da progenitora do arguido, no valor de 1650 euros mensais, a que acresce o resultado do trabalho que o próprio, quando lhe é possível, desenvolve.

AA e família residem, atualmente, em, residindo antes em, mas o filho mantém a frequência escolar no Agrupamento Escolar....., para onde se desloca, diariamente, regressando a casa, pois o arguido não encontrou, no Agrupamento de Escolas, as respostas educativas e formativas de que o mesmo beneficiava - equitação, natação, musicologia, psicomotricidade e terapia da fala e no agrupamento de só dispõem de terapia da fala e de terapia ocupacional.

43.O arguido tem os seguintes antecedentes criminais:

a) Por decisão proferida em 05.07.2005, no processo 1805/03....., transitada em julgado, o arguido BB foi condenado pela prática de um crime de desobediência qualificada e um crime de condução de veículo sem habilitação legal, praticados no dia 29.10.2003, na pena única de 180 dias de multa à taxa diária de € 5,00, o que perfaz o total de € 900,00;

b) Por decisão proferida em 05.05.2006, no processo 259/06....., transitada em julgado a 22.05.2006 o

arguido BB foi condenado pela prática de um crime de condução de veículo sem habilitação legal, praticado no dia 04.05.2006, na pena de 90 dias de multa à taxa diária de € 5,00, o que perfaz o total de € 450,00;

c) Por decisão proferida em 26.05.2006, no processo 492/05....., transitada em julgado a 10.11.2006 o arguido BB foi condenado pela prática de um crime de condução de veículo sem habilitação legal, praticado no dia 19.07.2005, na pena de 90 dias de multa à taxa diária de € 5,00, o que perfaz o total de € 450,00;

d) Por decisão proferida em 29.03.2006, no processo 1439/00....., transitada em julgado a 21.11.2006 o arguido BB foi condenado pela prática de um crime de abuso de confiança, praticado no dia 27.02.2000, na pena de 100 dias de multa à taxa diária de € 6,00, o que perfaz o total de € 600,00;

e) Por decisão proferida em 29.05.2007, no processo 470/06....., transitada em julgado a 28.06.2007 o arguido BB foi condenado pela prática de um crime de condução de veículo sem habilitação legal, praticado no dia 12.02.2006, na pena de 90 dias de multa à taxa diária de € 5,00, o que perfaz o total de € 450,00;

f) Por decisão proferida em 10.03.2008, no processo 278/06....., transitada em julgado a 08.04.2008 o arguido BB foi condenado pela prática de um crime de condução de veículo sem habilitação legal, praticado no dia 26.01.2006, na pena de 180 dias de multa, à taxa diária de € 2,00, o que perfaz o total de € 360,00;

g) Por decisão proferida em 11.03.2008, no processo 170/05....., transitada em julgado a 09.04.2008, o arguido BB foi condenado pela prática de um crime de condução de veículo sem habilitação legal, praticado no dia 16.07.2004, na pena de 90 dias de multa, à taxa diária de € 2,00, o que perfaz o total de € 180,00;

h) Por decisão proferida em 20.12.2007, no processo 1003/04....., transitada em julgado a 12.03.2009, o arguido BB foi condenado pela prática de um crime de condução de veículo sem habilitação legal, praticado no dia 06.02.2004, na pena de 45 dias de multa, à taxa diária de € 4,00, o que perfaz o total de € 180,00;

i) Por decisão proferida em 16.10.2009, no processo 198/06....., transitada em julgado a 06.11.2009, o arguido BB foi condenado pela prática de um crime de condução de veículo sem habilitação legal, praticado no dia 12.02.2006, na pena de 2 meses de prisão, substituída por 60 horas de trabalho a favor da comunidade;

j) Por decisão proferida em 05.06.2014, no processo 150/13....., transitada em julgado a 05.06.2014, o

arguido BB foi condenado pela prática de um crime de condução de veículo sem habilitação legal, praticado no dia 16.05.2013, na pena de 3 meses de prisão, suspensa na sua execução pelo período de 1 ano;

k) Por decisão proferida em 18.06.2015, no processo 357/15....., transitada em julgado a 18.06.2015, o arguido BB foi condenado pela prática de um crime de desobediência, praticado no dia 04.02.2015, na pena de 60 dias de multa à taxa de € 5,00, o que perfaz o total de € 300,00, substituída por uma pena de admoestação;

l) Por decisão proferida em 13.10.2015, no processo 97/14....., transitada em julgado a 13.11.2015, o arguido BB foi condenado pela prática de um crime de furto simples, praticado no dia 05.11.2013, na pena de 2 meses de prisão, suspensa na sua execução pelo período de 1 ano, sob condição de, no mesmo prazo, juntar aos autos comprovativo de ter procedido ao pagamento do montante total de € 130,42. A suspensão da execução da pena de prisão foi, entretanto, revogada.

m) Por sentença proferida em 10.07.2018, no processo 46/12....., transitada em julgado no dia 10.09.2020 foi o arguido condenado pela prática de um crime de condução sem habilitação legal, praticado em 03.11.2011, na pena de 7 meses de prisão, suspensa na sua execução pelo período de 1 ano, sujeita à condição de se inscrever em escola de condução, frequentar as sessões necessárias e submeter-se aos respectivos exames.

Factos não provados

Da discussão da causa resultaram não provados os seguintes factos:

A- O arguido, que sempre transportava a vítima, no interior do veículo automóvel do mesmo, após proceder a travagens bruscas, agarrava e puxava a vítima pelos cabelos, pulsos ou roupa, impedindo que a mesma saísse do veículo automóvel, facto que provocava dores à vítima, originando o seu choro.

B- O arguido AA proferiu à vítima as expressões:

- “ENTÃO JÁ ESTÁS MAIS CALMA?”;

- “JÁ PODEMOS CONTINUAR A VIAGEM?”;

- “ÉS UMA CHORAMINGONA!”.

C- O arguido exigia que CC. dormisse nua, apesar de saber que a mesma padecia de febre reumática.

D- No período em que perdurou o relacionamento amoroso entre o arguido e a vítima, de Março de 2018 a 29 de Dezembro de 2018 o arguido controlou as chamadas e mensagens que a vítima realizava e recebia, apenas permitindo que a mesma realizasse contactos com o mesmo mas apenas o que resultou provado.

E- Em datas não concretamente apuradas, mas compreendidas entre o mês de Maio de 2018 e o dia 29 de Dezembro de 2018, num número de vezes não concretamente apurado, o arguido, através de técnicas de defesa pessoal, com o seu corpo, realizou manobras de imobilização no corpo da vítima, que causaram à mesma dores e mal-estar.

F- No período compreendido entre o mês de Maio de 2018 e o dia 29 de Dezembro de 2018 o arguido obrigou a vítima a levantar-se todos os dias entre as 5h00 e as 6h00 da manhã, proibindo-a de dormir ou de descansar, mas apenas o que resulta dos factos provados.

G- Em data não concretamente apurada, mas situada entre meados do mês de Maio e 29 de Dezembro de 2018, o arguido disse à vítima em tom de voz alto que tinha sido e que, por isso, tinha imunidade consular.

H- O arguido forçou CC. a ingerir o comprimido, mas apenas o que resulta dos factos provados.

I- O arguido praticava os factos descritos em 23 a 35 com frequência diária, mas apenas o que resulta dos factos provados.

J- Em datas não concretamente apuradas, mas compreendidas entre meados do mês de Maio de 2018 e o dia 29 de Dezembro de 2018, de forma não concretamente apurada, o arguido colocou a vítima CC. em estado de inconsciência e seguidamente, penetrou-a com o seu pénis na sua vagina e ânus, friccionando-o.

K- Em datas não concretamente apuradas compreendidas entre meados do mês de Maio de 2018 e o dia 29 de Dezembro de 2018, num número de vezes não concretamente apurado, nas ocasiões em que a vítima manifestou expressamente a sua oposição aos actos sexuais que o mesmo queria realizar, o arguido AA desferiu murros e chapadas no corpo da vítima.

L- Sabia também o arguido que, ao perseguir a vítima de forma directa e indirecta, presencialmente e através de controlo das mensagens e chamadas pela mesma recebidas, sempre de forma reiterada, com o propósito concretizado de, com tais expressões e condutas, impor a sua presença na vida da vítima e amedrontá-la, o que conseguiu, originava-lhe um receio constante das suas reacções, coarctando dessa forma a sua liberdade de determinação, nomeadamente a de movimentos, e bem assim perturbando o descanso e tranquilidade da vítima, resultados que previu e quis, bem sabendo ainda que tais condutas eram aptas a produzir tal efeito.

M- Mais agiu o arguido com o propósito concretizado de, mediante a prática dos descritos factos, após ter colocado a vítima em estado de inconsciência, praticar com a mesma actos sexuais de cópula anal e vaginal completa, tudo com vista a satisfazer os seus impulsos sexuais, bem sabendo que o fazia contra a vontade da vítima e ciente de que a sua conduta ofendia a dignidade, liberdade e autodeterminação sexual da mesma, o que quis e logrou conseguir.”

§2.(b). – DE DIREITO.

§2.(b).1. – QUALIFICAÇÃO JURÍDICO-PENAL (EXISTÊNCIA DE UMA RELAÇÃO DE CONCURSO APARENTE E/OU DE SUBSIDIARIEDADE ENTRE O CRIME DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E VIOLAÇÃO.

Na aceção performativa-conceptual com que desenha, jurídico-penalmente, a conduta comprovada, o agente estima (i) “entre estes crimes – violência doméstica e violação – verificar-se-á um concurso aparente de infracções ou concurso de normas, perdendo o crime de violência doméstica autonomia.”; (ii) “isto porque, o crime de violência doméstica estabelece no seu nº 1 uma pena abstracta que deixa de ser aplicável se pena mais grave couber por força de outra disposição legal. Ou seja, esta norma faz aplicação do denominado princípio da subsidiariedade, no âmbito do chamado concurso impróprio, aparente ou normativo”; já “no que concerne ao crime de violação imputado ao arguido, o tribunal a quo considerou que estávamos perante crimes de trato sucessivo, com uma reiteração de condutas homogéneas unificadas pela mesma resolução criminosa”; tendo considerado “condutas do arguido praticadas em duas ocasiões distintas – quando residiam em e após terem passado a residir em – as quais deverão corresponder a uma resolução criminosa distinta, pelo que entendeu existirem dois crimes de trato sucessivo”. Apesar de ter ocorrido uma “mudança de localidade”, tal não poderá ser entendido como despoletador de uma alteração, nem modificação ou renovação da “resolução criminosa inicial”, tendo o mesmo agido “determinado por uma única resolução e não formando sucessivamente novas resoluções”, pelo que deveria o tribunal ter considerado existir um crime de trato sucessivo. Assim, atendendo dever considerar-se a existência da figura jurídico-penal de concurso aparente “entre os crimes imputados ao arguido, isto é, entre o crime de violência doméstica e o crime de violação, e que os mesmos são considerados crimes de trato sucessivo, uma vez que tem uma única resolução criminosa e que são praticados com frequência, parece-nos que o arguido deveria ser punido pelo crime mais grave, in casu um crime de violação p. e p. pelo artº 164º nº 2 al. a) do C. penal, punido com pena de prisão de 3 a 10 anos.”

Prévia à análise do caso, importará perpassar uma breve vista de olhos pela figura do concurso aparente.

Estipula o artigo 30º, nº 1 do Código Penal que “O número de crimes determina-se pelo número de tipos de crime efectivamente cometidos ou pelo número de vezes que o mesmo tipo de crime for preenchido pela conduta do agente.”

Procurando pontilhando os traços definidores e essenciais da temática da unidade e pluralidade de

infracções, refere Claus Roxin, (Derecho Penal. Parte General, Tomo II. Especiales Formas de aparición del delito. Civitas e Thomson, 2014, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), ps. 941 a 987), que ocorre alguma dificuldade no seu exacto e delimitador campo de reconhecimento jurídico-categorial dado que, por vezes, as categorias do concurso ideal e concurso real se entrecruzem ou mesclam com o concurso de leis (ou unidade de leis, “es difícil hablar de un autentico “concurso” ou concorrência de diversas leis, porque la condena se basa sólo en una infracción de ley” – cfr, Claus Roxin, ibidem, p. 998).

“Os conceitos da linguagem legal “unidade de facto” e “pluralidade de facto” explicam-se porque no primeiro caso as distintas infracções d lei se produzem através de um facto e no segundo através de uma pluralidade de factos. As expressões habituais na linguagem técnico “concurso ideal” e “concurso real” baseiam-se na ideia de que o concurso realmente efectivamente (=realmente) existem vários factos, enquanto que a pluralidade de infracções da lei no concurso ideal só é de natureza ideal, quer dizer, baseiam-se numa pluralidade de tipos realizados enquanto que realmente só se cometeu uma acção”, “No concurso ideal homogéneo naturalmente só está disponível o marco penal do preceito lesionado várias vezes, Pelo contrário no concurso real fixa-se uma pena individual pra cada um dos factos e em seguida será configurada a partir das penas individuais uma “pena conjunta ou global”, que por regra geral consiste em “um aumento da pena mais alta merecida”. (Claus Roxin, ibidem, p. 941-942) Prossegue o Mestre que “o conceito de acção da teoria do concurso não se identifica nem com o conceito de acção do sistema de delito (o facto como uma acção típica, antijurídica e culpável) nem com o conceito processual penal de “facto”. (Claus Roxin, ibidem, p. 944) “A unidade de acção (quer dizer, a existência de uma mesma acção) [não se pode confundir] com “unidade de facto”. Certamente, cada unidade de facto pressupõe uma unidade de acção (isto é, a realização do resultado através de uma acção). Mas à unidade de acção se hão-de acrescentar várias infracções da lei (de diferente ou da mesma natureza) para que surja uma unidade de facto.” (Pode distinguir-se entre acção em sentido natural, a unidade típica de acção e a unidade natural de acção) (Claus Roxin, ibidem, ps. 944-945)

“A acção em sentido natural é uma manifestação da personalidade penalmente relevante que se manifesta nos delitos de comissão num emprego de energia positiva, quer dizer num movimento corporal levado pela vontade do actuante: por exemplo uma pedrada); já “a unidade típica de acção que se denomina também unidade jurídica ou normativa de acção e que às vezes é qualificada como unidade típica de valoração, se dá se a conduta típica, já seja conceptualmente, ou ao menos fáctica ou tipicamente, pressupõe várias acções únicas”; por fim “dá-se uma unidade natural de acção quando o agente põe operativa a vontade unitária dirigida à consecução de um resultado no mundo exterior através de uma pluralidade de actos uniformes e esses actos operantes individuais em virtude da sua conexão espacial e temporal é objectivamente reconhecível que pertencem de tal modo ao mesmo grupo que formam uma acção segundo a normal concepção da vida. (...) Há “quatro critérios que se devem dar juntos para a unidade natural da acção: uma vontade única; uma pluralidade de actos uniformes; uma estreita relação e conexão espacial e temporal dos actos individuais; e a sua pertença ao mesmo grupo reconhecível também objectivamente para um terceiro”. (Claus Roxin, ibidem, ps. 945-950. Desenvolvidamente cfr. ps. 950 a

959)

Ocorre uma situação de concurso aparente de leis “quando, ainda que de facto (“es cierto”) se hajam formalmente realizado vários tipos, não obstante (“empero”) mediante o castigo por um desses tipos já se retribuiu e saldou completamente o conteúdo do injusto ou ilícito e de culpabilidade do sucesso” (Claus Roxin, *ibidem*, pag. 997. Inês Ferreira Leite, in “Ne (Idem) Bis In Idem. Proibição da Dupla Punição e de Duplo Julgamento: Contributos para a Racionalidade do Poder Punitivo Público, Vol. I, AAFDL Editora, 2016, p. 815 refere que “Desde que Puppe recentrou as atenções na identidade do desvalor inerente aos ilícitos típicos, pouco mais se poderá acrescentar que seja substancialmente inovador. A autora procurou encontrar respostas na construção típica dos crimes e em linguagem jurídica, ou mesmo nas relações lógicas entre normas, mas acabou por concluir o inevitável: relevante é que não ocorra uma dupla valoração do mesmo facto jurídico. (...) A relevância das categorias lógicas tornou-se ainda mais despicienda depois das conclusões de Peter Abels, para quem a distinção entre concurso aparente e concurso ideal reside na contraposição entre proibição de dupla valoração e a necessidade de uma apreciação esgotante da ilicitude do facto global”)

A solução legislativa regulamentar e própria adoptada, de ordinário, para integrar o concurso de leis é mediante “denominadas cláusulas de subsidiariedade”, como será o caso do artigo 292º do Código Penal quando depois de descrever o crime de condução de veículo em estado de embriaguez lhe injunge a punição “até um ano ou com pena de multa até 120 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal”, sendo, no entanto, que dogmaticamente e jurisprudencialmente o concurso de leis se opera mediante a especialidade, a subsidiariedade e consunção. (Alguns autores, por exemplo Günther Jakobs e Puppe consideram a especialidade como única forma de concurso de leis – cfr. Claus Roxin, *ibidem*, 1000. Inês Ferreira Leite, na obra citado acrescenta a estas três categorias a “alternatividade”, *ibidem*, p. 817. “Ocorrendo concurso aparente de crimes (ou concurso de normas), por via da aplicação dos princípios ou critérios de resolução do concurso – especialidade, subsidiariedade, consunção e alternatividade –, o aplicador do Direito, de entre duas ou mais normas em concurso que estejam abrangidas por um dos referidos critérios, deverá escolher apenas uma, a qual será, efectivamente aplicada ao agente, ficando as demais excluídas da resolução do caso”).

(Especialidade, deve ser considerada, genericamente, “se existe um preceito penal [que] apresenta todos os elementos de outro e só se distingue deste se ademais contém como mínimo outro ulterior elemento mais especial”, já a subsidiariedade ocorre quando se deva “castigar

por um tipo se não intervém outro tipo que prevê uma penalidade mais grave”, do passo que a consunção “se apresenta nas duas formas de facto tipicamente concomitantes ou acompanhante e de facto posterior “copenado”,) – (Claus Roxin, *ibidem*, págs. 999, 1003 e 1011 a 1016)

“Em todos os casos de concurso de leis produz-se unicamente o castigo pelo delito preferente, de modo

que o tipo penal deslocado (“desplazado”) não é mencionado no conteúdo da decisão (“en el tenor del fallo”), ocorrendo quatro consequências: “a) se a lei preferente por motivos jurídico-normativos ou processuais, como por exemplo por desistência da tentativa ou por falta de acusação ou querela, não pode ser aplicada e portanto não se pode castigar por ela, por regra geral reaparece a lei “desplazada” e se converte em objecto de punição autónoma”; b) a lei “desplazada” pode ser tida em conta na medição ou determinação da pena na medida em que não se contradigam os princípios gerais desta (proibição da dupla valoração”; c) não se pode impor uma pena por baixo da pena mínima da lei “desplazada”; d) a circunstância de que o autor não pode ser castigado pela lei “desplazada” não impede no caso o castigo por este delito de um cooperador só em delito posterior” – (Claus Roxin, *ibidem*, 1017.)

A forma de compreender e perceber se ocorre uma situação de concurso aparente “pode ser motivada por distintos fenómenos. Pode tratar-se de um estrito problema de interpretação dos tipos incriminadores, fenómeno que alguma doutrina designa por “unidade de lei”, pode tratar-se de um problema de âmbito adjetivo, resolúvel mediante a valoração da prova, questão que é normalmente atribuída às relações de alternatividade entre tipos incriminadores; e pode tratar-se de uma situação em que diversos tipos incriminadores têm uma legítima pretensão concorrente de resolução do caso, embora se tenha de excluir o regime de concurso efetivo, hipótese qualificada por alguns autores como de “concurso aparente impróprio” ou “concurso efetivo aparente” ou “unrechete Real Konkurrenz”. O que se sustenta na presente tese é que a distinção entre estas figuras não pode assentar nas relações lógico-formais entre normas, mas antes em critérios materiais de análise dos factos”. (Inês Ferreira Leite, *ibidem*, vol. II, p. 296)

Na jurisprudência por todos, o acórdão deste Supremo Tribunal de Justiça, de 27-05-2010, Proferido no Processo nº 470/09.4PSLSB.L1.1, relatado pelo Conselheiro Henriques Gaspar., quando refere que (sic): “A problemática relativa ao concurso de crimes (unidade e pluralidade de infracções), das mais complexas na teoria geral do direito penal, [[1]] tem no artigo 30º do Código Penal a indicação de um princípio geral de solução: o número de crimes determina-se pelo número de tipos de crime efectivamente cometidos, ou pelo número de vezes que o mesmo tipo de crime for preenchido pela conduta do agente.

O critério determinante do concurso é, assim, no plano da indicação legislativa, o que resulta da consideração dos tipos legais violados. E efectivamente violados, o que aponta decisivamente para a consagração de um critério teleológico referido ao bem jurídico.

A indicação da lei acolhe, pois, as construções teóricas e as categorias dogmáticas que, sucessivamente elaboradas, se acolhem nas noções de concurso real e concurso ideal. Há concurso real quando o agente pratica vários actos que preenchem autonomamente vários crimes ou várias vezes o mesmo crime (pluralidade de acções), e concurso ideal quando através de uma mesma acção se violam várias normas penais, ou a mesma norma, repetidas vezes (unidade de acção).

O critério teleológico que a lei acolhe no tratamento do concurso de crimes, condensado na referência a

crimes «efectivamente cometidos», é adequado a delimitar os casos de concurso efectivo (pluralidade de crimes através de uma mesma acção ou de várias acções) das situações em que, não obstante a pluralidade de tipos de crime eventualmente preenchidos, não existe efectivo concurso de crimes (os casos de concurso aparente e de crime continuado).

Ao lado das espécies de concurso próprio (ideal ou real) há, com efeito, casos em que as leis penais concorrem só na aparência, excluindo uma as outras. A ideia fundamental comum a este grupo de situações é a de que o conteúdo do injusto de uma acção pode determinar-se exhaustivamente apenas por uma das leis penais que podem entrar em consideração - concurso impróprio, aparente ou unidade de lei.

A determinação dos casos de concurso aparente faz-se, de acordo com as definições maioritárias, segunda regras de especialidade, subsidiariedade ou consunção.

Especialmente difícil na sua caracterização é a consunção. Diz-se que há consunção quando o conteúdo de injusto de uma acção típica abrange, incluindo-o, outro tipo de modo que, de um ponto de vista jurídico, expressa de forma exhaustiva o desvalor (cfr. v. g. H. H. JESCHECK e THOMAS WEIGEND, "Tratado de Derecho Penal", 5ª edição, p. 788 e ss.).

A razão teleológica para determinar as normas efectivamente violadas ou os crimes efectivamente cometidos, só pode encontrar-se na referência a bens jurídicos que sejam efectivamente violados. O critério do bem jurídico como referente da natureza efectiva da violação plural é, pois, essencial.

O critério operativo de distinção entre categorias, que permite determinar se em casos de pluralidade de acções ou pluralidade de tipos realizados existe, efectivamente, unidade ou pluralidade de crimes, id. est, concurso legal ou aparente ou real ou ideal, reverte ao bem jurídico e à concreta definição que esteja subjacente relativamente a cada tipo de crime. Ao critério de bem jurídico têm de ser referidas as soluções a encontrar no plano da teoria geral do crime, sendo a matriz de toda a elaboração dogmática (cfr. acórdão do Supremo Tribunal de 29/06/2006, proc. nº 1942/06-3ª).

O crime de detenção de arma proibida, previsto (s) e punido pelos artºs 2º nº 1 al. t), 3º nº 2, al. l), 4º nº 1 e 86, nº 1 al. c) da lei nº 5/2006, de 23 de Fevereiro, está construído como crime de perigo abstracto, em que a lei previne o risco de uma lesão que coincide com a própria actividade proibida.

Os crimes de perigo abstracto são crimes de mera actividade, em que esta traduz uma perigosidade geral de acção típica para determinados bens jurídicos; o perigo não pertence ao tipo, como no perigo concreto, mas o comportamento correspondente é tipicamente próprio da produção de um perigo concreto (H. H. Jescheck, cit., p. 282-283).

Nos crimes de perigo, a realização do tipo basta-se com a mera colocação em perigo de bens jurídicos e

pode consistir simplesmente no motivo da proibição. Os comportamentos são tipificados em vista da perigosidade típica para um bem jurídico, sem que se mostre comprovada no caso concreto; há como que uma presunção inelidível de perigo, e por isso dispensa-se a criação de perigo efectivo (Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2ª ed., p. 308-309).

Nos crimes de perigo abstracto o perigo constitui o motivo da proibição, em função da perigosidade típica para um bem jurídico ou para uma série de bens jurídicos, independentemente de ser criado um perigo efectivo para o bem jurídico.

No crime de detenção de arma proibida, a justificação da tutela penal e a carência de pena estão, assim, ligadas à perigosidade típica para bens jurídico-penalmente tutelados que podem ser afectados pela simples detenção – os valores da ordem, segurança e tranquilidade pública. A justificação e a dimensão valorativa dos bens jurídicos protegidos identificam-se, mais remota ou difusamente, com a protecção de uma pluralidade de bens jurídicos, que a simples posse, ilegítima ou proibida, de um instrumento é susceptível de afectar, fazendo reverter para um campo de risco de afectação (cf., v. g., acórdãos do STJ, de 25/10/2006, proc. 3042/06 e de 14/12/2006, proc. 4344/06).

O bem jurídico, ainda numa projecção difusa de uma pluralidade de bens jurídicos e numa dimensão mais ampla, autonomiza-se de cada um dos concretos bens jurídicos que possam vir a ser individualmente afectados na respectiva titularidade concreta, sendo, por si, autonomamente e ex ante, considerado com relevante para justificar a definição de um crime de perigo.

Deste modo, a lesão do bem jurídico de perigo, assim compreendido, coincide logo no momento da detenção da arma proibida, independente da relação, específica e autónoma, de cada um dos valores individualizados que possam vir a ser concretamente afectados em crime posterior de resultado.

O crime de roubo, por seu lado, constitui um crime de resultado, que pressupõe a produção de um resultado como consequência da actividade do agente: a subtracção de coisa alheia com constrangimento para bens jurídicos pessoais.

O crime de roubo constitui, como é reconhecido, um crime complexo pela interposição de vários elementos que protegem bens jurídicos patrimoniais – na essência é um crime contra a propriedade integrado no Capítulo II («crimes contra a propriedade») do Título II («Dos crimes contra o património»), e bens jurídicos pessoais, por a ofensa à propriedade ser levada a efeito usando violência contra uma pessoa ou com a ameaça de um perigo iminente para a vida ou para a integridade física.

Por isso, a utilização de uma arma, enquanto tal, não faz parte dos elementos do tipo de roubo, nem integra circunstância agravante que, por si, modifique a natureza do crime ou a moldura da pena. A arma constitui, tão apenas, um instrumento material que, a par de outros, pode contribuir para realizar a

violência ou a ameaça, e sendo arma de fogo, terá o mesmo efeito instrumental quer seja proibida que de uso que tenha sido objecto de licença.

O crime de detenção de arma proibida, como crime de perigo, ficou integrado, autonomamente, logo com a detenção, independentemente do uso da arma que tenha sido feito posteriormente.

Os bens jurídicos protegidos são, pois, distintos num e outro dos crimes.

A posterior utilização apenas pode constituir um plus, que acresce e adensa, na valoração autónoma no contexto, as condições e as circunstâncias do crime de roubo.

Mas nem tal plus, no caso, está considerado com valor autónomo na fundamentação da decisão.

(In www.dgsi.pt)

Afeiçoando a análise do preceito (artigo 30º do Código Penal) à problemática do instituto do ne bis in idem, defende Inês Ferreira Leite, que o sentido a conferir ao termo “efectivamente” “é a que impõe ao intérprete que relacione o termo “efectivamente”, não com o preenchimento dos pressupostos da responsabilidade penal, nem com um critério único – como a acção, o resultado ou o bem jurídico –, mas antes com o conjunto de critérios sobre os quais se assentou a proibição de um ne bis in idem e que forma focados no capítulo anterior: identidade do agente, unidade normativo-social do facto, identidade funcional da norma de valoração e identidade funcional da norma sancionatória.” - (“Ne (Idem) Bis In Idem. Proibição da Dupla Punição e de Duplo Julgamento: Contributos para a Racionalidade do Poder Punitivo Público, Vol. I, AAFDL Editora, 2016, p. 860)

Para a Autora – e mantendo sempre uma presença e uma correlação com a temática do princípio ne bis in idem – “para que se conclua pela existência de um concurso efectivo de crimes, previsto no nº 1 do artigo 30º e regido plenamente pelo artigo 77º, ambos do CP, não basta a verificação de vários tipos incriminadores. É ainda preciso que, subjacente a cada um dos tipos em concurso, esteja, efectivamente, um crime autónomo sobre o qual possa ser realizado um juízo de censura jurídico-penal também autónomo. Não poderá, portanto, concluir-se no sentido de concurso efectivo de crimes sempre que: o mesmo agente pratique um só facto normativo-socialmente unitário, em sentido estrito, na sua unidade mínima; o mesmo agente pratique um facto normativo-socialmente unitário, em sentido amplo, quando algum dos elementos nucleares do facto – desvalor da acção, desvalor do resultado ou imputabilidade – não permita a autonomização necessária para a realização de dois ou mais juízos de censura jurídico-penal distintos, imprescindível para a determinação, também individual, das respectivas penas; ou o mesmo agente pratique uma pluralidade de factos, mas a aplicação de m dos tipos incriminadores imponha a ponderação de alguma das unidades nucleares essenciais a outro ou outros dos tipos incriminadores, ocorrendo assim uma dupla valoração proibida do mesmo facto, no seu sentido normativo-social.” (Inês

Ferreira Leite, *ibidem*, vol. II, p. 287)

“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, efectivamente, um desvalor autónomo, sobre o qual possa ser realizado um juízo de censura jurídico-penal, também autónomo.” (Inês Ferreira Leite, *ibidem*, vol. I, p. 861)

Uma perquirição temática reclama, como proscénio de apresentação, uma tentativa de recorte dos bens jurídicos tutelados por cada um dos ilícitos engolfados.

Comete o crime de violência doméstica “quem, de modo reiterado ou não, infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais: b) a pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação.” - artigo 152º, nº 1, alínea b) do Código Penal.

O bem jurídico que a norma transcrita pretende tutelar/proteger é, no discurso do acórdão deste Supremo Tribunal de Justiça, de 30.10.2019, proferido no processo nº 39/16.4TRGMR.S2: “[e]m relação ao bem jurídico protegido por esta incriminação, sendo a questão controvertida na doutrina e na jurisprudência, acolhemos a posição que é maioritariamente defendida, de que é a saúde, física, psíquica ou emocional, que pode ser afetada por toda uma multiplicidade de comportamentos que atinjam a dignidade pessoal da vítima, enquanto sujeito de qualquer das relações previstas no nº. 1 do artigo 152º - cf., entre outros, na doutrina, Américo Taipa de Carvalho, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2012, págs. 511 e 512, Nuno Brandão, *A tutela especial reforçada da violência doméstica*, in *Rev. Julgar*, nº. 12, - especial -, 2010, págs. 15 e 16 e Catarina Sá Gomes, in *O Crime de Maus Tratos Físicos e Psíquicos infligidos ao cônjuge ou ao convivente em condições análogas às dos cônjuges*, AAFDL, 2004, p. 59; e na jurisprudência, entre outros, Acórdãos da RP de 06/02/2013, proc. 2167/10.0PAVNG.P1 e de 10/07/2014, proc. 413/11.2GBAMT.P1 e Ac. da RL de 23/04/2015, proc. 469/13.3PBAMD.L1-9, todos acessíveis no endereço www.dgsi.pt).

O crime de violência doméstica é um crime específico, que pressupõe a existência de relação entre o agente e o sujeito passivo/vítima de entre as elencadas nas alíneas a) a d) do nº. 1 do artigo 152º do Código Penal.

O tipo objetivo do ilícito preenche-se com a ação de infligir maus tratos físicos ou psíquicos à vítima, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais.

Como se decidiu no Acórdão da R.E. de 09/01/2018, sumariado na C.J., Ano 2018, T. 1, pág. 317, no crime

de violência doméstica, «A descrição típica esgota-se na infligção de maus tratos físicos ou psíquicos por agente que se encontre com a vítima numa das relações mencionadas no preceito legal, ainda que se reconheça que o fundamento da ilicitude ou da sua agravação, subjacente à incriminação, se encontra na afetação da dignidade humana, decorrente da conjugação dos atos típicos ali previstos com a especial situação em que, reciprocamente, se encontram a vítima e o agente.»

Para o preenchimento do tipo legal do crime em apreço não se exige, pois, que a vítima se encontre numa posição de subalternização e/ou de dependência, designadamente económica, do agente, pois que, como se evidencia no Acórdão da RE de 26/09/2017, proc. 518/14.8PCSTB.E1, acessível no endereço eletrónico que vem sendo referenciado: «Não é elemento do tipo legal de violência doméstica que a ofendida tenha uma posição de relação de “subordinação existencial” ou seja, uma posição de inferioridade e/ou dependência com o arguido, apesar de constituir uma realidade sociológica presente em muitas das situações de violência doméstica previstas no art. 152.º do C. Penal, isso não significa que as esgote ou que constitua elemento típico de cuja demonstração depende a responsabilidade penal do agente.»

Com a redação dada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, ao artigo 152º do Código Penal, introduzindo-se no corpo do n.º 1 o segmento «de modo reiterado ou não», foi ultrapassada a querela que se vinha suscitando de saber se para integrar o conceito de «maus tratos» bastava a prática de um só ato, ou se era necessária a reiteração de condutas. Perante a atual redação do enunciado preceito legal, é isento de dúvidas que poderá bastar só uma conduta ou ato para que possa ser preenchido o crime de violência doméstica.

A dificuldade está em delimitar os casos em que a conduta é subsumível ao crime de violência doméstica, daqueles em que integra outros tipos de crime, tais como a ofensa à integridade física, a injúria, a ameaça, a coação, a perturbação da vida privada, entre outros.

Como se faz notar no Acórdão da R.P. de 13/06/2018, proferido no proc. 189/17.0GCOVR.P1, acessível no endereço www.dgsi.pt, a solução está no conceito de «maus tratos», sejam eles físicos ou psíquicos.

Com interesse para o caso concreto, importa a atentar no conceito de «maus tratos psíquicos».

Conforme se escreve Catarina Fernandes - O crime de Violência Doméstica, in Violência Doméstica implicações sociológicas, psicológicas e jurídicas do fenómeno, Manual Multidisciplinar, Centro de Estudos Judiciários, pág. 94, citando Teresa Magalhães, Violência e Abuso - Respostas Simples para Questões Complexas -: «Os maus tratos psíquicos são mais difíceis de caracterizar, porque se pode traduzir numa multiplicidade de comportamentos ativos e omissivos, verbais e não verbais, dirigidos direta ou indiretamente à vítima, que atingem e prejudicam o seu bem-estar psicológico, nomeadamente ameaçar, insultar, humilhar, vexar, desmoralizar, culpabilizar, atemorizar, intimidar, criticar, desprezar, rejeitar, ignorar, discriminar, manipular e exercer chantagem emocional sobre a vítima (...)»

Os maus tratos psíquicos, abrangem, assim, uma multiplicidade de comportamentos, que podem consistir em humilhações, provocações, ameaças (mesmo, que – como defende Américo Taipa de Carvalho, in ob. cit., pág. 332 – «não configuradoras em si do crime de ameaça»), os insultos, as críticas e comentários destrutivos, achincalhantes ou vexatórios, a sujeição a situações de humilhação, as ameaças, as privações da liberdade, as perseguições, as esperas inopinadas e não consentidas, os telefonemas a desoras, etc. (cfr., entre outros, Ac. da R.E de 08/01/2013, proc. 113/10.0TAVV.E1 e Ac. da RL de 05/07/2016, proc. disponíveis no endereço www.dgsi.pt).

Decisivo para que tais comportamentos possam integrar o conceito de maus tratos psíquicos passível de preencher o tipo objetivo do crime de violência doméstica é que revistam intensidade ou gravidade bastante para poder justificar «a sua autonomização relativamente aos ilícitos que as condutas individualmente consideradas possam integrar» (Ac. da RG de 10/07/2014, proc. 591/11.0PBGMR, acessível no endereço www.dgsi.pt).

Dito de outro nodo, o comportamento tem de assumir uma dimensão ou intensidade bastante para poder ofender a saúde psíquica e emocional da vítima, de modo incompatível com a sua dignidade pessoal, enquanto sujeito compreendido no elenco definido nas diversas alíneas do n.º 1 do artigo 152.º.

Na apreciação do(s) comportamento(s) assumido(s) pelo agente, em termos de se poder decidir se configura(m) «maus tratos psíquicos», haverá que ter em conta a imagem global do facto. (cf. Nuno Brandão, in ob. cit., pág. 19 e Ac. da RC de 12/04/2018, proc. 3/17.6GCIDN.C1, acessível em www.dgsi.pt).

Quanto ao tipo subjetivo de ilícito, exige-se o dolo, em qualquer das suas formas (direto, necessário ou eventual).” (disponível em www.dgsi.pt)

Na doutrina estrangeira com a previsão de condutas tipificadas na norma incriminante como “violência doméstica” pretende-se proteger a dignidade pessoal e a integridade moral. “Todo o acto de violência contra uma pessoa supõe um ataque à sua dignidade, enquanto representa um desprezo relativamente à mesma. No entanto, no nosso caso a norma castiga um ataque mais intenso contra a integridade moral, qualificado pela nota de habitualidade e pelo âmbito familiar em que se produz. A situação reiterada e permanente de violência produz na pessoa um sentimento alheio à sua condição de «ser social» e sujeito de direitos e degrada-a a simples «ser natural» sem direitos e submetida à vontade de outro «mais forte» (o violento). E essa degradação se exacerba se precisamente essa violência se exerce por algum membro da própria família (ou assimilado), que é o grupo no qual o ser humano começa a sua «socialidade».” (Sentencias do Supremo Tribunal (Espanhol) 653/2009, de 25 de Maio e 1044/2009, de 3 de Novembro) – Cfr. Javier Boix Reig (Dirección), “Derecho Penal. Parte Especial. Volumen I, La protección penal de los intereses jurídicos personales”, Iustel, 2ª edición, Madrid, 2016, p. 306-307. Com a tipificação do crime de violência doméstica pretende-se proteger mais do que a integridade corporal, mas outrossim a saúde da

pessoa que sofre, de forma reiterada, ou não, as ações lesivas na sua esfera de direitos pessoais, como seja a sua saúde moral a psíquica bem como daqueles que vivenciam no mesmo espaço de «convivência familiar». “Por isso se diz que resulta protegida não a dignidade do familiar do agressor que é o destinatário directo dos actos de violência, mas também a dignidade de todos os demais membros da família (e assimilados) que (con)vivem submetidos ao entorno da violência habitual. Nesse contexto, o sentimento de espacial degradação sofrem-no não só os familiares que são agredidos, mas também os demais enquanto se sentem como possíveis futuros agredidos...Por isso a STS 1044/2009, de 3 de Novembro, afirma que esta norma protege «a paz no núcleo familiar como bem jurídico colectivo” - Javier Boix Reig, *ibidem*, p. 307.

Já no concernente ao bem jurídico protegido pelo artigo 164º do Código Penal o que o legislador pretende é proteger a liberdade sexual, ou dito de outro modo a liberdade que é conferida e exalçada a qualquer pessoa de eleger como e com quem se pretende relacionar sexualmente. “A liberdade sexual não é mais do que o exercício da liberdade pessoal na área da sexualidade, entendendo-se, em sentido dinâmico, tanto a faculdade de decidir levar a cabo determinadas actividades sexuais com a faculdade de aceitar as que propõe outra pessoa.” Na prevenção suposta na norma incriminadora o pretende se pretende salvaguardar é que o sujeito passivo veja anulada a sua liberdade sexual “pelo exercício da violência ou intimidação por parte do sujeito activo, de modo que o sujeito passivo não possa opor a sua vontade às pretensões daquele.” - Cfr. Javier Boix Reig, *ibidem*, p. 354.

Um cotejo lhan e despreocupado do que fica exposto, acerca da natureza dos bens jurídicos supostos nas normas incriminadoras, evidencia a sua dispersão e variedade, o que inculca o afastamento da possibilidade de submeter a sua disciplina e configuração normativa a um concurso aparente de crimes.

Isso mesmo foi asseverado no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27 de Novembro de 2018, proferido no processo nº 574/16.4PBAGH.S1, relatado pelo Conselheiro Manuel Augusto de Matos, onde se exprimiu a seguinte doutrina (sic): “I - O art. 164.º, n.º 1, do CP descreve o crime de violação como um caso especial de coacção sexual, uma coacção sexual qualificada. O agente constrange a vítima (por meio de violência, ameaça grave ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir), seja menor ou adulto, homem ou mulher, a sofrer ou praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou a sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos. Com o que se criminalizam condutas que atentam gravemente contra a liberdade da vontade do sujeito, através de coacção grave ou violência. II - No caso presente, de acordo com a factualidade provada, a conduta do arguido integra os elementos objectivos [agarrou a ofendida, empurrou-a para cima da cama, deu-lhe duas pancadas nas pernas e agarrou-a pelo pescoço», tirou-lhe a roupa que envergava, colocou-se sobre o corpo da mesma, afastou-lhe as pernas com o uso da força física e penetrou-a na vagina com o pénis erecto, tendo continuado com a sua actuação apesar de a ofendida lhe ter pedido que a largasse] e subjectivos do tipo de ilícito que lhe vinha imputado, impondo-se a conclusão de que cometeu um crime de violação. III - Sistemáticamente integrado, no CP, no título dedicado aos crimes contra as

pessoas e, especificamente, no capítulo dos crimes contra a integridade física, a teleologia do crime de violência doméstica assenta na protecção da pessoa individual e da sua dignidade humana, punindo aquelas condutas que lesam esta dignidade, quer na vertente física como psíquica. IV - O n.º 1 do art. 152.º do CP, com o segmento «se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal», consagra, de modo expresse, regra da subsidiariedade, significando, segundo alguns, que a punição por este crime apenas terá lugar quando ao crime geral a que corresponde a ofensa não seja aplicada uma pena mais grave. V - Neste entendimento, se a punição do(s) crime(s) concorrente(s) for superior a 5 anos - pena mais elevada do que a máxima abstracta prevista para a violência doméstica - estaremos perante um concurso aparente de crimes, sendo a incriminação do art. 152.º afastada em resultado da regra da subsidiariedade. VI - Uma aplicação meramente formal e positivista da regra da subsidiariedade expressa no citado art. 152.º, do CP poderá traduzir-se numa injustiça material de muitas decisões e num benefício para o infractor-arguido dificilmente tolerável. VII - A prática mais ou menos constante e reiterada das condutas descritas no art. 152.º, do CP desde que cada uma dessas condutas não permita a sua autonomização, dará origem a uma unicidade normativo-social, tipicamente imposta, pelo que o agente terá praticado um só crime, desde que esteja em causa uma só vítima. VIII - Esta unidade pode vir a cindir-se, no entanto, quando algum dos actos isolados permita a verificação do tipo social de um crime mais grave - ofensa à integridade física grave, violação, homicídio -, devendo o agente ser punido em concurso efectivo com os crimes de violência doméstica. IX - Na relação do crime de violência doméstica com outros de pena mais elevada, considera-se, pois, que a prática de crime mais grave é um factor de cisão da unicidade do crime, devendo concorrer, em concurso efectivo, o crime mais grave e a violência doméstica. X - Como salienta MARIA PAULA RIBEIRO FARIA, «para afirmar a pluralidade criminosa é necessário que se deixe afirmar em relação ao agente mais do que um juízo de censura referida a uma pluralidade de processos resolutivos». Segundo a mesma autora, há que «acrescentar à pluralidade de bens jurídicos violados uma pluralidade de processos volitivos merecedores de distintos juízos de censura», justificando-se a unidade ou pluralidade desses juízos de censura numa «avaliação mais global que corresponde ao significado social do facto que inspira a própria formulação dos tipos legais de crime» - o sentido social da ilicitude material. XI - No caso apreciado, a actuação do arguido na agressão sexual cometida se afasta-se do conjunto de agressões e outras ofensas praticadas sobre a ofendida, então sua companheira, tendo obedecido a uma autónoma resolução perfeitamente cindível das reiteradas resoluções presentes nos demais comportamentos. Tendo presente o perfil das ofensas reiteradamente cometidas sobre a ofendida, tem-se como evidente que a violação praticada em finais de 2014 não radica no mesmo processo volitivo presente naquelas ofensas. XII - Constituindo igualmente uma evidência que os bens protegidos com as incriminações de violência doméstica e de violação, tendo pontos de contacto, não são coincidentes. O significado social e o sentido social da ilicitude material de uma e de outra das ditas incriminações são distintos, não obstante os pontos comuns que se podem aí observar. XIII - O juízo de censura pela prática do crime de violação assume autonomia relativamente ao que deve ser formulado relativamente às ofensas unificadas na violência doméstica.” (Disponível em www.dgsi.pt).

Não vemos razão para nos afastarmos da doutrina afirmada no aresto citado, nem, pensamos, a melhor

hermenêutica jurídica o aconselha. Na verdade, não só a etiologia normativa se apresenta totalmente distinta como a pauta de resolução executiva se exprime e desenvolve numa resolução criminosa absolutamente distinta. O agente de um crime de violência doméstica desenvolve a sua reiteração criminosa e a sua actuação numa lógica de acção que não se compagina com a estrutura de uma actuação de violência sexual. Esta, cremos, evidencia-se pela satisfação do libido e da solicitação ou tensão sexual, que tanto poderia ser exercida no âmbito familiar como num contexto externo, enquanto a violência sobre uma pessoa que convive num mesmo e conjunto ambiente de interacção pessoal se exerce, num âmbito de busca ou procura de exercício de «dominação» ou tentativa de controlo da pessoa que convive nesse mesmo espaço de convivência. Os actos expressivos de violência sexual, esmerilados na factualidade comprovada, não evidenciam uma exigência de dominação, antes um evidente, diríamos escatológico, sentido de perversão sexual que projectaria naquela concreta pessoa ou noutra qualquer. Dir-se-á que aquela se apresenta como «familiar» e portanto com «acesso» mais permissivo, aos seus desvarios e distopias sexuais. No entanto, a proximidade da pessoa não pode escamotear a verdadeira e inauferível natureza do acto de sujeição e violência em que se expressão o descaminho da pulsão sexual que induz o agressor ao acto de violação.

Desatende-se, com a argumentação expendida, a pretensão do recorrente, relativamente a este segmento da pretensão recursiva.

§2.(b).2. - CRIME DE VIOLAÇÃO - TRATO SUCESSIVO.

Pretende o recorrente que à sua actividade de violação – nos dois actos que o tribunal deu como comprovados, em e – seja conferida uma relação de “trato sucessivo”.

Ultrapassada a divergência jurisprudencial que se instalara, firmou-se um escol de arestos que atestam a bondade da tese que advoga e defende a posição jurídico-positiva de que a figura do crime de «trato sucessivo», não tem aplicação aos crimes de natureza sexual, pela idiosincrasia ôntica com que é possível figurar este tipo de ilícito. Desde logo, pela sua natureza eminentemente pessoal do bem jurídico que a norma penal pretende e logra proteger e logo pela atitude resolutiva que se prospectiva na execução do ilícito. A lei não consente que a figura de continuação criminosa se aplique às situações em que o agente viola repetidamente a mesma norma de protecção, fazendo transparecer uma menorização e merma da culpabilidade, pela facilidade com que se propicia a prática do ilícito. Do mesmo passo, nunca tivemos como ajustada a designação, ou nominação aplicada à exemplaridade terminológica jurídico-penal, o tratamento de determinadas situação como tratando-se de um caso de «trato sucessivo». Poder-se-ia tratar de crime «exaurido» ou «protelados», como ocorre para a criminalidade atinente com o tráfico de droga, mas, em nosso juízo, não como de «trato sucessivo», que é a nominação adestrada para configurar uma figura do direito sucedâneo ou transmissivo no plano registral.

No acórdão deste Supremo Tribunal de Justiça, de 27 de Fevereiro de 2019, proferido no processo nº

2165/15.8JAPRT.P1.S1, recenseou-se jurisprudência que arreda a qualificação de crime de «trato sucessivo» quando estão em causa acções injustas contra a autodeterminação da liberdade sexual. Quedam alguns como exemplo.

“Ac. STJ de 30/11/2016, Proc. 444/15.3JAPRT.G1.S1, Rel. Pires da Graça

I - O crime de trato sucessivo, embora englobe a realização plúrima do mesmo tipo de crime ou de vários tipos de crime que fundamentalmente protejam o mesmo bem jurídico executado por forma essencialmente homogénea, é unificado pela mesma resolução criminosa, bastando a prática de qualquer das condutas para que fique preenchido o tipo legal de crime. II - No caso, estando em causa crimes de abuso sexual de crianças, as acções adequadas à produção do resultado, ainda que de forma sucessiva, não se encontram interligadas de forma a que só possam produzir o resultado numa adequação conjunta de todas elas. Outrossim, cada acção produz o conseqüente resultado. Pelo que, in casu, a renovação da acção criminosa reiterada desenvolvida, produz o conseqüente e adequado resultado. Embora haja homogeneidade na violação do mesmo bem jurídico, há uma pluralidade da resolução criminosa na produção do resultado que desencadeia e que se autonomiza como tal. Inexiste, pois, o crime de trato sucessivo. III - Inexistem, de igual forma, os pressupostos do crime continuado, uma vez que o ilícito de abuso sexual de crianças atenta contra bem jurídico eminentemente pessoal, qual seja a autodeterminação sexual da vítima, pelo que está legalmente afastada a possibilidade de o arguido ter praticado um só crime continuado, atento o disposto no art. 30.º, n.º 3, do CP. IV - Tendo em conta que a situação delituosa ocorreu não menos de 20 vezes, mediante o aproveitamento da ausência da residência da companheira do arguido, sendo que em algumas das ocasiões o arguido procurou penetrar o ânus da ofendida, não tendo nunca usado preservativo e em algumas das situações ejaculado na zona da vagina da ofendida, o grau de ilicitude é muito elevado. O dolo é também intenso. As exigências de prevenção geral são, de igual forma, elevadas, o mesmo acontecendo com as exigências de prevenção especial, não obstante o arguido ser primário, face às circunstâncias da infracção e necessidade de dissuasão da reincidência. Pelo que, tudo ponderado, se revela justa a pena de 2 anos e 3 meses de prisão por cada um dos 20 crimes em causa e de 3 anos de prisão por cada um dos 2 restantes crimes, relativos às situações em que o arguido ejaculou na zona da vagina da ofendida e em que procurou introduzir o seu pénis erecto no ânus da ofendida. V - Analisado o ilícito global, verifica-se a natureza homogénea e gravidade dos crimes, reflectida nas penas parcelares ora aplicadas. Os factos encontram-se interligados, por resoluções e meio de actuação idênticos. O arguido não possui antecedentes criminais e à data dos factos mantinha uma vida familiar estruturada, estando integrado familiar e socialmente. O ilícito global foi perpetrado sobre uma única pessoa menor, pelo que verifica-se que os factos resultaram de actuação pluriocasional e não de tendência para delinquir. Pelo que, tudo ponderado se conclui ser adequada a pena única de 8 anos de prisão.

Ac. STJ de 14/12/2016, Proc. 3/15.0T9CLB.C1.S1, Rel. Sousa Fonte

I - Resultando dos factos provados que, pelo menos, desde meados do mês de Setembro de 2013 e até

Dezembro de 2014, a arguida, em comum acordo e em união de esforços com o arguido, decidiu sujeitar a sua filha menor de 14 anos, à prática de relações sexuais com o arguido de cópula completa, com frequência quinzenal, em troca de géneros alimentícios, aproveitando a relação de proximidade e confiança que aquele detinha junto da menor, em resultado das quais a menor veio a engravidar, forçoso é considerar que a referida conduta preenche não a prática, em co-autoria, de um crime de abuso sexual de abuso sexual de criança agravado, de trato sucessivo, p. e p. pelos arts. 171.º, n.ºs 1 e 2 e 177.º, n.ºs 1, al. a), e 4, do CP, mas antes a prática, em co-autoria e concurso real, de um crime de abuso sexual de criança agravado, p. e p. pelos arts. 171.º, n.ºs 1 e 2 e 177.º, n.ºs 1, al. a), e 4, e tantos crimes de abuso sexual de criança agravado, p. e p. pelos arts. 171.º, n.ºs 1 e 2 e 177.º, n.ºs 1, al. a), todos do CP quanto os actos sexuais praticados. II - A reiteração criminosa é resultado do acordo estabelecido entre os dois arguidos, no sentido da sujeição da vítima à prática de relações sexuais com ele, daí que a resolução criminosa de um e de outro, se renovassem, em todas as manhãs ou tardes de domingo, normalmente em cada quinzena, durante aquele período temporal de não menos de 11 meses. III - Devendo os factos ser entendidos como constituindo o concurso de um elevado número de crimes - não será exagero pensar em 10/11 crimes daquele segundo tipo, tantos os meses que durou a situação - e não devendo as penas parcelares a aplicar por qualquer deles ser muito diferentes das cominadas pela 1.ª instância, ou mesmo que, por meras razões argumentativas, se devessem fixar no limite mínimo (4 anos e 6 meses de prisão), a pena conjunta por que cada um dos arguidos viria a ser condenado seria necessariamente mais elevada do que a de 10 e 11 anos que foi imposta à arguida e ao arguido, respectivamente, pelo Tribunal da Relação. IV - Tais penas conjuntas são inatendíveis por violarem o princípio da proibição da reformatio in pejus, consagrado no n.º 1 do art. 409.º do CPP, dado que o recurso foi interposto unicamente pelos arguidos, mas evidenciam, ainda assim, a improcedência do recurso quanto à medida das penas aplicadas. V - A doença de que o arguido padece (por ter sofrido a extracção de um pulmão, vários enfartes, é insulino dependente, sofreu vários acidentes vasculares cerebrais que lhe determinaram alguma confusão mental e conversas incoerentes, confusão mental), bem como, a confissão por este formulada, com valor atenuativo algo esbatido, como simples corroboração dos indícios fornecidos pela prova documental produzida, não tem a virtualidade de diminuir de forma acentuada a ilicitude da conduta do arguido, a sua culpa ou a necessidade da pena, por forma a justificar uma atenuação especial da pena. VI - As dificuldades económicas da arguida e o seu analfabetismo, por si, não diminui, nem pode diminuir, a consciência do desvalor da sua conduta, nem podem justificar ou ajudar a compreender o acordo com o arguido, sendo que, a circunstância de a ofendida já não se encontrar a seu cargo, que de maneira nenhuma diminui o mal que lhe causou, pelo que, tais factores não são motivo de atenuação da ilicitude dos factos provados que justifiquem uma atenuação especial da pena. (Com referência de abundante jurisprudência do STJ).

Ac. STJ de 4/5/2017, Proc. 110/14.7JASTB.E1.S1, Rel. Helena Moniz

II - No acórdão recorrido, considerou-se expressamente que terá havido uma pluralidade de resoluções criminosas, concluindo-se, no entanto, pela punição de apenas um crime de abuso sexual de criança e um crime de abuso sexual de menor dependente, com o argumento de que não foi possível proceder à

quantificação do número de vezes que ocorreram os atos de abuso, ou seja, considerou-se que não havendo prova do número exato de atos realizados, apenas se condena por um, isto apesar de ter sido dado como provado que o “arguido manteve as descritas práticas sexuais com o ofendido RC, reiteradamente, ao longo dos anos, várias vezes por semana, mesmo depois do mesmo ter atingido a maioridade, mais concretamente, até ao dia ...05/2014” (facto provado 7). III - Tratando-se no presente caso de crimes contra bem jurídico eminentemente pessoal, como é o bem jurídico da autodeterminação sexual da criança e do menor dependente logo por força do disposto no art. 30.º, n.º 3, do CP, bem andou o acórdão recorrido que considerou não ser o caso dos autos subsumível à figura do crime continuado, ainda que o argumento utilizado para chegar a esta conclusão tenha sido tão-só o da existência de uma pluralidade de resoluções criminosas. IV - Devemos concluir que houve uma pluralidade sucessiva de crimes contra a autodeterminação sexual do ofendido praticados ao longo de um período excessivamente longo de tempo, cerca de mais de 10 anos — entre 2002/2003 (cf. facto provado 3) e até05.2014 (cf. facto provado 7). V - Porém, é com base nesta ideia de sucessão de crimes idênticos contra a mesma vítima, e num certo e delimitado período temporal, que o Supremo Tribunal de Justiça tem considerado que estamos perante o que vem designando de “crime de trato sucessivo”, e por isso o acórdão recorrido acabou por condenar o arguido em apenas um crime de abuso sexual de criança e um crime de abuso sexual de menor dependente. Ou seja, a jurisprudência portuguesa, acaba por unificar, à margem da lei, várias condutas numa única, considerando que há uma unidade de resolução (que abarca todas as resoluções parcelares que ocorrem aquando da prática de cada sucessivo ato integrador de um tipo legal de crime), mas em que, à medida que se prolonga no tempo, produz uma agravação da culpa do agente. VI - É esta conduta prolongada, protraída, no tempo que levou à sua designação como crime prolongado, embora a caracterização do crime como prolongado dependa de a conduta legal e tipicamente descrita se poder considerar como sendo uma conduta prolongada — ora, a conduta, por exemplo, do crime de abuso sexual de criança, ainda que este seja repetido inúmeras vezes, está limitada temporalmente; os atos consubstanciadores daquele abuso, isto é, a prática de “acto sexual de relevo” (cf. arts. 171.º e 172.º, ambos do CP) ocorrem num certo período e quando sucessivamente repetidos, tem entendido alguma jurisprudência, como integrando um mesmo crime de abuso sexual. VII - Porém, ideia de sucessão de condutas que parece querer-se atingir com a designação de “trato sucessivo” implica necessariamente que haja uma sucessão de tipos legais de crime preenchidos e, portanto, segundo a lei, uma punição em sede de concurso de crimes. A unificação de todos os crimes praticados em apenas um crime, quando o tipo legal de crime impõe a punição pela prática de cada ato sexual de relevo, e sem que legalmente esteja prevista qualquer figura legal que permita agregar todos estes crimes, constitui uma punição contra a lei, desde logo, por não aplicação do regime do concurso de crimes. Isto é, não podendo unificar-se a prática de todos aqueles atos no crime continuado, previsto no art. 30.º, n.º 2, do CP, por força do disposto no art. 30.º, n.º 3, do CP, então apenas nos resta aplicar o disposto no art. 30.º, n.º 1, do CP. Entender que tendo sido o mesmo tipo legal de crime preenchido diversas vezes pela conduta do arguido, ainda assim devemos entender como estando apenas perante um único crime, será decidir contra legem. VIII - Além do mais, a designação de “trato sucessivo” constitui uma designação com um significado juridicamente muito preciso e decorrente do Código de Registo Predial (cf. art. 34.º) pretendendo-se documentar o trato, a

traditio da coisa, sucessivamente; ora, num crime sexual não há traditio. IX - E crime exaurido ou consumido dá a ideia de que logo no primeiro ato se consuma, tornando irrelevantes os atos sucessivos. Ora, o exaurimento do crime assume importância em todos aqueles casos em que, após a consumação, ocorre a terminação do crime, sendo relevante a desistência da tentativa entre um e outro momento. Mas a prática de um crime sexual seguida da de outros crimes sexuais não impede a consumação de um crime sexual em cada um dos atos. X - O “crime de trato sucessivo” tal como tem sido caracterizado pela jurisprudência corresponde ao crime habitual, ou seja, “aqueles em que a realização do tipo incriminador supõe que o agente pratique determinado comportamento de uma forma reiterada, até ao ponto de ela poder dizer-se habitual” (Figueiredo Dias). No entanto, o entendimento de um crime como sendo crime habitual tem necessariamente que decorrer, atento o princípio constitucional da legalidade criminal (art. 29.º, n.º 1, da CRP), do tipo legal de crime previsto na lei. XI - A punição de uma certa conduta a partir da reiteração, sem possibilidade de análise individual de cada ato, apenas decorre da lei, ou dito de outro modo, do tipo legal de crime. Ora, unificar diversos comportamentos individuais que têm subjacente uma resolução distinta sem que a lei tenha procedido a essa unificação constitui uma clara violação do princípio da legalidade, e, portanto, uma interpretação inconstitucional do disposto nos arts. 171.º e 172.º, ambos do CP. XII - Em parte alguma os tipos legais de crime de abuso sexual de criança e de abuso sexual de menor dependente permitem que se possa entender apenas como um único crime a prática repetida em diversos dias, ao longo de vários anos — mais de 10 —, em momentos temporalmente distintos, e fundada em sucessivas resoluções criminosas, de diversos atos sexuais de relevo. XIII - Casos há em que não é possível apurar o número exato de condutas praticadas pelo arguido. Ou seja, sobra a pergunta: tendo conseguido a prova dos atos de abuso sexual, mas sem prova precisa do número de vezes e do momento temporal, o arguido deve ser absolvido dos crimes que praticou? Ou quantos crimes devem ser-lhe imputados? Enquanto se mantiver a legislação que temos, cabe fazer a prova do maior número possível de atos individuais, devendo ser excluídos, em nome do princípio in dubio pro reo, aqueles cuja prova se não consegue obter de forma segura. (Com orientação similar, e da mesma relatora, cfr. Ac. STJ de 20/4/2016, Proc. 657/13.2JAPRT.P1.S1).

Ac. STJ de 13/7/2017, Proc. 1205/15.5T9VIS.C1.S2, Rel. Rosa Tching

I - É de afastar a figura do chamado “crime de trato sucessivo”, no crime de abuso sexual de crianças, p. e p. pelo art. 171.º, n.º 1 e 2 e 177.º, n.º 1, ambos do CP, dado que não nos encontramos perante uma “multiplicidade de actos semelhantes” realizados numa forma reiterada sob o denominador numa unidade resolutive pois que cada um dos vários actos do arguido foi levado a cabo numa policromia de contextos separados por um hiato temporal e comandadas por uma diversas resoluções, traduzindo-se cada uma numa autónoma lesão do bem jurídico protegido.

II - Cada um destes actos não constituiu um segmento ou parcela numa globalidade factual desdobrando-se como parte numa única actividade, mas constitui por si mesmo facto autónomo. Deve por isso entender-se que, referentemente a cada grupo de actos existe, pluralidade de crimes.

Ac. STJ de 18/1/2018, Proc. 239/11.3TALRS.L1, Rel. Lopes da Mota

III - Tendo o tribunal da Relação reduzido a pena aplicada de 13 para 7 anos de prisão e não estando presentes os demais pressupostos relativos à identidade de facto e de qualificação jurídica, deve concluir-se que a decisão de 1.ª instância não foi “confirmada”, pelo que o recurso é admissível. IV - Alguma jurisprudência, nomeadamente o acórdão deste STJ de 29-11-2012, proferido no proc. 862/11.6TAPFR.S1, seguido no acórdão recorrido, tem vindo a considerar que, nos casos em que os crimes sexuais envolvem uma repetitiva actividade prolongada no tempo, tornando difícil e quase arbitrária qualquer contagem, se deve recorrer às figuras dos crimes “prolongados”, “protelados”, “protraídos”, “exauridos” ou “de trato sucessivo”, em que se convencionou que há só um crime, apesar de se desdobrar em várias condutas que, se isoladas, constituiriam um crime, tanto mais grave, no quadro da sua moldura penal, quanto mais repetido. V - Seguindo outra jurisprudência do STJ, nomeadamente o acórdão de 06-04-2016, proferido no proc.19/15.7JAPDL.S1, não é possível concluir, perante a matéria de facto provada, que a conduta do recorrente se reconduz ao preenchimento, por uma única vez, do tipo de crime da previsão do art. 171.º, n.º 2, do CP. VI - Os factos praticados, repetidos com regularidade, integram reiteradamente os elementos do tipo de ilícito consistentes em cópula, coito anal e coito oral, introdução vaginal e anal de partes de corpo, conferindo, assim, por si só, na sua enumeração cumulativa, concreta expressão ao elevadíssimo grau de ilicitude da conduta do recorrente. VII - As fortes exigências de protecção do bem jurídico violado – a autodeterminação sexual associada ao livre desenvolvimento da personalidade da menor na esfera sexual –, na proporção da intensidade e frequência da sua lesão, e de prevenção, na consideração do elevadíssimo grau de ilicitude dos factos e de intensidade do dolo e das demais circunstâncias relevantes para determinação da medida da pena, justificariam, num severo juízo de censura, em função do elevadíssimo grau de culpa, a aplicação de uma pena que, dentro da moldura de 3 a 10 anos de prisão, se aproximasse do seu limite máximo, sem prejuízo da ponderação dos factos à luz do regime da punição do concurso de crimes, nos termos do disposto nos arts. 30.º e 77.º do CP. VIII - Porém, por virtude da limitação imposta pelo princípio da proibição de reformatio in pejus, nos termos do disposto no artigo 409.º do CPP, uma vez que o recurso foi interposto somente pelo arguido, não pode este tribunal, modificar, na sua espécie ou medida, a sanção constante da decisão recorrida, o que significa que, no caso concreto, não poderá ser agravada a pena de 7 anos de prisão aplicada pelo tribunal da Relação, que assim se mantém.

Ac. STJ de 22/3/2018, Proc. 467/16.5PALS.B.L1-S1, Rel. Souto de Moura

I - A jurisprudência do STJ, já antes maioritária, é presentemente praticamente unânime, ao afastar a figura de «trato sucessivo» dos casos de crimes contra a autodeterminação sexual do art. 171.º e 172.º, ambos do CPP. II - O crime de «trato sucessivo» trata-se de uma criação da doutrina e também da jurisprudência, fundamentalmente para abarcar as situações de reiteração de crimes iguais ou próximos, em que se não pode falar de uma situação exterior que diminua consideravelmente a culpa do agente (art. 30.º, n.º 2, do CP). No art. 119.º, n.º 2, al. b), do CP alude-se aos “crimes habituais” e, ao nível processual, o art. 19.º, n.º

3, do CPP, ao falar de crime que se consuma por actos reiterados, pode estar a referir-se não só ao crime continuado como ao crime habitual. Assim a designação de «crime habitual» será preferível a «crime de unidade de valoração», «de trato sucessivo» ou de «actividade» ou «exaurido». III - No crime habitual a consumação prolonga-se no tempo por força de uma multiplicidade de actos reiterados, sendo cada um estritamente unitário. Certo que a reiteração se analisa numa pluralidade de actos homogéneos intervalados temporalmente. Ao contrário do crime permanente a persistência no tempo da consumação não decorre de um só acto mas de uma pluralidade deles, e ao invés do crime contínuo os actos reiterados não são seguidos. IV - A redacção dos arts. 171.º e 172.º, ambos do CP, não revela nada de que se possa retirar que se está perante um crime habitual. Caracterizar o comportamento delituoso como uma unidade criminosa, contraria a configuração que o tipo assumiu entre nós. Este não engloba, logo à partida, tanto a prática de um, como de mais actos criminosos. Mas além disso, essa seria uma postura que iria contra a vontade do legislador, claramente patente na nova redacção do art. 30.º, n.º 3, do CP.”

O tribunal deu como comprovadas duas situações em que o arguido de forma patente abusou de maneira violenta e contra a vontade (do corpo) da vítima, fazendo-a sofrer as sevícias que sevamente injunziu na integridade física e psíquica da companheira.

Serão, pois, estas as duas condutas por que o arguido deverá ser punido e penado.

§2.(b).3. - DETERMINAÇÃO/INDIVIDUALIZAÇÃO JUDICIAL DAS PENAS PARCE-LARES.

Sobra para resolução da pretensão recursiva a questão da pena imposta ao arguido, tanto parcelar como conjunta (global).

O arguido não discrepa da qualificação grave dos ilícitos praticados nem da severa inculcação da culpa que perpassa pela conduta analisada/comprovada que determinou a respectiva. Antes assenta o seu pedido de clemência em factores de índole pessoal-familiar, a saber (i) a modesta condição económico-social; (ii) o estado de saúde do filho (“.....”); (iii) encontra-se em (quase) estado de “cuidador informal” a prestar assistência ao filho com (“o apoio da sua progenitora já com idade avançada”); (iv) não tem averbadas condenações por crimes de idêntica natureza; (v) considerando a qualificação jurídica por que pugna, entende que lhe deve ser aplicada uma pena de 5 (cinco) anos, e ainda assim, suspensa na sua execução, por se lhe prefigurar que (sic), (“a ameaça de prisão se mostra suficiente para realizar as finalidades da punição, devendo, a suspensão da sua execução ser subordinada aos deveres que o tribunal julgue adequados.”), porquanto (sic) “apesar dos bens jurídicos violados, entendemos que as exigências da sua protecção não são incompatíveis com a suspensão da pena de prisão, que aliás é uma verdadeira pena, ainda que não privativa da liberdade”).

O tribunal recorrido irrogou as seguintes penas parcelares: (i) 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de prisão, pelo crime de violência doméstica; (ii) 3 (três) anos e 6 (seis) meses de prisão, por um crime de violação

(ocorrido em); e (iii) 5 (cinco) anos, pelo crime de violação perpetrado em Em cúmulo jurídico a pena imposta foi de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de prisão.

A pena constitui-se como uma inflicção imposta, por injunção político-social, a quem, sabendo da exigência de cumprir e observar um determinado comportamento e condutas, e abster-se de envidar acções cuja proibição se encontra estatuída por um comando legal, ainda assim, conhecendo o dever que sobre ele impende, voluntariamente, se coloca numa posição de infractor da norma de comando, atingindo com essa acção bens jurídicos que a lei penal pretende preservar mediante a cominação de um sistema de penas, previamente definidas e delimitadas.

Para uma crítica da legitimação material do Direito Penal como meio de protecção de bens jurídicos e pela adopção de uma concepção de bem jurídico como unidade funcional, veja-se Günther Jakobs, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoria de la Imputación*, 2ª edição, corrigida, Marcial Pons, 1997, págs. 47-61. “O importante é que a punibilidade se oriente não para o desvalioso per se, mas sim sempre para a danosidade social. Inclusivamente o acordo acerca da fórmula de que o Direito penal só deve proteger as condições de existência da sociedade rende escasso fruto, pois não há fronteira obrigatória alguma do social e consequentemente tão pouco há numerus clausus das condições de existência” – op. loc. cit. pág. 58. “A contribuição que o Direito penal presta à manutenção da configuração social e estatal reside em garantir as normas. A garantia consiste em que as expectativas imprescindíveis para o funcionamento da vida social, na forma dada e na legalmente exigida, não se dêem por perdidas no caso de resultarem defraudadas. Por isso – ainda contradizendo a linguagem usual – deve-se definir como bem a proteger a firmeza das expectativas normativas essenciais frente á decepção, firmeza que tem o mesmo âmbito que a vigência da norma posta em prática: este bem se denominará a partir de agora bem jurídico-penal” – Op. loc. cit. 45.]; e (b) a reintegração do agente na sociedade. (“A aplicação de penas e medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade,”) (“A pena é sempre uma reacção ante a infracção da norma. Mediante a reacção evidencia-se a necessidade de se observar a norma. E a reacção demonstrativa tem sempre lugar á custa do responsável por haver infringido a norma. (por à «custa de» se entende neste contexto a perda de qualquer bem)” – [Günther Jakobs, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoria de la Imputación*, p.8]

De passo o nº 2 do mesmo preceito rege para a fixação do parâmetro fundante e limitador da medida da pena a impor ao responsável pela infracção da norma, radicado, numa perspectiva óntico-objectiva de reprovação e censurabilidade da atitude contrária ao comando normativo e que o aplicador deve resumir e captar dos factos praticados no momento da escolha e determinação da sanção penal que deva impor num caso concreto. (“Em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa”). [“A culpabilidade do autor será o fundamento da medida da pena. Dever-se-ão considerar os efeitos derivados da pena para a vida futura do autor na sociedade” - § 46, I do StGB (Código Penal Alemán), Marcial Pons, Madrid, 2000.]

O sistema jurídico-penal estabelece, no art. 71 nº 1 do C.P., que "a determinação da pena dentro dos

limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção". Resulta de uma chã leitura deste preceito que a culpa (indiciador de um radical pessoal) e a prevenção (que insinua a vertente societária e comunitária para a reprovação do comportamento do agente e a correlata necessidade no asseguramento da confiança (da sociedade) na norma, traduzido na punibilidade de condutas contrárias ao sentido conformador-normativo) constituem os princípios regulativos em que o juiz se deve ancorar no momento em que se lhe exige que fixe um quantum concreto da pena. Mediante o estabelecimento e indicação de critérios, o legislador fornece ao juiz orientações para a formação cognitiva de juízos avaliativos e condensadores dos pressupostos e da fixação de premissas que possibilitam a conformação e determinação das escolhas a realizar perante um concreto responsável em face da realidade factual resumada pela facticidade adquirida pelo julgamento. Assim na individualização da pena o juiz, assumindo as intencionalidades e as vinculações do sistema jurídico-penal, desempenha uma insubstituível tarefa mediadora, construtiva e constitutiva das reacções penais ajustadas ao caso e convincentes da sua justeza perante a sociedade que se destinam a influenciar.

Na determinação concreta da pena caberão todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime deponham a favor ou contra o agente, designadamente:

- O grau de ilicitude do facto, ou seja, o modo de execução deste e a gravidade das suas consequências, bem como o grau de violação de deveres impostos ao agente;

- A intensidade do dolo ou negligência; - Os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram; - As condições pessoais do agente e a sua situação económica; - A conduta anterior ao facto e posterior a este; - A falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifestada no facto, quando essa falta deva ser censurada através da aplicação da pena. [Paragonado com o estabelecido no artigo 71º do nosso ordenamento jurídico-penal, pontua-se no apartado II do § 46 do StGB, que o tribunal deverá na "medición" da pena ponderar as circunstâncias favoráveis e contrárias ao autor. "com este fim se contemplarão particularmente: - os fundamentos da motivação e os fins do autor; - a intencionalidade que se deduz do facto e a vontade com a qual se realizou o facto; - a medida do incumprimento do dever; - o modo de execução e os efeitos inculpatórios do facto; - os antecedentes do autor, a sua situação pessoal e económica, assim como a sua conduta depois do facto, especialmente os seus esforços para reparar os danos, e os seus esforços para acordar uma compensação com o prejudicado."]

Ponderando nos critérios a observar na individualização judicial da pena refere a propósito Winfried Hassemer [Winfried Hassemer, "Fundamentos del Derecho Penal", Editorial Bosch, Barcelona, 1984, pág. 127.] que "na decisão de determinar a pena são relevantes, entre outros, os seguintes elementos da realidade: a culpabilidade do sujeito; os efeitos da pena que são esperáveis que se produzam na sua vida futura em sociedade; seus motivos e fins, a consciência que o facto revela da vida anterior; as suas relações sociais e económicas e o seu comportamento posterior ao delito", do mesmo passo que para Jakobs

o conteúdo tradicional da culpabilidade, constitui-se numa culpabilidade fundada em si mesma, sendo preenchido pela prevenção geral. Para este autor, “a transgressão da norma constitui em maior ou menor medida uma perturbação da confiança da generalidade na validade da norma. Por isso a segurança existencial necessária no tráfico social deve restabelecer-se mediante a estabilização da norma à custa do autor. A culpabilidade esvazia-se aqui de conteúdo, o qual dependerá de factores externos”. [cfr. Eduardo Crespo, op. loc.cit., pag. 121.] “A um autor que actua de determinado modo e que conhece, ou pelo menos devia conhecer, os elementos do seu comportamento, exige-se-lhe (se le imputa) que considere ao seu comportamento como a conformação normativa. Esta imputação tem lugar através da responsabilidade pela própria motivação: se o autor se tivesse motivado predominantemente pelos elementos relevantes para evitar um comportamento, ter-se-ia comportado de outro modo; assim, pois, o comportamento executado patenteia (pone de manifesto) que o autor nesse momento não lhe importava de forma prevalente evitar o comportamento mantido.” [Cfr. Gunther Jakobs, in loc.cit. supra, pag. 13.]

Num seminário sobre os fins das penas, [Cfr. Claus Roxin, “Fundamentos Politico-criminales del Derecho Penal” (“La determinación de la pena a la luz y de la teoría de los fines de la pena), Hammarabi, Buenos Aires, págs. 143 a 166.] Claus Roxin advoga, acompanhando Hans Scultz, que na determinação da pena se trata de retribuir a culpabilidade [“O princípio - fundamentado segundo opinião generalizada na Constituição - nulla poena sine culpa (princípio da culpabilidade) não significa nesta situação senão que «o suposto de facto e a consequência jurídica devem estar em proporção adequada», quer dizer, a imputação ao autor deve ser necessária, por estar descartada a possibilidade de resolver o conflito sem castigar o autor. Também a medida da culpabilidade se vê limitada pelo necessário. Sobretudo, o conteúdo da culpabilidade não é algo prévio ao Direito, sem consideração às situações sociais” , devendo na operação de determinação aplicar a «teoria da margem de liberdade», que a jurisprudência alemã formulou da forma seguinte: “Não se pode determinar com precisão que pena corresponde à culpabilidade. Existe aqui uma margem de liberdade (Spielraum) limitada no seu grau máximo pela pena adequada (à culpabilidade). O juiz não pode ultrapassar o limite máximo. Não pode, portanto, impor uma pena que na sua magnitude ou natureza seja tão grave que já não se sinta por ela como adequada à culpabilidade, No entanto, o juiz ... poderá decidir até donde pode chegar dentro dessa margem de liberdade.” [À teoria da margem da liberdade opõe-se a teoria da «pena exacta», segundo a qual «à «culpabilidade» só pode corresponder uma pena exactamente determinada (punktuell). - Claus Roxin, op. loc. cit. P. 146.]

Porém, na teorização a que procede sobre os fins das penas, ensina o Professor de Munique, que numa perspectiva integradora - teoria unificadora preventiva - “o fim da pena só pode ser de tipo preventivo. Posto que as normas penais só estão justificadas quando tendem à prossecução da liberdade individual e a uma ordem social que está ao seu serviço, também a pena concreta só pode perseguir isso, quer dizer, um fim preventivo do delito. Daí resulta que a prevenção especial e a prevenção geral devem figurar conjuntamente como fins da pena. Posto que os factos delitivos podem ser evitados tanto através da influência sobre o particular como sobre a colectividade, ambos os meios se subordinam ao fim último a que se estendem e são igualmente legítimos.” [Claus Roxin, Derecho Penal, Parte General, Tomo I.

Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito. Civitas. 1997, pág. 95.]

Depois de apontar os inconvenientes e as vantagens que uma perspetivação baseada nas duas vertentes – preventiva geral e preventiva especial – o Professor advoga que uma «ressocialização forçada» não pode ser imposta ao autor do facto ilícito, posto que, se depois de «despertado» para os efeitos do cumprimento de uma pena, mantiver a sua disposição de recusa, então esta deverá ser executada: “para a sua justificação é suficiente, sem embargo, a necessidade de prevenção geral.”

O conflito que se pode plantear entre prevenção geral e prevenção especial “só se produz quando ambos os fins perseguidos exigem diferentes quantias de pena.” (Fornece como exemplo, o caso em que um jovem causou uma lesão com resultado de morte numa rixa. Num caso deste tipo, “pode parecer adequado um castigo de três anos de privação de liberdade sobre a base da prevenção geral e em aplicação do § 226 II, enquanto que as exigências de prevenção especial só permitem um ano com remissão condicional porque uma pena mais grave dessocializaria o autor e caberia esperar um tropeço em futura criminalidade. Qualquer e ambas as possíveis soluções obtém, pois, um benefício preventivo, por uma parte, a troco de um prejuízo preventivo por outra. Num caso como este é necessário sopesar os fins de prevenção especial e geral e pô-los em ordem de prelação. Nisso tem preferência a prevenção especial até a um grau em que de seguida haverá que determinar, de forma a que no nosso exemplo, a pena que se imporia seria de um ano de prisão, com remissão condicional. Pois, em primeiro lugar, a ressocialização é um imperativo constitucional que não pode ser desobedecido desde que possa ser cumprido. E em, segundo lugar, há que ter em conta que, em caso de conflito, uma primazia da prevenção geral ameaça frustrar o fim preventivo-especial, enquanto que, pelo contrário, a preferência da prevenção especial não exclui os efeitos preventivo-gerais da pena, mas sim que, acima de tudo, os debilita de forma dificilmente mensuráveis, pois também uma pena atenuada actua de forma preventivo-geral. Por outro lado, corresponde a preferência às necessidades preventivo-especiais só até onde a necessidade mínima de preventivo-geral todavia o permita. Quer dizer, por motivos dos efeitos preventivo-especiais, a pena não pode ser reduzida até ao ponto em que a sanção já não se tome a sério na comunidade; pois isso quebrantaria a confiança no ordenamento jurídico e através disso se estimularia a imitação.” [Claus Roxin, op. loc. cit. págs. 96-97.]

Remata para dizer que a teoria penal defendida se poderá resumir do seguinte modo: “a pena serve os fins da prevenção especial e geral. Se limita na sua magnitude pela medida da culpabilidade, mas pode quedar-se por baixo deste limite se para tanto forem necessárias as exigências preventivo-especiais e a isso não se oponham as exigências mínimas preventivo-gerais. [Claus Roxin, op. loc. cit. págs. 103]

Esquissada, em termos muito breves a finalidade das penas, dar-se-á passo à questão que vem enunciado como tema a resolver, a saber se o tribunal ultrapassou os limites consignados nos artigos 40º e 71º do Código Penal, nomeadamente, na vertente da ilicitude e da culpabilidade do agente.

A factualidade comprovada, em nosso juízo, atinge um plano de escatologia pessoal-social, como não nos

era, há muito, dado conhecer. Na verdade, os actos relatados na factualidade adquirida evidenciam uma personalidade perversa – dispensamos de adjectivar as acções de acordo com as representações cognitivas que nos perpassam pelo espírito – e de total a absoluto respeito, não só pela vítima, mas de igual modo pelo próprio agente. A descrição dos actos perpetrados para uma acção de violação resulta – e não encontramos outra adjectivação que não a de abjecta, aberrante, por miasmática e escatológica – simplesmente infra humana. A condição pessoal-humana em que alguém se coloca para a prática de tais acções evidencia um desprezo pela pessoa com que comparte a sua vivência e pela sua própria identidade pessoal. Constitui um abastardamento de alguém socialmente inserido a prática de actos como aqueles que se desvelam no quadro factual narrado na decisão de facto adquirida.

A perversa e desconectada (com a natureza e ontologia de decência de qualquer ser humano) personalidade do arguido e a inculcação da intensidade da culpa, induziria uma censura que, em nosso juízo, deveria ter merecido uma punição mais grave. A punição com 5 (cinco) anos pela prática do crime de violação afigura-se-nos um lenitivo para a culpabilidade que deve ser configurada para as acções patenteadas na factualidade descrita.

Se assim para o crime de violação perpetrado em, já crime de violação praticado em se nos afigura, pela conjectura do nível de intensidade na violência colocada na prática dos actos e no modo como a acção foi perpetrada, se nos afigura igualmente complacente.

A autodeterminação da liberdade sexual – como, aliás, todo o plano de liberdade e autodeterminação da pessoa humana e do individuo em sociedade – é merecedor de uma tutela acrisolada e turiferada, sob pena de se abastardar um dos pilares e valores em que assenta a vivência pessoal-social da pessoa numa sociedade. Os valores e princípios da liberdade e autodeterminação da pessoa são axiais e nucleares para o desenvolvimento da pessoa humana e, do mesmo passo, pelo que isso reverbera e se projecta no tecido social, irremíveis e inderrogáveis na constelação de bens jurídicos a preservar e defender pelo sistema penal. Concomitantemente à centralidade e nuclearidade dos bens jurídicos a tutela, pensamos, a sua violação não pode deixar de ser equacionada como uma violação essencial dos bens a tutelar, a reclamar, por isso mesmo, uma punição exemplar quando se constate a respectiva violação e se apure uma intensidade de culpa como aquela que nos é dado pelo quadro factual descrito.

O que fica dito para a violação da autodeterminação da liberdade – seja ela sexual ou de outra natureza, como defendemos – não deixa de ser válido e verificável para outros sectores da vida pessoal-social. Queremos referir-nos á violência que um parceiro possa exercer sobre a pessoa com quem comparte – por escolha e opção – a sua intimidade e vivência pessoal-particular. A opção de partilha constitui sempre um acto de liberdade que por se constituir como uma escolha e opção pode ser, a cada momento, e mediante acordo, ser descartado. Não se prefigura, em nosso juízo, a possibilidade de alguém que optou pela convivência com outrem poder vir a exercer acções que limitem e constringam a liberdade de vida e de acção do outro convivente. O respeito pela pessoa com quem se escolhe compartilhar a convivência particular

é um valor inestimável, pelo que estimamos que a sua violação se constitui um grave desvio aos valores de respeito pessoal e familiar que deve ser severamente censurado e, quando comprovada a violação reiterada e grave, ser exemplarmente punido.

A pena encontrada para a punição da conduta violadora, afigura-se-nos pelo desrespeito patenteado na descrição factual adrede, igualmente desmaiada e dessorada.

As pens parcelares irrogadas ao arguido não se prefiguram, em nosso juízo, acima das pautas que achamos ajustadas para a punição ajustada e proporcional à culpa evidenciada pelo agente na consecução dos fins que quis e consumou. A censurabilidade social e a necessidade de preservar os valores que com as suas condutas resultaram inaufervelmente violados, impõem penas ajustadas, que demonstrem a exigência de indemnidade dos valores violados e a ostentação de que o sistema reage adequadamente quando tal sucede.

As penas impostas não poderão ser objecto de uma mensuração inferior.

§2.(b).4. - DETERMINAÇÃO DA PENA CONJUNTA (GLOBAL).

A peroração ensaiada no apartado antecedente já prospectiva a solução a conferir à questão da medida da pena única.

Traçando-se e pautando-se os critérios da determinação judicial ad pena global pelos mesmos vectores desenhados para a determinação da pena parcelares, temos para nós que a medida da pena global encontrada se situa abaixo do que seria ajustado para a compleição culpável colocada pelo agente na prática dos actos ilícitos e típicos.

Configurando-se uma situação de concurso efectivo (ou real) de crimes haverá que operar uma condenação global da actuação conjunta e reiterada do agente – cfr. artigo 77º do Código Penal.

Claus Roxin, in Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Especiales Formas de Aparición del Delito”, Civitas e Thomson Reuters, 2014, na Seccion11ª, sob a epigrafe “Concursos”, define o concurso real quando “uma pluralidade de factos puníveis é julgado no mesmo procedimento ou se submete a posterior formação de uma pena global ou conjunta (§ 53 I)” (Estipula o § 53 I do Código Penal Alemão (StGB) sob a epigrafe “Concurso real de delitos”: “Quando alguém haja perpetrado vários delitos que sejam julgados simultaneamente, e por isso se lhe devam aplicar várias penas privativas de liberdade ou várias multas, condenar-se-á numa pena conjunta”. (Tradução nossa do Código Penal Alemão, traduzido por Emilio Eiranova Encinas (Coord.), Marcial Pons, 2000, Madrid, pág. 37.) (...) “o conceito de pluralidade de factos se interpreta por si mesmo: todas as acções submetidas a uma condenação independente, que não estejam em concurso ideal e que são susceptíveis de formação de uma pena conjunta ou global, estão em concurso

real. Portanto, a delimitação de unidade de acção e pluralidade de acções aclara já aclara o que significa haver cometido vários factos puníveis.” (Claus Roxin, op. loc. cit. pág. 981.)

Depois de descrever as várias situações em que pode ocorrer a formação de uma pena conjunta e as penas particulares que a podem integrar – somente uma pluralidade de penas privativas de liberdade, somente uma pluralidade de penas de multa, uma pluralidade de penas privativas de liberdade e uma pluralidade de penas multas (em caso de distintos factos e no caso de a pena de privativa e pena corresponder ao mesmo facto punível – o Autor fixa-se na formação da pena conjunta ou global.

Na formação da pena conjunta ou global, regulada no § 54 do StGB (:- § 54, sob a epígrafe “Formação da pena conjunta”: “Quando uma das penas particulares seja uma pena para a vida (“de por vida”), condenar-se-á à pena privativa de liberdade para a vida (“de por vida”) como pena conjunta. Em todos os demais casos se formará apenas conjunta pelo aumento da pena mais alta em que esteja incurso, em caso de penas de distintas classes, pelo aumento da sua classe segundo a pena mais grave” – tradução nossa. (StGB citado).), ensina o Emérito Mestre que ela se desenvolve em três passos: (a) a fixação ou atribuição (“asignación”) das penas particulares; (b) a determinação da pena de arranque ou base de partida; (c) a agravação conforme ao princípio da “asperación” ou agravamento (“asperación” do latim “asperare” [agravar]). (Claus Roxin, op. loc. cit. págs. 987 a 992.)

No primeiro dos indicados passos – fixação ou “asignación” das penas particulares -, refere o Autor que vimos seguindo, que há que fixar uma pena independente para cada facto particular daqueles que estão em concurso real. “Para isso na medição da pena basicamente haverá que proceder com se o facto tivesse sido enjuizado (“enjuiciado”) só; pois a valoração global de todos os factos puníveis não se produz até à fixação da pena conjunta ou global.”

No segundo passo “haverá que determinar ou calcular a pena mais grave das penas particulares (a denominada pena de arranque, base ou de partida). No caso de várias penas privativas de liberdade a mais grave é aquela que condena à maior ou mais larga privação de liberdade”.

O último passo “incrementa-se com arrimo (“arreglo”) ao princípio de “asperación” [agravamento].” “Decorrente deste facto forma-se um novo marco penal cujo limite inferior consiste num momento da pena de arranque ou base de partida e cujo limite superior não pode alcançar a soma das penas particulares”. (Claus Roxin, op. loc. cit. págs. 987 a 989.)

“Dentro do marco penal assim formado a fixação concreta da pena conjunta precisa de um acto independente de medição da pena, no qual se valorem conjuntamente a pessoa do réu e os concretos factos puníveis (§ 54 I 3). “Não basta, portanto, fundamentar as penas particulares e em consequência (“a continuación”) relativamente à pena conjunta ou global constatar na sentença unicamente: “a pena conjunta que há-de ser formada (“que hay que formar”) parece adequada em quantum de cinco anos. Pelo

contrário, é necessária uma fundamentação adicional específica, que se baseia na concepção do legislador de “que os factos particulares são emanção da personalidade única do sujeito e por isso hão-de ser “enjuiciados” não como uma mera soma, mas antes como um conjunto. Há-de efectuar-se uma “visão global de todos os factos”. “A este respeito dá que considerar diversos factores, a saber, a relação dos factos particulares entre si, em espacial a sua conexão, a sua maior ou menor autonomia, e além disso a frequência da comissão, igualdade ou diversidade dos bens jurídicos lesionados e dos modos comissivos assim como o peso total do suposto que haja que julgar.”

Com a valoração global dos factos opera a personalidade do autor. “A este respeito haverá que tomar em conta juntamente com a sua sensibilidade à pena sobretudo a sua maior ou menor culpabilidade em relação à totalidade do sucesso. Também é importante determinar “se os vários factos puníveis procedem de uma tendência criminal ou nos factos imprudentes de uma disposição de ânimo geral de indiferença ou se pelo contrário se trata de delitos ocasionais sem vinculação interna.” (Claus Roxin, op. loc. cit. pág. 991)

Na teorética que coenvolve a dogmática jurídica da formação da pena conjunta ou global, refere o mesmo Autor, que se coloca uma primeira questão, qual seja “de se os factores ou critérios de medição da pena que já hajam sido considerados em cada pena particular, também podem voltar a desempenhar um papel na determinação da pena conjunta”. “Contra esta possibilidade aduz-se a “proibição da dupla utilização ou valoração. A favor desta posição, a jurisprudência e um sector da doutrina, partem da base de que não é praticável uma total separação dos pontos de vista decisivos para a pena particular e a pena conjunta. Circunstâncias como as relações pessoais e económicas do réu, a sua vida interior e a atitude interna expressada no facto, que já ... devem ser tidas em conta na fixação das penas particulares, têm também uma importância essencial na formação da pena global ou conjunta. As ditas circunstâncias podem ser por uma parte consideradas isoladamente para o facto particular e por outra “sinteticamente como conjunto” na sua repercussão sobre a totalidade dos factos.”

Por outro lado também se coloca a questão de “se os factos puníveis em serie têm importância na formação da pena conjunta com carácter agravante ou atenuante.”

“O correcto parece ser julgar estes supostos diferenciando. Assim, se diversos furtos representam só a realização sucessiva de um dolo global unitário, em que antes se admitiu um delito continuado, ou se vários factos similares se devem a que o sujeito haja caído na mesma tentação, a comissão “formaliter” pode ser julgado de modo mais benigno.”

A pena conjunta surge no ordenamento jurídico-penal como necessidade de obter uma configuração final, genérica e de visão global de uma personalidade (tendencialmente propensa a delinquir ou pelo menos a praticar actos que se revelam contrárias à preservação e manutenção de um quadro valorativo penalmente prevalente e saliente) e de uma pluralidade de condutas e acções típicas perpetradas pelo mesmo arguido num lapso de tempo confinado por uma avaliação jurisdicional. (Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de

Justiça, de 27 de Abril de 2011, relatado pelo Conselheiro Armindo Monteiro, de que ressaltamos o respectivo sumário: “IV - A formação da pena conjunta é, assim, a reposição da situação que existiria se o agente tivesse sido atempadamente condenado e punido pelos crimes à medida em que os foi praticando (Lobo Moutinho, Da Unidade à Pluralidade dos Crimes no Direito Penal Português, edição da FDUC, 2005, pág. 1324). V - Propondo-se o legislador sancionar os factos e a personalidade do agente no seu conjunto, em caso de cúmulo jurídico de infracções, é de concluir que o agente é punido pelos factos individualmente praticados, não como um mero somatório, em visão atomística, mas antes de forma mais elaborada, dando atenção àquele conjunto, numa dimensão penal nova, fornecendo o conjunto dos factos a gravidade do ilícito global praticado, levando-se em conta exigências gerais de culpa e de prevenção, tanto geral, como de análise do efeito previsível da pena sobre o comportamento futuro do agente (exigências de prevenção especial de socialização). (...) XI - O cúmulo retrata, assim, o atraso da jurisdição penal em condenar o arguido, tendo em vista não o prejudicar por esse desconhecimento ao fixar limites sobre a duração das penas. XII - Imprescindível na valoração global dos factos, para fins de determinação da pena de concurso, é analisar se entre eles existe conexão e qual o seu tipo; na avaliação da personalidade releva sobretudo se o conjunto global dos factos é reconduzível a uma tendência criminosa, dando-se sinais de extrema dificuldade em manter conduta lícita, caso que exaspera a pena dentro da moldura de punição em nome de necessidades acrescidas de ressocialização do agente e do sentimento comunitário de reforço da eficácia da norma violada ou indagar se o facto se deve à simples tradução de comportamentos desviantes, meramente acidentes de percurso, que toleram intervenção punitiva de menor vigor, expressão de uma pluriocasionalidade, sem radicar na personalidade, tendo presente o efeito da pena sobre o seu comportamento futuro - Prof. Figueiredo Dias, op. cit. § 421. XIII - Quer dizer que se procede a uma reconstrução da sanção, descendo o julgador do aspecto parcelar penal para se centrar num olhar conjunto para a globalidade dos factos e sobre a relação que tem com a sua personalidade enquanto suporte daquele conjunto de manifestações que exprimem a sua relação com o dever de qualquer ser para com a ordem estabelecida, enquanto repositório de bens ou valores de índole jurídica, normativamente imperativos. XIV - A avaliação da personalidade é de feição unitária, conceptualmente como um todo referível a uma unidade delituosa e não mecanicamente por uma adição criminosa. XV - Quando o tribunal aplique em concurso uma única pena de multa como pena principal ou alternativa à de prisão, com uma multa substitutiva da prisão, nos termos do art. 43.º, do CP, tais penas devem acumular-se materialmente, atenta a sua diferente natureza. (...) XXI - A Lei 59/2007, de 04-09, suprimiu o requisito anterior que excluía do concurso superveniente a hipótese de a pena se achar cumprida, prescrita ou extinta, não a englobando no cúmulo jurídico e no desconto na pena única. XXII - Actualmente, o art. 78.º, n.º 1, do CP, considera que o cumprimento leva ao desconto na pena única formada, em inteira benesse para o arguido, mas já não se, por exemplo, ela se mostrar extinta por qualquer outro motivo, designadamente por amnistia, mas sem abdicar das regras do concurso, entre as quais a da mesma natureza das penas em presença. XXIII - O legislador não fornece qualquer critério de ordem matemática, em termos de a compressão aritmética a observar na formação da pena de conjunto, não dever ultrapassar “1/3 e que muitas vezes se queda por 1/6 e menos”, à luz da jurisprudência do STJ, segundo diz, mas apenas um guia na formação da pena de concurso: o da atendibilidade da avaliação global dos factos e personalidade do agente, com o significado,

contornos e amplitude já indicados. XXIV - A liberdade individual, de acordo com o princípio da ponderação de interesses conflitantes, só pode ser suprimida ou limitada “quando o seu uso conduza, com alta probabilidade, a prejuízo de outras pessoas que, na sua globalidade, pesa mais do que as limitações que o causador do perigo deve sofrer”, na expressão de Roxin, citado pelo Prof. Figueiredo Dias, op. cit., pág. 430, nota 35.”

A medida da pena – tanto individual como conjunta – é assumida como uma reacção do complexo juslegal ao agir intencional-volitivo que o agente investe na acção (ilícita) produtora do resultado (injusto e antijurídico). Agir e actuar de forma contrária ao feixe de valores ético-sociais que o ordenamento jurídico quis preservar, comporta um desvalor subjectivo-intencional que deve servir de medida à retribuição sancionatória inscrita na norma directora em que se intenta preservar a prevalência de valorações adoptadas e consignadas jurídico-positivamente. Nesta perspectiva, o concreto agir, donde deve emergir a aferição da intencionalidade participada na acção (ilícita), é reverberado pelo modo de execução da acção e a dimensão da lesão dos valores ético-jurídicos inscritos na norma violada.

Na acção formadora e coalescente das penas parcelares que, por superveniência se detectou deverem ser objecto de cumulação, haverá que compactuar os seguintes parâmetros factológicos (i) o arguido carrega uma patologia, ou perturbação, psíquica de natureza sexual; (ii) o arguido evidencia um incontinência impulsiva de praticar actos de cariz sexual; (iii) o arguido ostenta uma postura de desprezo pessoal-social, na medida em que a prática dos actos dados como comprovados patenteiam um desrespeito e injunção percuciente pela indemnidade física e psíquica da pessoa que compartia consigo o mesmo espaço de privacidade; (iv) o arguido perdurou a sua acção ofensiva e lesiva do pudor, da incolumidade e indemnidade sexual durante o tempo que compartilhou com a vítima a sua convivência; (v) o arguido ofendeu e perturbou, física e psiquicamente a vítima enquanto manteve com ela uma convivência interpessoal; (vi) o arguido revela uma acrisolada deformação pessoal-sexual e uma personalidade desconformada e desviada de partilha interpessoal, revelando intolerância e desconsideração pelos outros, mais concretamente para com a vítima.

As acções perpetradas pelo arguido revelam uma personalidade psiquicamente desviada e desconchavada dos padrões de pudor e respeito pela sexualidade vigeres na sociedade.

A indemnidade e a reserva da vida sexual-privada constituem um baluarte de intimidade vital. Ninguém pode ser obrigado a ver a sua esfera de intimidade perturbada e invadida pela acção de terceiros. A invasão deste círculo íntimo constitui uma devassa intolerável da reserva dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Do mesmo passado, como se deixou expresso, a violação da liberdade de realização pessoal expressa no controlo do outro; o desprezo pelas opções que o outro deva tomar, na liberdade que deve ter na participação da vida familiar; o condicionamento das opções de vida que o outro possa e queira efectuar,

constituem-se como índices de deformação pessoal que não podem deixar de ser censuradas e castigadas, por forma a ostentar um sinal para a sociedade.

A sequenciação das condutas e a sua reiteração temporal induzem a necessidade de sancionamento penal efectivo, de modo a dissuadir e procurar ilaquear a comunidade da prossecução deste tipo de práticas e acções perversas.

De tudo o que fica dito, afigura-se-nos, como já deixamos antever, que a pena global encontrada pelo tribunal recorrido se afigura, pelo menos, necessária.

§3. - DECISÃO.

Na defluência do que fica exposto, acordam os Juízes que constituem este colectivo, na 3ª secção criminal, do Supremo Tribunal de Justiça, em:

- Negar provimento ao recurso, mantendo, em consequência, a decisão recorrida;
- Condenar o arguido nas custas, fixando a taxa de justiça em 5 (cinco) Uç's.

Lisboa, 10 de Março de 2021

Gabriel Martim Catarino (relator)

Maria da Conceição Gomes

(Declaração nos termos do artigo 15º-A da Lei nº 2072020, de 1 de Maio: O acórdão tem a concordância da Exma. Senhora Juíza Conselheira Adjunta, Dr.ª Maria da Conceição Gomes, não assinando, por o julgamento, em conferência, haver sido realizado por meios de comunicação à distância.)

[1] Seja-nos permitido introduzir aqui uma nota à margem do texto para coonestar a dificuldade afirmada com uma constatação contida na tese de Inês Ferreira Leite, “Ne (Idem) Bis in Idem. Proibição da Dupla Punição e de Duplo Julgamento: Contributos para a Racionalidade do Poder Punitivo”, Vol. I, AAFDL Editora, 2016, pág. 812, (“Antes de se analisarem as várias propostas oferecidas pela doutrina sobre o concurso de normas, com vista à resolução desse (aparentemente) insolúvel problema – o que é o facto jurídico? ou o que é um único e idêntico facto jurídico? (...)”).

Fonte: <http://www.dgsi.pt>