



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

PROGRAMA DE DOCTORADO

ESTUDIOS INTERDISCIPLINARES DE GÉNERO Y POLÍTICAS DE
IGUALDAD

TESIS DOCTORAL

**ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA OU A BUSCA
DO SANTO GRAAL**

**Um estudo sobre decisões judiciais portuguesas em
casos de violência doméstica nas relações de
intimidade**

AUTORA:

BENILDE JOAQUINA PEREIRA MOREIRA

DIRECTORA

MARIA LOURDES SANTOS PEREZ

SALAMANCA, 2022

Para o João Maria,
Meu Amor, tão Perfeito.

Para a Mãe,
A minha Rocha, Inabalável.

Agradecimentos

Num recente artigo de opinião li que o caminho para a construção de uma tese de doutoramento é percorrido com o sentimento de uma imensa solidão. É verdade. O processo começa com grande entusiasmo, força e determinação ao partir das primeiras pedras. À medida que se vai avançando sobrevém a consciência do trabalho hercúleo que é, muitas vezes, suportado por pessoas que nos dão, no momento certo, o impulso que faz funcionar aquele motor do ímpeto inicial. É, por isso, justo que eu honre essas pessoas e declare o meu especial apreço pelos contributos, pelo apoio e pelas palavras amigas. Tudo junto conduziu-me a este momento e este resultado.

Os estudos de doutoramento foram prosseguidos na Universidade de Salamanca, Faculdade de Direito, no Departamento de Estudos Interdisciplinares de Género. Todo o seu longo processo de investigação, escrita, redação, ajustamento e reajustamento, correção, foi acompanhado pela Professora Doutora Maria de Lourdes Santos Perez, zelosa, cooperante, disponível e com uma infindável paciência para me orientar. À Senhora Professora o meu profundo agradecimento pelo seu trabalho, pelas suas ideias, pelos seus reparos, pelo seu infinito cuidado, pela amizade.

Os contributos que recebi de diversas mulheres, especialistas na temática deste estudo, foram inestimáveis e uma âncora que me deram confiança no processo de construção do meu pensamento e consolidação de conhecimentos. Agradeço à Professora Doutora Clara Sottomayor, pelo seu amplo conhecimento, pela sua empatia, sempre tão generosa. Agradeço à Professora Doutora Isabel Ventura, pelo seu inconformismo com a linguagem de um falso neutro no direito, pelas chávenas de chá que bebemos juntas a conversar sobre o drama da violência contra as mulheres. Agradeço à Professora Doutora Elisabete Ferreira, pela forma simpática, acolhedora, afável com que me recebeu e por tantas ideias, referências e pensamentos com que me brindou. Agradeço à Professora Doutora Teresa Beleza, que me inspirou há muitos anos quando foi minha Professora de Direito Penal e me deixou uma marca profunda não só pelo seu vastíssimo conhecimento, mas pelo seu humanismo e sorriso inconfundível. Agradeço à Professora Doutora Helena Pereira de Melo que me recebeu, tão gentilmente, de quem ouvi palavras de incentivo e que, sem questionar, aceitou a

entrada do João Maria, com três anos, nos seminários a que assisti na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Agradeço à Professora Doutora Dália Costa cuja disponibilidade para me esclarecer em longos telefonemas foi inestimável.

Quero, também, deixar o meu agradecimento aos meus colegas. Com elas e eles fui partilhando – sempre em crescendo – as minhas angústias, as minhas inseguranças e incapacidades. Na última fase, parecia-me ter entrado numa espécie de demanda frenética e ansiosa. Foi neles que encontrei palavras de incentivo, motivação e algumas notas que me dirigiam, intencionalmente, fazendo-me estremecer. À Sofia Bergano, à Cristina Mesquita, à Cristina Martins, à Maria José Rodrigues, que de diferentes maneiras me deram motivação acrescida nesta última etapa. Ao Pedro e ao Orlando, que foram partilhando comigo as dificuldades do caminho. Ao António Meireles pela sua tão boa vontade em me facilitar o percurso simultâneo com as aulas. Ao Carlos Teixeira pelo apoio instantâneo ao meu pedido. À Professora Doutora Maria do Nascimento Mateus e ao Professor Doutor António Ribeiro Alves que tão bem me receberam quando cheguei a Bragança.

Agradeço ao David Falcão que me disse que o melhor era deixar de dormir.

A todos/todas que me perguntavam – já entregaste?

A duas grandes amigas e um grande amigo quero dizer-vos que são pilares do meu edifício. Convosco já ri e chorei, já perdi a calma, já vos abracei, num ânimo crescente de amizade, companheirismo e partilha. Que bom é ter-vos na minha vida. À Teresinha, à Joaninha, ao Hugo.

Ao Carlos, que me (re) lembrou o que é acreditar.

Deixo para o fim os três seres humanos, mais especiais da minha vida.

Primeiro, minha mãe e meu pai. O meu maior agradecimento não podia deixar de ser para eles. Tudo me ensinaram. Sempre acreditaram. Nada do que sou, nada do que tenho, seria possível sem a crença inabalável que depositaram em mim. Estou, perfeitamente, convicta que sem a força motriz da mãe que não teria sido capaz de chegar a este momento. Em todos os momentos, sem exceção, foi aquela que sempre acreditou, sempre esteve presente. Se tive força pela mãe, a serenidade veio-me do pai

que me ensinou que as montanhas são difíceis de subir, mas que nos oferecem uma visão tão imponente e poderosa que tudo o resto sai num profundo suspiro de alívio.

Por fim, o meu filho. O João Maria acompanha-me há 12 anos. Acompanha-me em salas de aulas desde que nasceu. Frequentou aos três anos sessões de seminários em direito, em silêncio e sem qualquer ruído de perturbação. É a minha âncora de vida. Abraçou-me, muitas vezes, quando eu estava cansada e prestes a desistir. Afagou-me os cabelos, brincou comigo em corridas por entre muralhas de um Castelo, desafiou-me a ser melhor. E eu tentei ser melhor, por mim e por ele. A este maravilhoso filho o meu eterno agradecimento por ter tornado a minha vida muito mais brilhante.

“Eu te conjuro ó paz, eu te invoco ó benigna
Ó Santa, ó talismã contra a indústria feroz,
Com tuas mãos que abatem as bandeiras da ira.
Com o teu esconjuro da bomba e do algoz.
Abre as portas da História,
Deixa
Passar a Vida!

Natália Correia, Inéditos (1985-1990)

“(...) porque é que o homem que tem hoje a percepção lúcida e completa do seu destino, não soube ainda prostrar, vencer, amordaçar o animal indomito que vive dentro d'elle, que o martyrisa, que o rebaixa, que o leva muitas vezes ao abysmo, quando o não leva ao lodaçal?”

Maria Amélia Vaz de Carvalho, 1880, Mulheres e creanças

Não, caladinha não ficas mais bonita.
És linda quando lutas,
Quando combates pelo que é teu,
Quando não te calas
E as tuas palavras mordem,
Quando abres a boca
E tudo arde em teu redor.

Não, caladinha não ficas mais bonita,
Mas sim um pouco mais morta,
E, se algo sei sobre ti.
É que nunca vi
Ninguém
Com tanta vontade de viver.
Gritando.

Miguel Gane
Arde

Índice

Agradecimentos	2
Resumo.....	12
Introdução.....	19
Parte I	31
Direito, argumentação e violência doméstica	31
Capítulo I	31
A argumentação como enfoque do Direito aplicada à atividade judicial	31
1. Legitimação através da argumentação judicial.....	31
2. Teorias da argumentação jurídica – contributos para a análise de argumentos nas decisões judiciais.....	41
3. Entre a racionalidade jurídica e o pragmatismo das decisões judiciais.....	55
4. Como decidem os juízes?.....	63
Capítulo II	73
A dimensão institucional do direito e a argumentação judicial.....	73
1. A dimensão institucional do direito – impacto no processo argumentativo.....	73
2. A violência doméstica e o tratamento justificativo de cariz argumentativo	81
3. Magistratura e ética na fundamentação das decisões judiciais	91
Parte II	100
Argumentação jurídica em casos de violência doméstica nas relações de intimidade	100
Capítulo I	100
A organização judiciária em Portugal.....	100
Capítulo II	103
Representações e discursos na argumentação jurídica	103
1. Desafios da argumentação jurídica	103
2. Análise esquemática da argumentação jurídica	108
2.1 Esquemas representativos dos argumentos	108
2.2. As decisões judiciais dos tribunais superiores	113
Caso 1	114
Caso 2	122
Caso 3	133
Caso 4	140
Caso 5	149
Caso 6	157

Caso 7	169
Caso 8	180
Caso 9	188
Caso 10	197
Caso 11	204
Caso 12	209
Caso 13	216
Caso 14	232
Caso 15	255
Caso 16	265
Caso 17	275
Caso 18	282
Caso 19	288
Caso 20	298
Caso 21	307
Caso 22	319
Caso 23	327
Caso 24	345
Caso 25	353
Caso 26	360
Caso 27	376
Parte III	387
Problemas de argumentação jurídica na violência doméstica.....	387
Capítulo I	387
Os sentidos da racionalidade judiciária na argumentação jurídica	387
1. Argumentos e narrativas da decisão judicial	387
2. Violência doméstica – percepções conceptuais.....	392
3. Evolução legislativa dos maus-tratos nas relações de intimidade – aspetos argumentativos	395
Capítulo II	404
Revisão crítica da argumentação jurídica	404
1. A proteção do bem jurídico.....	404
1.1 Os enunciados jurisprudenciais.....	406
1.2 Os enunciados doutrinários	408
1.3 Bem jurídico – sentidos comuns e flutuações.....	410

2.	Especificidades do princípio da dignidade humana no âmbito crime de violência doméstica.....	416
3.	Dinâmicas do princípio da dignidade humana na proteção dos bens jurídicos no crime de violência doméstica.....	421
4.	Problemas de qualificação das condutas típicas.....	430
5.	Complexidades argumentativas no concurso de crimes.....	437
6.	A apreciação da prova e o papel crucial da vítima.....	443
7.	Narrativas argumentativas nas condenações com pena suspensa.....	450
Parte IV.....		457
O género como enunciado metodológico da argumentação jurídica		457
Capítulo I		457
Decisão judicial e perspectiva de género.....		457
1.	As origens da perspectiva de género no campo judicial.....	457
2.	Argumentação jurídica e perspectiva de género	459
3.	Complexidades do processo decisório	464
3.1	Estereótipos de género no processo decisório	465
3.2	A qualificação de condutas – a questão do concurso de infrações na violência doméstica	468
3.3	A apreciação da prova na ótica do enunciado de género.....	475
3.4	Sentenças condenatórias e absolutórias.....	487
Capítulo II		493
A perspectiva de género nas decisões judiciais de violência doméstica em casos de relações de intimidade		493
1.	Mais uma vez - os estereótipos do género	495
2.	O género como enunciado metodológico da decisão judicial	499
2.1	Género, argumento e interpretação	500
2.2	(In) Visibilidade da perspectiva de género nas decisões judiciais	503
3.	Pressupostos para um enunciado de género no processo decisório.....	509
3.1	Enunciado de género, interpretação e premissas fácticas	511
3.2	Enunciado de género, interpretação e premissas normativas	517
3.3	Enunciado de género e prova indiciária – aspetos particulares sobre a presunção nos argumentos da decisão	527
Conclusões		541
Jurisprudência		548
Bibliografia		553

Resumo

A violência doméstica é hoje um tema incontornável em estudos interdisciplinares sobre o género. O direito é um desses campos onde temos assistido, há mais de uma década, à introdução de um conjunto de medidas legislativas, desde a proteção penal até aos mecanismos de proteção da vítima e prevenção da violência doméstica. No atual Estado Constitucional, onde se consagram valores fundamentais como a dignidade humana, a liberdade e a igualdade, não pode deixar de se questionar o modo como os tribunais aplicam e argumentam acerca do quadro normativo da violência doméstica, que tem, indiscutivelmente, subjacente a questão do género. Colocar o problema desta forma permite a análise, por um lado, das práticas de decisão e argumentação, elementos fundamentais da autoridade judiciária enquanto instituição. Por outro lado, possibilita reivindicar o papel que as teorias da argumentação desempenham na construção de um encadeamento de argumentos, ao nível da justificação da sentença.

O foco de análise desta tese de doutoramento recai sobre a argumentação jurídica de casos de violência doméstica. Dado que se trata de um fenómeno que tem latente a questão do género, o estudo das decisões judiciais recai sobre os casos de relações de intimidade. A investigação incide sobre a dimensão da justificação evidenciando a argumentação no plano formal, material e pragmático.

A problematização com que se inicia esta investigação parte da relação que se verifica entre um discurso legislativo – reformador no campo da violência doméstica – e o discurso que resulta da aplicação da lei. A formulação da primeira questão consistiu em indagar sobre o que é argumentar e como se deve argumentar quando o tribunal se confronta com casos de violência doméstica. Dado o volume bastante representativo dos maus-tratos físicos e psíquicos, praticados contra as mulheres partimos para um segundo nível de reflexão consistiu em equacionar os padrões argumentativos que podem ser subtraídos da análise das decisões judiciais.

As premissas formuladas conduziram-nos, então, à asserção de quatro grandes objetivos, no processo de investigação: (i) estabelecer a importância da argumentação jurídica, na sua vertente de atividade judiciária para a análise dos argumentos vertidos

nas decisões judiciais sobre violência doméstica, nas relações de intimidade; (ii) identificar os padrões argumentativos desses casos referindo-nos à estrutura esquemática sob o ponto de vista formal, material e pragmático; (iii) apontar uma visão crítica sobre os sentidos (narrativas) da argumentação jurídica quanto a complexidades e dificuldades de natureza material; (iv) fazer a proposta de um enunciado de género como método e instrumento justificativo das decisões judiciais em casos de violência doméstica.

Quanto ao ponto I almeja-se demonstrar o papel que a argumentação jurídica desempenha no processo justificativo da sentença. A construção da racionalidade jurídica não pode ser arbitrária e deve obedecer a um conjunto de proposições normativas, desde logo, as que se encontram previstas no enquadramento constitucional. As razões que se enunciam numa argumentação jurídica não podem ser umas quaisquer. Devem constituir razões válidas e “boas” razões com o intuito de decidir pela verdade e pela justiça. A argumentação jurídica que discutimos resulta dos contributos fornecidos pelas designadas teorias pós-positivistas que vieram fazer estremecer o dogma da linguagem legalista e positivista, chamando a atenção para os aspetos valorativos e para a indissociação entre o direito e a moral. É através de uma apreciação valorativa que é possível apontar as limitações de um método estritamente subsuntivo e incapaz de resolver as dificuldades de contextos específicos como são os que resultam da desigualdade estrutural entre mulheres e homens.

A formulação teórica sobre a argumentação jurídica é crucial na abordagem ao estudo das decisões judiciais que nos propomos reivindicar. De facto, os argumentos justificativos de uma sentença apontam para um discurso legitimador que envolvem a reflexão sobre uma multiplicidade de aspetos atinentes às perceções empíricas que se retiram de um quadro de violência doméstica. Os argumentos resultantes desta tarefa questionam os papéis socialmente construídos entre mulheres e homens, densificam a dualidade entre a esfera pública e a esfera privada, mas fogem de uma cogitação direta sobre os problemas subjacentes ao género. O tema género surge como uma problemática da violência doméstica pois trata-se de uma realidade que ainda afeta, maioritariamente, a mulher. A argumentação jurídica, na ótica da atividade judiciária, não pode ignorar esta circunstância muito clara.

O manancial de teorias sobre a argumentação jurídica é rico e cheio de contributos para o entendimento quanto a regras e procedimentos de justificação das sentenças. A delimitação da teoria, como marco teórico para esta investigação, considerou os passos argumentativos e a potencialidade da identificação das dificuldades de justificação. Optou-se pela teoria preconizada por Manuel Atienza cuja formulação teórica se baseia numa análise aos aspetos formais, materiais e pragmáticos de uma decisão judicial, que nos permite dar conta de todos os passos do processo de racionalidade judiciária. A racionalidade formal permite aferir a lógica do discurso através das inferências lógicas que são estabelecidas. O aspeto material considera possibilita a crítica do ethos olhando com detalhe para o conteúdo das normas e os seus elementos integrantes (elemento literal e teleológico). O sentido pragmático aponta para a dinâmica do direito como uma atividade discursiva do decisor. Não nos vamos focar nas conceções de *hard cases* mas privilegiar a análise sobre a aplicação das disposições normativas e as complexidades que derivam da sua aplicação face a uma realidade dinâmica, em constante mudança e da qual faz parte o grupo de mulheres com as suas diferenças e especificidade próprias. Escolhemos a dimensão justificativa na medida em que problematizar permite ir ao encontro de soluções. É no contexto da justificação da sentença que se pode fazer erigir as problemáticas sobre os padrões argumentativos. Um conjunto de decisões judiciais constrói uma posição dominante sobre uma realidade específica o que influencia, depois, toda a posterior atividade jurisprudencial. Nesta medida é preciso indagar sobre a capacidade justificativa através da lente do género. Uma argumentação jurídica pode resultar num bom exercício de racionalidade lógica, mas não significa que tenha impacto na boa prática jurídica.

Outros dois aspetos são merecedores de reflexão no ponto I – os papéis desempenhados pela vertente institucional do direito e pelo/a juiz/juíza durante processo de formação da convicção. No que concerne à perspetiva institucional não podemos ignorar que o seu conjunto de regras de funcionamento promovem um impacto específico na justificação de uma sentença. Pense-se, por exemplo, nas normas sobre prazos que os/as juízes/juízas não podem deixar de aplicar. Ou consideremos, como outro exemplo, as normas procedimentais de recurso para o Tribunal Constitucional que não permitem ao/à cidadão/cidadã comum um apelo direito àquela

instância suprema da estrutura judicial. Por outro lado, quando o julgador fundamenta e decide uma sentença pode tornar-se num *occasional legislator* pois o processo da sua convicção não deixa de se mover através das suas ideologias, valores e preconceitos. Esta reflexão possibilita indagações sobre o escrutínio a que os tribunais, atualmente, são submetidos pela opinião pública e o papel que desempenham numa democracia que se quer participativa e justa. A comunidade constrói a sua confiança no sistema jurídica não apenas porque a lei é, justamente, aplicada mas porque tem subjacentes um conjunto de crenças que as conduz à aceitação do cumprimento das normas. Nesta medida um/uma juiz/juíza não deve limitar-se a cumprir a lei. Tem que questionar as suas implicações, adotar uma perspetiva interpretativa que recorre a uma dimensão de valores éticos e morais.

O ponto ii passa pela identificação dos padrões argumentativos dos casos de violência doméstica. Uma vez justificado o marco teórico sobre a argumentação jurídica e o modelo baseado na análise formal, material e pragmática, propomo-nos a edificar a nossa pesquisa através de um olhar atento aos detalhes da argumentação. Para isso, explicamos qual a estrutura da organização judiciária em Portugal e as complexidades que derivam do funcionamento da justiça. O ordenamento jurídico português não consagra a figura da violência de género. O legislador decidiu configurar a violência doméstica num quadro de maus-tratos físicos e psíquicos que ocorrem entre sujeitos numa relação familiar específica ou em dependência. As decisões que resultam da aplicação da lei são o nosso objeto de estudo, neste ponto.

A delimitação das sentenças teve como principal critério a seleção de casos, em relações íntimas, que configurassem as problemáticas emergentes da desigualdade de género. Por isso, optou-se por um estudo qualitativo, de carácter descritivo e interpretativo, de onde são destacados argumentos, enunciados e razões justificativas das sentenças.

O enfoque argumentativo, sob o ponto de vista da atividade judiciária, é desenvolvido através da abordagem esquemática das decisões. Propõe-se a sua representatividade de acordo com a formulação do problema e subsequente construção do pensamento racional justificativo através da formulação das principais proposições e da sua inter relação através de linhas argumentativas e setas, definidoras das principais razões justificativas.

Todos os casos analisados dizem respeito aos tribunais superiores – Tribunais da Relação e Supremo Tribunal de Justiça – e contêm uma narração sumária dos casos, a linha da argumentação jurídica, o esquema argumentativo da decisão judicial e a análise dos argumentos e razões justificativas. O ponto ii tem o objetivo de evidenciar os principais aspetos materiais da linha de argumentação para, depois, questionar os diversos sentidos e narrativas da decisão judicial.

O ponto iii estabelece como objetivo apontar criticamente os problemas de argumentação jurídica e as complexidades que daí derivam, em termos materiais. Dos pontos anteriores fica demonstrado que o processo argumentativo não é desprovido de *nuanças* muito específicas podendo ficar claro que uma fundamentação, sob o ponto de vista formal, pode encontrar-se bem justificada, no entanto, as questões de natureza material podem fazer surgir problemas no domínio da interpretação. Parte-se do entendimento generalizado sobre as perceções concetuais da violência doméstica, clarificando o seu caminho de evolução legislativa. Daqui é possível aferir a dimensão axiológica das disposições normativas, dimensão essa agregada à ideia da proteção de direitos fundamentais das vítimas. Ora, sendo estas, na sua maioria, mulheres é inquestionável a dimensão de género que está subjacente à realidade da violência doméstica.

Os principais problemas argumentativos dizem respeito a aspetos atinentes sobre o bem jurídico protegido, a qualificação das condutas típicas, o concurso de crimes, a apreciação da prova e as sentenças condenatórias com o regime da pena suspensa. São analisados os enunciados justificativos que dizem respeito às proposições normativas, doutrinárias, jurisprudenciais e valorativas. As considerações sobre o bem jurídico apresentam flutuações de entendimento doutrinário e jurisprudencial de onde sobressai a proteção do bem jurídico saúde física e psíquica, numa perspetiva de proteção multimodo, de natureza complexa, por estar em causa condutas maltratantes de diversa natureza. No que respeita às condutas típicas verificam-se oscilações quanto ao entendimento de maus-tratos e que agressões podem ser aí subsumidas. O critério de intensidade opera, no âmbito da justificação, um papel crucial pois a lógica de interpretação racional acaba por entender que agressões ditas “leves” não cabem na subsunção da disposição normativa da violência doméstica.

Ao nível do concurso de crimes debate-se a relação de especialidade e subsidiariedade da norma do artigo 152.º, do código penal, com outro tipo de infrações penais. Daqui emerge o problema do concurso real e do concurso aparente. As complexidades interpretativas têm conduzido a justificações de natureza diferente. Por um lado, é defendido que, na relação de especialidade, a violência doméstica “engole” os crimes típicos que com ela concorrem. Por outro lado, na relação de subsidiariedade existem duas visões: uma que defende que a violência doméstica deve ser “consumida” pelas infrações com pena mais grave (o caso da violação) e outra que o julgador deve ter o particular cuidado interpretativo sobre os factos de forma a autonomizar (sendo possível) condutas maltratantes que cabem na subsunção da violência doméstica. Daqui se pode equacionar se a aplicação da lei entende o sentido efetivo da violência doméstica em termos de género.

A apreciação da prova levanta, também, reflexões de natureza material quando pensamos que no julgamento se procura aferir a verdade ou aquela que é possível aferir através dos dados empíricos apreciados. A convicção do julgador é formada através de perceções concetuais e regras de experiência comum que não deixam de ser influenciadas pelas construções de género. A credibilidade da vítima e das testemunhas é aferida através de tais perceções esperando-se que adotem um perfil “típico” de vítima e agressor/a.

Finalmente, é analisado o sentido das condenações com pena suspensa na sua execução. O GREVIO veio referir, em relação às suas elevadas taxas que traduziam um número preocupante na medida em que tais condenações podem envolver um aumento de risco para as vítimas e potenciam a reincidência das agressões. A narrativa judicial, neste campo, é formalista no sentido em que se decide atendendo à personalidade do agente, às suas condições de vida e à conduta anterior e posterior ao crime. Ou seja, razões que são aduzidas através da disposição normativa. Questiona-se se face ao contexto casuístico analisado não permite inverter a perceção sobre a adequação da condenação à pena efetiva. É que, apesar do sentido comum, adotado pela jurisprudência, em sede de pena suspensa, nada na disposição normativa permite concluir que as condenações tenham de seguir sempre esse rumo. Principalmente, quando, de forma casuística – repetimos – se apura que o/ agressor/a evidencia falta de

consciência pelos bens jurídicos protegidos, principalmente, quando se trata de situações de reiteração e reincidência na prática agressora.

Os resultados da apreciação tecida ao longo do ponto i, ii e iii permitem debater a proposta de um enunciado de género como método e instrumento justificativo das decisões judiciais em casos de violência doméstica. Argumentamos que a perspectiva de género, no âmbito da justificação da sentença, deva ser considerada em relação às premissas fácticas e normativas. Isto significa que a dimensão de neutralidade da lei é interpretada por via de uma perspectiva de género, através da qual se assume que a realidade se encontra construídas com perceções culturais e sociais sobre os papéis desempenhados entre mulheres e homens. Ao longo da investigação são analisados enunciados de diversa tipologia cuja interpretação é incontornável no processo de construção da convicção do/da juiz/juíza. Entendemos que tal interpretação deve adotar como ferramenta metodológica o enunciado de género no sentido se assumir que, historicamente, as relações entre os sexos, encontraram-se subordinadas a uma estrutura de poder desigual e que esta tem um impacto determinante na vida dos sujeitos e da sociedade. O enunciado de género é proposto como instrumento corretivo dos paradoxos emergentes da aplicação da lei. Trata de qualificar e determinar o âmbito de aplicação das disposições normativas considerando os contextos desfavoráveis, de vulnerabilidade, de relações de poder desequilibradas e de processos tendentes à discriminação da mulher.

O enunciado de género surge como um instrumento fundamental na formação da racionalidade judicial e de uma nova cultura jurídica, atenta às circunstâncias desproporcionais a que as mulheres são sujeitas. Trata-se de uma técnica movida pelos parâmetros racionais da justificação das sentenças, que ultrapassa o dogma do discurso mainstream e se apresenta como um caminho para uma mais e melhor justiça para mulheres e homens, em contextos sensíveis e delicados como são os da violência doméstica em relações de intimidade.

Introdução

Introdução

A emergência do discurso legislativo na violência doméstica

A violência doméstica emergiu, já há mais de uma década, como um fenômeno social de graves proporções sociais. Embora se trate de um tipo de violência com uma manifestação expressiva na esfera privada, só nos mais recentes anos, foi possível assistir a uma profunda reforma legislativa. O Estado desinibiu-se do seu papel de regulador na proteção de bens jurídicos essenciais e assumiu que a violência, no contexto da esfera privada, era merecedora de censura penal, o que veio a ser determinante na tipificação do crime de violência doméstica. Além disso, dada a complexidade que esta forma de violência assume, em especial, para as mulheres foi fundamental a adoção de um conjunto de medidas preventivas e de reforço na proteção das vítimas.

O quadro normativo foi resultado da moldura legal internacional que traduziu um processo evolutivo do reconhecimento dos direitos das mulheres. A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação (Nações Unidas, 1979), conhecida como a Carta dos Direitos das Mulheres, instituiu a necessidade de se desenvolverem ações de combate à violência contra as mulheres. Para isso, todos os Estados deveriam considerar os seus direitos civis, políticos, culturais, económicos e sociais. Em 1993, a Declaração sobre a Eliminação da Violência Contra as Mulheres (Nações Unidas, 1993) afirma que a “violência contra as mulheres, é toda e qualquer ação de violência baseada no gênero, que resulte ou possa resultar, em danos ou sofrimentos físicos, sexuais ou psíquicos das mulheres (...)”. Em 1995, a Declaração e Plataforma de Ação de Pequim (ONU) estabelece como um dos objetivos fundamentais o combate à violência contra as mulheres definindo mecanismos promotores para a igualdade e desenvolvimento da paz.

Também, no plano internacional, o instrumento legislativo mais paradigmático é a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, aprovada em Istambul, a 11 de maio de 2011, mais conhecida por Convenção de Istambul. Nas palavras de Sottomayor (2015) “Esta

Convenção reflete um avanço ideológico e simbólico na teorização da violência contra as mulheres, ultrapassando-se a linguagem neutra em relação ao gênero, que tem sido adotada na legislação nacional” (p. 106). Insta os Estados a adotar não só medidas preventivas, mas também, punitivas contra todas as formas de violência de gênero e violência doméstica.

Na prática judiciária internacional e no âmbito europeu, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos tem assumido a posição de encarar a violência doméstica como uma forma de violação dos direitos humanos das mulheres, enquadrando-a como uma forma de tratamento cruel e degradante, podendo ser classificada como tortura, no âmbito do artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Desta posição nos dá conta o caso *Opuz v Turquia*, de 9 de junho de 2009 (33401/02) onde o Estado turco é condenado por ter adotado medidas insuficientes para a proteção das vítimas de violência doméstica. O tribunal considerou questões de qualificação da violência doméstica como uma forma de violação de direitos humanos e direitos fundamentais da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, além de equacionar as obrigações positivas do Estado para proteger as vítimas de violência doméstica. O Tribunal declara em relação ao artigo 3.º, da Convenção, que:

“A resposta das autoridades aos actos do marido tinha sido manifestamente inadequada face à gravidade das suas ofensas. As decisões judiciais não tinham tido qualquer efeito preventivo ou dissuasor perceptível e tinham mesmo revelado um grau de tolerância, tendo o marido recebido uma curta pena de prisão (...) Em suma, as autoridades não tinham tomado medidas de protecção sob a forma de dissuasão eficaz contra violações graves da integridade pessoal da recorrente pelo seu ex-marido.”

O quadro normativo internacional adotou um discurso judiciário que assume o sujeito mulher como integrante de um grupo caracterizado por um conjunto de especificidades que devem ser atendidas face ao quadro da violência doméstica.

O âmbito legislativo nacional importou as orientações programáticas das Convenções internacionais conduzindo a um forte pendor regulatório, na área criminal, das situações de violência doméstica. Por um lado, o Código Penal de 1982 prevê e pune o crime de maus-tratos ou sobrecarga de menores e de subordinados ou entre cônjuges e, por outro lado, começam a ser concebidos e aprovados instrumentos que vêm a constituir a base de proteção social das vítimas (Lei n.º 61/91, de 13 de agosto). Nesta

sequência, vêm a ser aprovados vários Planos Nacionais contra a Violência Doméstica (entre 1999 e 2017 foram aprovados cinco planos) cujas orientações pretendem sensibilizar, prevenir e intervir para proteger a vítima de violência doméstica.

A evolução legislativa da conduta típica de maus-tratos, no código penal de 1982, desembocou na consagração da violência doméstica, como crime típico, previsto e punido no artigo 152.º, introduzido pela lei n.º 59/2007, de 4 de setembro. Quer dizer, o sistema português optou pela designação de violência doméstica ao invés de violência de género.¹ Os maus-tratos físicos ou psíquicos são as condutas típicas do crime que pode ser praticado, de forma reiterada ou não, contra um conjunto de sujeitos ligados por um vínculo afetivo que nasce das relações familiares, de namoro ou de dependência. Desde 2007, a disposição foi alterada pela Lei n.º 19/2013, de 21 de fevereiro, que veio introduzir as relações de namoro e, a título exemplificativo, as categorias dos sujeitos particularmente indefesos. Já a Lei n.º 44/2018, de 9 de agosto veio introduzir a agravção da punição em casos de violência praticada na presença do menor e a difusão de dados pessoais, através de imagem ou som, relativos à intimidade da vida privada das vítimas sem o seu consentimento. Na lei n.º 57/2021, de 16 de agosto passou a prever-se como vítimas de violência doméstica os menores descendentes dos sujeitos previstos nas alíneas a), b) e c), do n.º 1.

Do breve enquadramento normativo internacional e nacional, acerca da violência doméstica retira-se um discurso normativo regulador de uma situação específica que, durante muitos anos, ficou arredada da intervenção estatal, mas que face à crescente reivindicação desempenhada pelo movimento feminista – e, em concreto, os estudos feministas sobre o direito – mereceu consagração legislativa. O legislador tem mostrado uma intenção óbvia de reforçar todas as situações que podem envolver a violência intrafamiliar com o propósito de evidenciar a sua gravidade e o impacto trágico sobre a sociedade.

Este discurso legislativo não tem traduzido, na sua prática judiciária, a eficácia que as vítimas procuram na concretização da justiça. Hamilton (2006) refere que o sistema jurídico-penal é uma instituição patriarcal que perpetua relações de poder entre mulheres e homens, que se verifica empatia com os agressores e se minimizam situações de violência contra a mulher, pondo-se em causa a sua credibilidade. Também Sottomayor (2015) declara que a ordem jurídica encara com desconfiança o grupo das

mulheres que tem sido historicamente discriminado, mas que constitui um desafio ao sistema do poder patriarcal por reivindicar a partilha igualitária do poder político, económico e familiar. O Estado tem o dever de criar medidas específicas de proteção e prevenção contra o grupo específico das mulheres no caminho de uma construção de igualdade material e de resultados.

Os tribunais têm um peso institucional na sociedade que se reflete pela função da justiça que se pretende ver aplicada. A linguagem dos tribunais traduz, por isso, uma regulação daquilo que é a vida social. Não se pretende defender que a solução para a diminuição dos casos de violência doméstica passa pelos tribunais. As instâncias judiciais têm uma linguagem própria. Contudo, essa linguagem precisa de ser compreendida pelos/as cidadãos/cidadãs por forma que a comunidade sedimente um elevado nível de confiança na justiça.

Problemática: o discurso legislativo e a prática judiciária quanto à violência doméstica

A investigação trata da argumentação jurídica em casos de violência doméstica nas relações de intimidade. Os estudos avaliativos que têm vindo a ser desenvolvidos neste campo reportam questões de âmbito generalizado sobre a fundamentação das sentenças. No entanto, não se encontra feito o estudo detalhado e esquematizado do padrão argumentativo e nem se debate o método jurídico de justificação das decisões judiciais. Refere Sottomayor (2019) que a tradicional visão lógico-dedutiva “contém o perigo de ocultação ou negação das diferenças e de formalização excessiva dos direitos”. O direito exige o conhecimento dos significados contidos nas disposições normativas a partir de onde deve ter lugar a construção de matriz axiológica e ética que subjaz ao sistema normativo, que é muito mais do que um mero conjunto de normas escritas.

O marco teórico da investigação é desenvolvido a partir das teorias da argumentação jurídica, na perspetiva da atividade judiciária, a partir da qual se constroem discursos legitimadores e de justiça. Neste sentido, o direito é entendido como um poderoso discurso social que atribui sentido às condutas de mulheres e homens. Sendo o sistema criminal um reflexo dos valores patriarcais, tem uma influência determinante através das suas decisões obrigatórias e vinculativas que afetam a liberdade e a vida do indivíduo. Tais decisões, que são fundamentadas de acordo com as disposições constitucionais, seguem requisitos legais e procedimentais

constituindo um forte indicador de padrões argumentativos complexos cuja narrativa é crucial para a manutenção de um modelo desigualitário ou, ao invés, para a mudança no sentido da igualdade substantiva entre mulheres e homens. Tal como refere Duarte (2013) a prática do direito é decisiva na forma como se atribui sentido e “(in) validam as violências de género”. O marco teórico sobre a argumentação jurídica possibilita discutir os papéis de género, num quadro de violência doméstica em relações de intimidade, debatendo-se concretamente o papel dos argumentos, dos enunciados, das razões, elementos arquitetados pelos mentores da racionalidade jurídica dedutiva e indutiva, que são os juízes.

A abordagem dos elementos argumentativos é debatida através de uma perspetiva formal, material e pragmática. Quer dizer que se pretende esclarecer que o processo argumentativo não se baseia, somente, no elenco de um conjunto de deduções lógicas formais. O raciocínio judicial levanta questões de natureza material e pragmática já que prossegue, com o seu método interpretativo, à análise de dados empíricos e normativos. No ponto de partida coloca-se o problema ao qual subjaz a questão – como é que se argumenta?

As respostas que pretendemos debater relativamente a esta questão focam-se na dimensão justificativa da decisão judicial o que implica ter deixado de lado o contexto de descobrimento. Os tribunais levam a cabo um conjunto de interpretações que partem de premissas fácticas e normativas. Esta tarefa não pode ser, apenas, desenvolvida através da visão formalista, legalista e positivista do direito. As teorias da argumentação jurídica permitem reivindicar a análise de um contexto geral, observando o caso concreto, de acordo com uma abordagem axiológica e o subjacente aspeto valorativo que as leis transportam.

A conceção da argumentação jurídica permite a análise dos argumentos válidos e razoáveis com o propósito de debater o enunciado de género como parte da metodologia argumentativa. Tendo em conta esta finalidade a presente investigação serve-se dessas teorias para analisar a atividade judiciária e fazer subtrair daí problemas materiais cuja revisão crítica é tratada através da perspetiva de género.

A figura metafórica que usamos com a expressão argumentação jurídica ou a busca do cálice sagrado pretende demonstrar que o decisor, no âmbito da justificação das sentenças, embora obedeça a um conjunto de regras e procedimentos específicos,

deve considerar a construção do seu raciocínio lógico através dos múltiplos aspetos e especificidades dos sujeitos. Isto significa que encontrar o cálice sagrado, nos casos de violência doméstica em contexto de relações de intimidade, é uma construção sistemática de argumentos e enunciados, de entre os quais o género representa uma ferramenta metodológica e justificativa. As complexidades do sistema judicial revelam, frequentemente, ser incapazes de lidar com as especificidades a que aludimos nos casos de violência doméstica entre mulheres e homens. O sistema criminal enfrenta, por exemplo, dificuldades com a morosidade dos processos, mas também não é alheio a fatores culturais e sociais que minimizam as violências nas relações íntimas. Existem estilos discursivos, justificativos de sentenças, que deixam evidentes as problemáticas da neutralidade mantendo-se cegas às desigualdades que se encontram enraizadas desde o ponto de vista histórico e cultural.

O enfoque que colocamos num enunciado de género é fundamental para a efetivação dos princípios inerentes à dignidade da pessoa humana e livre desenvolvimento da sua autonomia e personalidade. Ainda hoje, a discriminação marca a vida das mulheres sendo que a violência é a maior tragédia de que ainda são, desproporcionalmente, vítimas. Assim, argumentar com perspetiva de género, numa decisão judicial, torna-se fundamental para o entendimento das desigualdades e para a adoção de uma nova linguagem justificativa do raciocínio lógico. Tratamos de proceder à revisão crítica de argumentos das decisões judiciais. MacCormick (2005) afirma que a justificação das sentenças deve usar proposições adequadas e razoáveis. Entendemos que o uso de um enunciado de género é uma proposição que atende a critérios de razoabilidade e proporcionalidade através dos contributos e conceções que as teorias feministas desenvolveram nas últimas décadas. Defendemos que a aplicação da lei não é um procedimento seco e frio, isento da influência de fatores institucionais e individuais. A aplicação da lei é um movimento dinâmico onde direito e argumentação se encontram reciprocamente vinculados.

Metodologia

A presente investigação utiliza uma metodologia qualitativa. De acordo com o que foi referido, anteriormente, o objeto de estudo são decisões judiciais sobre violência doméstica em contexto de relações de intimidade. A abordagem qualitativa impõe,

igualmente, o estudo sobre o corpo normativo, designadamente, o que resulta da redação das regras contidas no artigo 152.º, do código penal, disposições do código de processo penal e o enquadramento constitucional. De acordo com Epstein & King (2002) a análise do direito resulta da utilização da lógica jurídica em conjunto com dados empíricos o que tem a potencialidade de fixar uma relação entre o direito e a sociedade.

Ao delimitar como objeto de estudo as decisões judiciais pretende-se lançar um olhar analítico sobre a argumentação jurídica, enquanto prática da atividade judiciária. A análise tem o objetivo de evidenciar os aspetos padronizados dos argumentos vertidos nas sentenças atendendo às especificidades da prática das várias formas de violência entre parceiros íntimos. O padrão argumentativo conduz à identificação de problemas de justificação no campo da qualificação e interpretação de dados empíricos e normativos. Deste modo, será possível propor a construção de um enunciado de género como instrumento de fundamentação das decisões judiciais que considera as diferenças historicamente desiguais entre mulheres e homens. A proposição sobre o género permite a compreensão das dinâmicas relacionais íntimas em termos de poder e hierarquização de crenças associadas aos papéis que homens e mulheres, supostamente, ocupam numa relação de afetividade. A partir desta perspetiva, o enunciado de género, constitui um marco teórico que corrige tais crenças e modelos e influencia de forma positiva a prática da fundamentação da sentença.

A seleção das decisões judiciais foi realizada através do sítio da internet www.dgsi.pt. Foi adotado um método de análise esquemática/qualitativa para um conjunto de vinte sete sentenças. O mesmo método de análise qualitativa foi usado para as questões emergentes do debate argumentativo, como por exemplo, aspetos sobre a qualificação do tipo, sobre o concurso de crimes ou sobre a apreciação da prova. Daqui emanaram a seleção de outras decisões com o objetivo de debater aquele tipo concreto de argumentos. O universo de pesquisa das sentenças considerou os tribunais superiores, ou seja, os Tribunais da Relação, o Supremo Tribunal de Justiça e o Tribunal Constitucional.

A seleção das vinte sete sentenças foi orientada por um conjunto de critérios de natureza analítica, a partir da disposição prevista no artigo 152.º, do código penal. Assim, consideraram-se sentenças que se encontram anotadas junto àquela disposição

no sítio https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=109A0152&nid=109&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&nversao= e a partir de onde foi possível desencadear o processo de identificação do padrão argumentativo. Por outro lado, optou-se por selecionar decisões que causaram impacto social pelo teor justificativo que foi divulgado e debatido pela opinião pública. Finalmente, um critério determinante foi definido a partir do tipo de argumentos que se procuravam analisar e que constam dos descritores das sentenças, nomeadamente, a busca de termos bem jurídico, elementos típicos do crime, concurso de crimes, apreciação da prova, princípio da dignidade humana e pena suspensa.

A pesquisa é qualitativa na medida em que considera a racionalidade lógica justificativa das decisões judiciais. A partir do referencial teórico optou-se por propor o modelo esquemático de representação dos argumentos por potenciar a identificação dos padrões argumentativos e, subsequentemente, as questões materiais mais pertinentes. Para dar suporte às problemáticas evidenciadas nos argumentos foram utilizados estudos qualitativos sobre as decisões judiciais e a violência doméstica. Quer dizer que não foi realizada a análise quantitativa de argumentos tendo, apenas, sido utilizado como suporte de sustentação da desigualdade entre homens e mulheres, os dados estatísticos oficiais.

Com a metodologia utilizada pensamos ser possível reclamar através da argumentação jurídica as diversas problemáticas que emergem da justificação das sentenças.

Estrutura da tese – da argumentação jurídica como enfoque do direito à proposta do enunciado de género

A tese está estruturada em quatro partes. De forma resumida a primeira parte evidencia a relação entre direito, argumentação e violência doméstica. Esta discussão permite formular na segunda parte uma análise detalhada sobre argumentação jurídica em casos de violência doméstica, nas relações de intimidade. Da segunda parte são filtrados os problemas de argumentação que emergem do campo da justificação o que permite debater na terceira parte os sentidos de argumentação jurídica daqueles casos. A quarta parte diz respeito à decisão judicial e perspectiva de género onde se discute a metodologia de construção e aplicação de um enunciado de género como modelo corretivo aos problemas evidenciados.

A Parte I é composta por dois capítulos. No primeiro capítulo é estabelecida uma relação entre o direito, a argumentação jurídica e a violência doméstica. Com esta discussão pretende-se esclarecer sobre o enfoque da investigação no âmbito da argumentação jurídica enquanto atividade judiciária e a sua importância para o estudo nos casos de violência doméstica, em relações de intimidade. Com esta finalidade em mente foram discutidos os contributos das teorias da argumentação para a análise dos argumentos judiciais levando em linha de conta não só a racionalidade judiciária, mas os fatores que influenciam o processo decisório do juiz.

O segundo capítulo tivemos em consideração a vertente institucional do direito. Defende-se que nas sociedades democráticas constitucionais é imprescindível que a aplicação do direito convoque o manancial de princípios e normas para o campo da justificação das decisões judiciais. A atividade judiciária não está, apenas, relacionada com o corpo normativo. Congrega a natureza institucional e coativa do direito. Neste ponto de vista, o foco da análise é colocado sobre o papel que desempenham os órgãos que têm autoridade para a aplicação da lei, mas também o próprio sistema que é guiado por uma mecânica complexa de regras de funcionamento. Estes fatores são determinantes para o entendimento dos argumentos construídos pela racionalidade judiciária. Esta limitação ao campo da justificação será demonstrada no âmbito dos recursos para o Tribunal Constitucional verificando-se que ao/à cidadão/cidadã comum não é possível recorrer, diretamente, àquela instância de recurso. Dá-se ênfase à dimensão justificativa da decisão judicial atendendo a que todos os atos de linguagem e limitações, de caráter institucional, podem ter um impacto direto na vida dos indivíduos. O segundo capítulo termina com o debate sobre o papel desempenhado pela ética durante o processo decisório o que implica lançar o olhar sobre a forma como os juízes formam a sua convicção. A tarefa do juiz é dinâmica, influenciada por um conjunto de regras institucionais, mas, simultaneamente, pelas suas próprias convicções e construções morais que recebeu da realidade que o rodeia. Cabe, portanto, indagar sobre a ética na justiça.

A Parte II aborda a argumentação jurídica sobre violência doméstica nas relações de intimidade. Trata-se de uma análise detalhada ao processo decisório daqueles casos. Tecem-se algumas breves considerações sobre o modelo de organização judiciária em Portugal procurando estabelecer uma relação com as questões institucionais do direito

que foram analisadas antes. O referencial teórico sobre as teorias da argumentação jurídica permite propor a análise qualitativa dos argumentos vertidos nas decisões judiciais através da formulação de esquemas argumentativos sequenciais, a partir dos quais se subtraem as principais dificuldades argumentativas. Ou seja, da leitura sequencial dos esquemas é possível dar relevo ao padrão de argumentos, de natureza material, que são analisados através da narração sumária do caso, da linha de argumentação jurídica, do esquema argumentativo da decisão judicial e, finalmente, da análise dos argumentos e razões justificativas. É, sobretudo, neste último campo que serão evidenciadas as chamadas boas e más razões justificativas e os padrões que são estabelecidos através das mesmas.

A Parte III prossegue com uma análise dos sentidos derivados da argumentação jurídica, por referência aos casos analisados, mas considerando, também, outros casos da jurisprudência de onde se retiram os mesmos padrões argumentativos. Desta forma é feita uma análise às percepções conceituais a violência doméstica e a evolução legislativa do conceito de maus-tratos nas relações de intimidade. A revisão crítica é desenvolvida através da identificação dos argumentos justificativos em torno dos entendimentos fixados quanto ao bem jurídico protegido, aos problemas de qualificação das condutas típicas, às complexidades que derivam da abordagem ao concurso de crimes na violência doméstica, aos critérios da livre apreciação da prova e às narrativas sobre as condenações com pena suspensa na sua execução. Através desta revisão crítica questiona-se as narrativas e sentidos fixados a partir de um quadro legislativo, claramente, reformador e transportador de valores de género que pretendem desconstruir a tolerância social da violência dos homens sobre as mulheres. Defende-se que a linguagem judiciária é capaz de construir uma narrativa através da qual o género fixa critérios valorativos que atendem às diferenças entre os sexos e dirimem questões de desigualdade estrutural e distribuição desigual de poder. Nesta posição surge com especial preponderância o papel desempenhado pelo princípio da dignidade humana, argumento valorativo usado de forma sistemática, nas decisões judiciais, e que veio a aportar, como elemento justificativo no enquadramento da violência doméstica, o tratamento cruel e degradante, sentido defendido pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

Na Parte IV defende-se o enunciado de género como elemento metodológico para a narrativa do raciocínio judiciário e como instrumento com capacidade para rever as questões problemáticas que são discutidas na terceira parte. Para a formulação desta proposta tem-se por ponto de partida o debate que as teorias feministas trouxeram para o campo do direito que evidenciaram a necessidade de desenvolver uma argumentação jurídica sensível ao género.

O debate feminista evidenciou questões fulcrais para as reformas legislativas e o processo de reconhecimento dos direitos das mulheres. No entanto, a linguagem da neutralidade jurídica não foi ultrapassada e a influência dos valores patriarcais subsistem nas crenças dos sujeitos, muitos dos quais fazem parte do sistema de justiça e aplicam a lei. A problemática sobre o género potenciou a identificação de paradoxos entre o discurso legislativo e aquele que decorre da aplicação da lei, designadamente, os que derivam das situações que continuam a remeter a mulher para uma posição de subalternização no quadro das violências de que é vítima. Neste sentido, esta quarta parte atende aos padrões argumentativos identificados, anteriormente, para considerar como é que um enunciado justificativo de género é capaz de ultrapassar os paradoxos da aplicação da lei. Assim, são analisados os estereótipos de género, a qualificação das condutas e o concurso de crimes, a apreciação da prova na ótica do género e o impacto das sentenças condenatórias com pena suspensa na sua execução.

Defende-se uma concetualização do enunciado de género como instrumento justificativo da decisão judicial considerando o ato da interpretação como fundamental à qualificação e determinação do âmbito de aplicação das disposições normativas. Assim, são consideradas as premissas fácticas e premissas normativas. Quanto às premissas fácticas discorre-se sobre as condutas maltratantes no seio das relações íntimas e discute-se que nível de “intensidade” deverá ser equacionado para que uma determinada ação seja considerada como mau-trato e lesiva da dignidade humana da vítima. Nas premissas normativas, tem relevo o seu elemento teleológico derivado do ato de interpretação que, não deixando de atender aos critérios de racionalidade lógica da justificação interna da decisão judicial, evidencia a o papel crucial desempenhado pelo enunciado de género na justificação externa.

Nesta introdução pretendemos evidenciar o fio condutor e argumentativo da presente investigação sobre argumentação jurídica em casos de violência doméstica em

relações de intimidade. Reivindica-se a aplicação da perspectiva de género em questões materiais do processo argumentativo com o objetivo de corrigir justificações da racionalidade jurídica que retratam, ainda, situações estereotipadas e de desigualdade estrutural. Oliver Wendel Holmes é um autor que será referenciado algumas vezes durante a presente investigação. Neste ponto inicial do debate não queremos deixar de sublinhar uma linha do seu pensamento que será mais tarde desenvolvida. É que estudar o direito não é um mistério. Estudar o direito consiste em entender as dinâmicas dos vários operadores da justiça. Na nossa ótica os tribunais devem procurar a demanda pela busca do cálice sagrado refletindo, construindo, aplicando a lei de forma a concretizar a igualdade substantiva entre mulheres e homens.

Capítulo I

A argumentação como enfoque do Direito aplicada à atividade judicial

1. Legitimação através da argumentação judicial

Na famosa e notável série britânica, *Monthy Phytton* – Em busca do cálice sagrado (1975) tem lugar uma cena hilariante da condenação de uma mulher. Um grupo de homens, entusiasmados, afoitos e enraivecidos apresenta uma mulher, acusando-a de bruxa, diante de um julgador. Nessa altura, tem lugar o seguinte diálogo:

Povo: trazemos uma bruxa. Podemos queimá-la?

Julgador: como sabem que é uma bruxa?

Povo: parece-se com uma.

Julgador: tragam-na aqui.

Mulher: eu não sou bruxa. Eu não sou bruxa.

Julgador: mas está vestida como uma bruxa.

Mulher: foram eles que me vestiram.

Povo: Não, não fomos.

Mulher: E isto não é o meu nariz. É um nariz falso.

Povo: Bom, fizemos o nariz.

Julgador: só o nariz?

Povo: E o chapéu. Mas é uma bruxa.

Julgador: vestiram-na assim?

Povo: Não, não... bom, talvez um bocadinho.

Julgador: porque acham que é uma bruxa?

Povo: transformou-me num tritão. Mas já estou melhor. Vamos queimá-la. Vamos queimá-la.

Julgador: calados! Calados! Há formas de sabermos se é ou não uma bruxa.

Povo: há? E são dolorosas?

Julgador: digam-me, o que se faz com as bruxas?

Povo: queimam-se. Queimam-se.

Julgador: Além de bruxas, o que mais arde?

Povo: mais bruxas. Madeira.

Julgador: então porque ardem as bruxas?

Povo: porque são de madeira?!!!!

Julgador: muito bem. Muito bem. E como podemos ver isso?

Povo: construindo uma ponte com ela.

Julgador: mas também se pode fazer pontes de pedras! A madeira afunda na água?

Povo: Não. Flutua. Mandem-na ao lago.

Julgador: E que mais flutua na água?

Povo: Pão. Maças. Cidra. Molho de carne. Cerejas. Lama. Igrejas. Corda. UM PATO.

Julgador: exatamente. Então, pela lógica... se ela pesar como um pato será feita de madeira. E, portanto?

Povo: é bruxa.

Julgador: vamos pesá-la.

(Conduzem a mulher e um pato a duas balanças e verificam que, ambos, pesam o mesmo)

Povo: é bruxa. É bruxa.

Mulher: é justo.

A mulher é conduzida à fogueira.

Nesta encenação, da célebre série cômica, damo-nos conta de uma decisão final, justificada por um conjunto de enunciados que, no final, revelam uma tese que defende a condenação da mulher, considerada bruxa. Estamos perante um caminho que definiu os termos de uma argumentação justificada em certos pressupostos: a mulher estava vestida como uma bruxa ou a mulher tinha um nariz de bruxa. Trata-se de factos, de enunciados que se dirigem para a construção da argumentação. No entanto, não basta a constatação de enunciados factuais – podem ter-se dúvidas quanto a eles. É indispensável estabelecer umnexo, uma relação entre factos e conclusão. É necessário clarificar sobre a lógica entre aqueles e esta, enumerando proposições, regras, princípios ou raciocínios de dedução que permitem chegar à tese final. No caso vertente notamos a lógica dedutiva que é fixada em relação à comparação de uma tríade –

mulher/madeira/pato. E aqui são determinadas várias lógicas com base em premissas diversas:

- a. As bruxas queimam.
- b. A madeira também arde.

Logo - As bruxas são de madeira.

Também é possível observar:

- a. As bruxas são de madeira.
- b. A madeira flutua e os patos também.

Logo – As bruxas flutuam como os patos.

Ou então:

- a. As bruxas flutuam como os patos.
- b. As bruxas pesam o mesmo que um pato.

Logo – As bruxas devem ser queimadas.

Com a lógica dedutiva apresentada o julgador representou, junto do povo, a convicção de que as bruxas são como a madeira, a madeira flutua, os patos também flutuam, as bruxas devem pesar o mesmo que os patos, logo, a mulher que tem o mesmo peso que um pato, deve ser queimada. Este julgador construiu uma realidade própria justificada por razões de natureza arbitrária. Ou seja, a decisão apresenta premissas que não são capazes de sustentar a tese argumentativa. Este tipo de situação pode, também, acontecer no mundo real, o mundo da vida judicial, onde atuam diversos operadores que, por um ou outro motivo, acabam por influenciar o desfecho de uma sentença final.

Neste pequeno exercício de processo argumentativo pretendeu-se – primeiro – evidenciar a forma como a argumentação jurídica é uma ferramenta legitimadora do direito e – segundo – que o processo justificativo da sentença não pode ser arbitrário, mas fundamentado em critérios retirados de um conjunto de premissas verdadeiras que, por sua vez, permitem a construção de inferências diversas de forma a “convencer o povo” que a conclusão da decisão só pode ser aquela e mais nenhuma. Por outro lado, também se pretendeu chamar a atenção para a característica particular de ser mulher – a eterna bruxa – com o intuito de sublinhar o diálogo que a teoria e a prática do direito constroem no campo da igualdade de género onde se evidenciam argumentos estigmatizantes e estereotipados. A partir daqui é, portanto, possível definir o ponto de partida para o estudo da presente investigação. O seu objeto de estudo consiste na

análise de decisões judiciais sobre violência doméstica, em contexto de relações de intimidade. Ao longo do texto iremos referir-nos, frequentemente, a casos de violência doméstica e em todos os momentos estamos a debater as questões argumentativas derivadas de casos onde os sujeitos mantinham ou mantiveram uma relação de natureza íntima. Daqui advém, naturalmente, a discussão sobre as questões de género que poderão ou não estar subjacentes no processo argumentativo. Aquilo que vamos reclamar é a construção de uma argumentação judicial, no âmbito desta realidade, através de uma perspetiva de género.

A dimensão argumentativa que se apresentou realça, essencialmente, a vertente prática do direito que consiste em argumentar, em fundamentar uma decisão através de razões (mas não umas quaisquer) que convocam a obrigatoriedade de decidir com justiça e verdade. Os contributos dos estudos e reivindicações feministas vieram evidenciar muitas ambiguidades do discurso legal que acabaram por refutar direitos iguais aos dos homens, por um lado, e acabaram por revelar práticas que, mesmo após o reconhecimento formal desses direitos, continuam a remeter a mulher para uma posição desigualitária face ao homem.

O uso dos argumentos é uma ação que passa a estar associada ao uso da palavra desde os tempos remotos em que Aristóteles concebe a retórica através dos géneros deliberativo, epidíctico e judiciário. O filósofo que criticava os retóricos por usarem subterfúgios de oratória pretendeu demonstrar que a função da retórica não é a de persuadir, mas de encontrar que meios é que são bem-sucedidos na persuasão sendo necessário descobrir o que é adequado a cada caso (Aristóteles, 2018). Assim, é de refutar a manipulação emocional dos juízes e de considerar as provas técnicas como elemento que dá força aos argumentos do discurso (logos) pela sua capacidade de convencer o auditório (ethos) evidenciando valores, crenças de modo a agir sobre o reforço emocional (pathos). Neste sentido Santos (1980) defende que “Pode mesmo dizer-se que a escrita jurídica é de todas a que melhor preenche os requisitos estruturais do pensamento escrito... Assim, por exemplo, a escrita jurídica é aquela em que a ficção do auditório atinge o seu nível extremo.” (p. 109). A justificação de uma decisão judicial é, deste modo, um paradigma da fundamentação da racionalidade lógica. Já na República de Platão, Trasímaco pergunta exasperado “E como eu haveria de te convencer, se não o consegui com o que já disse? Que mais posso fazer? Será necessário

que enfie os meus argumentos na tua cabeça?” Ao que Sócrates responde: “Por Zeus, basta! Em primeiro lugar, mantém-te nas posições assumidas, ou se as mudares terá de fazê-lo com clareza e não nos enganes.”

A clareza da argumentação judicial é crucial no processo de construção dos argumentos justificativos da sentença e na formação de discursos legitimadores que no campo da violência doméstica envolvem a densificação de concepções como género, poder, esfera pública/esfera privada e violência de género. Estamos, ainda, a referir-nos à dimensão estrutural e sistémica do género cujos sentidos, também, poderão ser delimitados num processo argumentativo. Nousiainen et al (2013) afirmam que no plano da legalidade a igualdade de género é assumida quanto ao reconhecimento de direitos e obrigações iguais para mulheres e homens, sob um ponto de vista formal, onde se assume uma linguagem neutral. Prossegue esclarecendo que a igualdade de género é medida em comparação com as atividades societárias do homem cuja norma é assumida como elemento padrão para o comportamento que deve ser assumido pela mulher. Assim, parece-nos legítimo que os padrões de argumentos construídos, em sede de argumentação judicial, possam ser sujeitos a uma revisão crítica, debatendo as tradicionais concepções de neutralidade judicial e questionando a dinâmica de desigualdades estruturais que advém, durante o caminho, de vários tipos de violência que continuam a ser praticados contra as mulheres. Daqui surge a indagação acerca do modo como o processo argumentativo é capaz de endereçar questões tão fundamentais como a desigualdade de género – onde consideramos incluir as situações de violência doméstica nas relações de intimidade – como é o caso de estruturas de poder institucionais que acabam por ter influência na interação que se estabelece entre Estado, Tribunais e Indivíduos. Ora, se a estrutura de tal poder é ocupada por um grupo dominante – os homens – então é esse que adota mecanismos de legitimação de discursos que mais não são que uma perpetuação das assimetrias ancestrais entre mulheres e homens.

Falamos, evidentemente, do sistema patriarcal que enraizou durante séculos a desigualdade estrutural que afeta as mulheres e onde o discurso do poder autoritário do homem ganhou um peso relevante, sobretudo, na esfera privada. A distinção entre público/privado surge durante muito tempo envolta numa ambiguidade e timidez de intervenção do poder público em questões da esfera privada, vulgarmente, designadas

como vida familiar – o espaço privado onde não cabe o Estado. Ainda hoje esta distinção surge, de forma paradigmática, envolta em divisões de tarefas específicas associadas aos homens e às mulheres, por exemplo, em questões de divisão de tarefas domésticas.

As desvantagens sociais que as mulheres enfrentaram e que as confinaram muitos anos dentro da esfera privada originaram um conjunto de aceções culturais que, sistematicamente, escrutinam o seu comportamento na esfera pública e que o justificam ou com uma visão positiva (a mulher honrada) ou com uma visão negativa (a galdéria). Foi na esfera privada familiar que a violência sobre as mulheres e raparigas se expressou culturalmente, em interações sociais cruzadas, em espaços como a escola, a igreja e o trabalho onde as agressões eram legitimadas e apreendidas como um modelo de funcionamento sustentável das relações familiares. Estes discursos judiciais entram no aparelho judiciário que não é alheio às construções sociais e, conseqüentemente, influencia o decisor no processo mental da construção argumentativa que lhe cabe construir perante o conflito doméstico.

Na construção de um discurso legitimador de argumentação houve resistências. Rawls (2000) que na abordagem à sua famosa Teoria da Justiça não pretendendo aportar, diretamente, a questão desta desigualdade estrutural acaba por reconhecer a crucialidade de refletir sobre a igualdade fazendo menção à “justiça intrafamiliar” onde ocorrem injustiças que atingem mulheres e filhos pelas suas vulnerabilidades o que pode originar violências que mantêm em cativeiro o exercício das suas verdadeiras capacidades como cidadãos. Se para o autor “(...) a justiça é a virtude primeira das instituições sociais, assim como a verdade o é dos sistemas de pensamento (...)” essa conceção não pode deixar de equacionar o modo como as instituições sociais, onde se incluem os tribunais, legitimam os seus discursos no sentido de garantem a justiça para todos os grupos que com as suas diferenças merecem o tratamento reparador das injustiças que sofrem.

Amartya Sen (2010) reagiu àquela ideia de justiça das instituições, construída por Rawls, defendendo que as assimetrias que as mulheres experimentam constituem um grave obstáculo ao desenvolvimento. Neste sentido, dá uma maior ênfase às “vidas reais” (p. 14) das mulheres amparando a tese que lhes devem ser conferidas reais oportunidades para um tratamento mais justo. Os recursos a que as mulheres não têm acesso são uma condição limitadora da ocupação do espaço público e da sua

emancipação promovendo uma maior submissão dentro do espaço familiar o que conduz, potencialmente, à realidade da violência praticada entre portas. Daqui se infere que o autor indiano reconhece que, a partir da família (onde se incluem as relações íntimas) nascem a maioria das desigualdades que acabam naturalizadas na sociedade.

A ideia de justiça aportada pelos autores mencionados engloba a dimensão da argumentação judicial na medida em que, sendo elemento do corpo institucional do direito, é capaz de reproduzir discursos legitimadores através dos argumentos, enunciados, razões que justificam uma decisão judicial. Não podemos deixar de considerar que perante um conflito as partes almejam uma solução justa e para que essa finalidade se verifique devemos atender ao racional lógico que subjaz ao momento da motivação. Neste âmbito a nossa indagação diz, concretamente, respeito à argumentação judicial, numa dimensão justificativa da sentença, ou seja, o momento da fundamentação, onde o julgador elenca os enunciados e as razões que motivam a construção de argumentos.

Manuel Atienza (1999, 2005, 2013) estuda a atividade judicial sob o ponto de vista da argumentação jurídica. Aqui cabe entendê-la como um ato de linguagem a partir do qual se estabelece um diálogo que convoca uma atividade necessária e indispensável para solucionar um problema jurídico. Essa atividade decorre de uma obrigação constitucional. Quer dizer, é exigida pelos poderes públicos e dirigida, especificamente, aos juízes, sujeitos que prosseguem com a atividade justificativa das decisões que tomam. Neste contexto é suposto que os magistrados construam argumentações válidas através de um elenco de enunciados justificativos que afetam, diretamente, a vida das pessoas, pois são problemas da vida real que se estão a resolver e decidir.

Nestes termos, a argumentação jurídica aplicada à atividade judicial permitiu uma abordagem diferente àquela que tradicionalmente assentava no normativismo positivista e do jusnaturalismo. No que respeita à perspetiva positivista (Kelsen, 2019) as conceções passavam por entender o direito como um conjunto de normas que deve ser capaz de descrever previamente uma realidade e cujos elementos são enunciados normativos. O direito positivado é aquele que se encontra prevista num código ou existe através de uma regra costumeira, mas ao qual é conferida legitimidade em virtude da autoridade reconhecida ao órgão legislativo. Todo o procedimento de criação, modificação e extinção do corpo normativo ocorre a partir de outras normas e a

argumentação do direito, neste caso, parte da edificação desse corpo normativo. Kelsen afasta-se da corrente jusnaturalista entendendo que o direito não está dependente de qualquer ordem superior e é, somente, uma atividade que tem origem na capacidade cognitiva humana. O sistema jurídico procurou afastar os valores jusnaturais na busca da segurança jurídica e objetividade do sistema. O positivismo afasta o sistema de princípios passando a relevar a codificação das normas. Por outro lado, dá-se atenção ao modo de produção das normas, provenientes (como se disse) de uma autoridade legitimidade que formula hipóteses abstratas e lhes atribui uma consequência. A partir daqui resulta o método dedutivo que não admite outras soluções que não sejam as que se encontram previstas no direito positivado.

Já o jusnaturalismo radicou o direito na existência de um direito natural, contendo normas universais, que constitui o fundamento do poder coercitivo do Estado. A ideia subjacente ao movimento é a de justiça que pode ser concretizada se o direito positivo se encontrar em conformidade com o direito natural. Kant (2017) falou-nos no princípio supremo da moralidade que incluía valores que justificam a validade das leis justas, o que exigia uma notável apreciação valorativa. Daqui surge a ideia da conexão entre o direito e a moral. O debate doutrinário entre as duas correntes tem assinalado diversas posições, já durante o século XX, onde Hart (1994, p. 312) acabou por conceder que “a regra de reconhecimento pode incorporar, como critérios de validade jurídica, a conformidade com princípios morais ou com valores substantivos” ficando-lhe, então, atribuído o título de positivista moderado.

Deste intenso debate surge uma fase pós-positivista no calor das atrocidades cometidas por regimes opressores que escudavam na legitimidade do Estado a garantia da aplicação de normas que acabaram por dizimar muitos milhares de pessoas. É a altura em que a moral se aproxima do direito. A apreciação valorativa do direito vem apontar as limitações do método interpretativo subsuntivo como incapaz de resolver todos os impasses e mutações sociais sublinhando-se que a aplicação literal da norma pode conduzir a situações injustas.

O aspeto valorativo sobre o direito é, notavelmente, assinalado por Dworkin (1977) na sua obra *Taking rights seriously*. Fala-nos o autor de um caso ocorrido no século XIX – Riggs v. Palmer (1889) que descreve a situação em que Elmer Palmer mata o seu avô, Francis Palmer, por envenenamento. Sucede que o avô havia deixado um

testamento onde nomeou o neto homicida como seu herdeiro. A decisão de matar o avô decorre de um segundo casamento deste, onde uma convenção antenupcial prejudicava o montante de bens a que o neto teria direito caso não tivesse ocorrido aquela união. O problema colocado diante do tribunal superior foi determinar se o neto, já condenado por homicídio, teria direito à herança. A sequência dos argumentos valorativos das disposições normativas é assinalável e construída pelo *Justice Earl*. Começa a construção do argumento por questionar “Se os legisladores pudessem, quanto a este caso, ser consultados, diriam que pretendiam, pela sua linguagem geral, que os bens de um testador ou de um antepassado passassem para alguém que tivesse tirado a sua vida com o objetivo expresso de obter os seus bens?” Na sua perspectiva não. E justifica porquê “Ninguém será autorizado a lucrar com a sua própria fraude, ou a tirar partido do seu próprio erro, ou a encontrar qualquer reivindicação sobre a sua própria iniquidade, ou a adquirir bens pelo seu próprio crime.” De seguida a justificação esclarece, também, que as políticas públicas têm o seu fundamento em leis universais que não podem ser ultrapassadas por leis que as contrariam. E, através de uma lógica indutiva, aponta que Palmer poderia nunca vir a ser herdeiro antes do crime. Poderia morrer antes do avô ou este poderia retirar o seu nome do testamento e nunca lhe ser possível gozar dos bens que lhe estavam destinados. *Justice Gray* votou contra esta perspectiva, mas, ainda assim, afirmou que “Reconheço que as regras do direito, que anulam disposições testamentárias feitas em benefício daqueles que se tornaram indignos delas, podem ser baseadas em princípios de equidade e de justiça natural.”

Este caso perspectiva de forma clara as dificuldades que o positivismo enfrenta perante as mudanças infinitas que a realidade está sujeita. Os criadores do direito nem sempre expressam de forma clara e exaustiva todas as hipóteses e intenções que lhes estão subjacentes e, nesta medida, os juízes são chamados a uma atividade interpretativa racional que os convoca ao uso de princípios gerais do direito e de toda a sistematização que impende sobre o direito. *Dworkin (1977)* acaba por conceber os princípios como padrões que devem, inevitavelmente, ser observados quando a complexidade da realidade não pode ser subsumida, na sua totalidade, às normas jurídicas existentes.

Esta exigência à magistratura tem por trás a demanda da justiça e equidade que, por sua vez, envolve uma dimensão moral. A visão traz uma outra perspectiva sobre a

aplicação da lei e a sua argumentação. É que do processo motivacional da atividade judiciária, os tribunais surgem como “ativistas” quando decidem com base nos princípios, evidenciando que quer as regras quer os princípios são normas com características distintas, mas vinculativas e que, dentro de um certo enquadramento, podem dar origem a uma decisão (desde que justificada) mais razoável e justa.

No decurso da presente investigação não pretendemos debater as diversas visões teóricas pós-positivistas. Porém, interessa-nos determinar que a argumentação jurídica no direito vai além das concepções normativistas. Assim, o nosso referencial teórico é delimitado a partir do trabalho sobre argumentação jurídica de Manuel Atienza. O autor (1999) analisa o direito com um enfoque de argumentação a partir da atividade judiciária, que é aquela que merece o nosso interesse. Trata-se de uma atividade complexa. Apesar do debate sobre princípios e normas se erguer a partir daquilo que Dworkin (1977) apelidou de “hard cases” entendemos ser possível uma análise de situações para as quais as normas escritas dão resposta, mas levantam complexidades próprias da realidade, em constante mudança, e aspetos particulares acerca do grupo mulheres cuja desigualdade se encontra, ainda enraizada, nas estruturas sociais, políticas e económicas. A argumentação da atividade judiciária será sempre complexa na medida em que envolve procedimentos, operadores do direito, normas escritas, princípios subjacentes e valores do sistema jurídico. Entendemos que esta abordagem é uma decorrência lógica dos modernos Estados constitucionais que têm o ónus de efetivar as garantias dos direitos fundamentais dos seus/suas cidadãos/cidadãs.

O presente estudo de investigação constitui uma análise aprofundada dos argumentos vertidos em decisões judiciais sobre violência doméstica, nas relações de intimidade. A fundamentação é uma parte da atividade judiciária que deve encontrar-se bem delineada e orientada por critérios de lógica racional e proporcionalidade. MacCormick (2005) realça a importância de se elencarem enunciados adequados e razoáveis afirmando que o Direito é uma disciplina argumentativa. Não ignoramos as dificuldades e complexidades de opção das vertentes analíticas, no campo da argumentação, quando se intenta reivindicar uma perspectiva de género como instrumento argumentativo da decisão judicial. Pensamos que se torna, portanto, crucial a densificação desta análise no campo das teorias da argumentação jurídica

procurando justificar o referencial teórico que será seguido na análise dos argumentos judiciais das sentenças. Entendemos que, neste âmbito, há uma relação direta entre o caráter argumentativo do direito e as ideologias subjacentes à Democracia.

2. Teorias da argumentação jurídica – contributos para a análise de argumentos nas decisões judiciais

O estudo da vertente prática do direito implica que se identifique um ponto de partida teórico. E esta escolha pode ser complexa na medida em que o ponto de vista teórico pode dar origem a um número muito diverso e inesgotável de outras tantas análises suscitadas através de várias linhas de pensamento e múltiplas concepções. Nesta medida, a opção nesta investigação, será identificar os contributos da argumentação jurídica para o estudo das decisões judiciais e a partir daí designar o autor cuja teoria tem um peso específico na análise das sentenças. Como já referimos, anteriormente, esse autor será a proposta esquemática de análise de argumentação jurídica, proposta por Manuel Atienza, mas sempre adiantaremos, antes disso, as teorias precursoras da argumentação jurídica e as teorias *standard*. Faremos uma análise descritiva sobre os aspetos mais importantes e contributos mais relevantes na construção do edifício da argumentação jurídica. De seguida, serão apontadas as limitações analíticas para o nosso objeto de estudo e no ponto 3 pretendemos evidenciar como a opção metodológica da argumentação de Manuel Atienza é a mais correta e coerente ao estudo dos argumentos vertidos nas decisões judiciais sobre a violência doméstica.

A argumentação é um passo fundamental da decisão judicial. Num litígio apresentado diante do tribunal, as respostas podem ser diversas. Popper (1972) defende que “Aqueles que, à semelhança dos positivistas encaram a ciência empírica em termos de sistema de enunciados que satisfaz certos critérios lógicos (...) darão uma resposta. Uma resposta muito diferente será dada por aqueles que tendem a admitir como característica distintiva dos enunciados empíricos a circunstância de estes serem suscetíveis de revisão: o facto de poderem ser criticados e substituídos por enunciados mais adequados” (p. 51). Reivindicar uma posição crítica sobre a argumentação tem a potencialidade de demonstrar uma visão concreta e específica da prática do direito intensificando o debate sobre a motivação das sentenças judiciais.

Na história da filosofia do direito é possível identificar as várias correntes que tentam justificar uma decisão, ou seja, que tentam conceber metodologias entre a normatividade e o litígio que é apresentado ao tribunal. Refere Carrió & Carrió (1999) que os julgamentos não podem ser arbitrários. Os julgamentos são arbitrários quando não evidenciam a sua fundamentação e quando as decisões são “desprovidas de qualquer suporte legal e fundadas apenas na vontade dos juízes que a subscrevem” (p. 25). Esta preocupação com o método é, também, ajuizada por Popper na área das ciências sociais, como uma forma de encontrar justificações para as formas de ação em sociedade com o propósito de melhorar as condições de vida dos cidadãos/cidadãs. No processo judicial procura-se a verdade como forma de atingir o patamar da justiça. Ora, esta verdade pode ser questionada e, no campo do direito, é-o através da argumentação jurídica. O mesmo autor, em *A lógica da pesquisa científica* (1972) contesta a falibilidade da verdade usando do critério da racionalidade e argumentando que uma tese é sempre suscetível de ser questionada uma vez que é a sua problematização que permite ir encontrando soluções.

Os textos constitucionais consagram, hoje, a necessidade imperativa de fundamentar as decisões judiciais.² Esta obrigatoriedade resulta de os regimes democráticos pretenderem assegurar a concretização dos mais elementares direitos do indivíduo. Acresce que o juiz, no processo comunicacional³ que estabelece com o seu auditório precisa de enunciar as razões de facto e de direito consubstanciando o seu raciocínio numa explicação racional e lógica que permite compreender as razões da sua decisão. Estas obrigações decorrem daquilo que Taruffo (1988) identifica como a consequência do constitucionalismo moderno que orienta para a administração da justiça numa visão endo-processual de garantia aos indivíduos. Também, nesta senda, defende Canotilho (1991, p. 229) que “O princípio do Estado de Direito requer um procedimento justo e adequado de acesso ao direito e de realização do direito, que a Constituição Portuguesa prevê em vários preceitos. (...) o princípio da fundamentação dos actos judiciais (...). Na mesma linha Taruffo (1988) enquadra o dever da motivação das sentenças, na segunda metade do século XVIII, salientando o importante avanço cultural sediado no “iluminismo jurídico” que veio a contribuir para a consagração da motivação das sentenças como um princípio geral que veio a contribuir para “a racionalização do sistema administrativo de aplicação da justiça”.

Como se referiu acima, a procura da justiça exige a procura da verdade. A propósito da descoberta da verdade Popper (2001) defendia que a demonstração da falsidade de perspectivas mal fundamentadas ou infundadas permite progredir na busca da verdade. A verdade não deve ser entendida em termos absolutos, pois, a instância judicial confronta-se com uma verdade relativa, isto é, o tribunal utiliza um método de justificação que procura aproximar-se dos factos que mais revelam essa verdade. O enfoque do direito é, portanto, realizado sob uma perspectiva de argumentação o que permite afirmar, segundo o pensamento de Hespanha (2012, p. 96) que “O direito não cria apenas a paz e a segurança. Em boa medida cria também os valores sobre os quais essa paz e segurança se estabelecem”. A fundamentação de uma sentença usa argumentos que podem, deste modo, revelar uma narrativa – que pode ser consensual ou divergente – em torno da temática que nos interessa.

Quando uma decisão judicial é pronunciada a questão natural que surge é: esta é a única solução possível e verdadeira? Admitamos duas respostas:

- (i) Sim. É a única solução possível e verdadeira. Porquê? Porque se esgotaram todos os mecanismos possíveis da fundamentação. A aplicação dos comandos normativos mandou que assim fosse, a jurisprudência segue este caminho, a doutrina corrobora esta posição, a máxima de experiência comum demonstra que não podia ser de outra maneira, as provas sustentam esta verdade;
- (ii) Não. Pode haver outra solução. Porquê? Porque o julgador deveria ter considerado factos que não considerou. Porque não opôs, adequadamente, as posições doutrinárias. Porque apenas considerou posições jurisprudenciais atinentes com a verdade que lhe interessava chegar, ou seja, não colocou em prática o seu dever de colocar todos os ingredientes nos dois pratos da balança.

Seja a opção (i) ou a opção (ii) o que está em causa é o ideal de justiça. Em (i) pode ser a única resposta correta e verdadeira, o que não significa que não possa ser questionada. Em (ii) se é possível identificar outra solução é porque não se chegou à verdade única e possível. É porque os argumentos construídos sofreram vícios pelo caminho sujeitos à arbitrariedade ou discricionariedade do julgador. De acordo com Canotilho (2003, p. 667) a motivação da sentença, como instrumento que busca a justiça, radica em três razões fundamentais: “(1) controlo da administração da justiça: (2) exclusão do carácter voluntarístico e subjetivo do exercício da atividade jurisdicional

e abertura do conhecimento, da racionalidade e coerência argumentativa dos juízes: (3) melhor estruturação dos eventuais recursos, permitindo às partes em juízo um recorte mais preciso e rigoroso dos vícios das decisões judiciais recorridas”. A doutrina recorta dos preceitos constitucionais o dever de motivar a sentença. Se este dever legal resulta claro, o mesmo já não se poderá afirmar em relação ao modo como se deve argumentar no processo de tomada da decisão judicial.

As designadas teorias *standard* (teorias-padrão) ofereceram contributos muito relevantes para o estudo detalhado dos argumentos sobre casos de violência doméstica, argumentos esse que pretendemos analisar na II parte desta investigação. Começamos por descrever as contribuições mais pertinentes dos precursores das teorias da argumentação (Viehweg, Perelman e Toulmin) e dos autores das *teorias standard* (Neil MacCormick e Robert Alexy) para depois problematizar o objeto de estudo desta investigação num dos referenciais teóricos que sustenta a metodologia de análise.

Autores como Theodor Viehweg, Chaim Perelman e Stephen Toulmin lançaram um debate sobre a argumentação jurídica que reconduziu os estudos neste campo para uma diferente dimensão dogmática.

De Viehweg (2008) veio a contribuição da necessidade de recuperar a tópica, desenvolvida por Aristóteles, que contribuía para analisar um problema desde perspetivas diferentes tendo como ponto de partido o verosímil e o sentido comum. A tópica seria a arte de usar argumentos enquanto o juízo seria o procedimento de passar das premissas à conclusão. Na época romana, dada a escassez de normas, o método de decisão consistia na análise casuística e na argumentação retórica.

O autor usa o conceito de Tópica para fundamentar o raciocínio lógico o que teve uma influência determinante a partir dos anos 50 do século XX dado que constituiu um instrumento de análise que se contrapunha à metodologia fixada pelo positivismo jurídico baseado no sistema lógico-dedutivo. Foi, por isso, uma reação ao cartesianismo que se mostrava incapaz de apresentar soluções para as questões jurídicas de maior complexidade. Viehweg entende a tópica como uma técnica de pensar os problemas, uma forma de interpretar o direito. A finalidade da tópica deverá ser indicar meios para solucionar um problema concreto com vista a um resultado justo. A Tópica entende o direito como um sistema aberto que não deve basear-se, somente, no sistema dedutivo, mas estabelecer uma dialética a partir da qual se encontra uma solução para o problema

formulado. Viehweg caracteriza a tópica a partir de três elementos: o pensamento problemático, o instrumento com que opera (*topoi*) e a atividade. A arte argumentativa assenta nas premissas, mas não desde o ponto de vista de inferir umas proposições de outras, mas sim a atividade que permite a busca e análise dessas premissas. Atienza (1999) aponta, em relação a este aspeto, que o autor procurava entender a forma de encontrar os argumentos e não desenvolver um sistema conceptual afirmando que “Viehweg (1964) caracteriza a tópica como um *ars inveniendi...*” (p. 42). A tópica é entendida como um discurso persuasivo que se constrói a partir de uma dialética que estabelece os *topos* de primeiro grau (encontram-se as premissas) e os *topos* de segundo grau (conjunto de *topos* derivados do processo argumentativo). De forma resumida, as características da Tópica de Viehweg baseiam-se em encontrar soluções para os conflitos considerando que o direito nem sempre contém todas as respostas, dar ênfase aos factos e valores e estabelecer uma relação dialética entre os vários elementos argumentativos.

Uma outra visão sobre as teorias da argumentação moderna é desenvolvida por Chaim Perelman (1973) que escreve A Nova Retórica. Se para Viehweg o elemento da sua teoria era a tópica, para Perelman é a retórica. O autor entende que o direito é um sistema dinâmico onde introduz a discussão sobre a razoabilidade e a interpretação. A sua teoria baseia-se no discurso, no orador e no auditório.

Perelman identifica os pressupostos da argumentação jurídica, os pontos de partida e as técnicas argumentativas. No campo dos pressupostos da argumentação jurídica, o auditório desempenha um papel fundamental. O discurso argumentativo destina-se a persuadir e convencer o auditório. Daí a ênfase no elemento retórico do ato de argumentar pois procura-se a adesão intelectual de um determinado público. Esta técnica exige que o locutor se adapte ao seu auditório de forma a conseguir atingir o seu objetivo. Para tanto, entende o autor que o sentido das normas jurídicas deve ter em conta os casos concretos e não os modelos normativos previamente estabelecidos. Para o autor é mais importante persuadir do que convencer, pois o auditório que se encontra persuadido encontra-se, também, convencido que a solução encontrada é válida e dotada de razão.

Uma das preocupações com a conceção desta nova retórica está relacionada com o poder da discricionariedade pois, em algum momento, os intervenientes do

processo argumentativo podem desenvolver pontos de vista diferentes e irreconciliáveis. Neste enquadramento, a argumentação não se destina a dar uma resposta definitiva, mas aceitável, onde o raciocínio jurídico encontra modo de justificar a decisão entre os valores que elas comportam e a sua conformidade com o direito. A decisão judicial deve transportar as características de razoabilidade, ser aceite, trazer segurança jurídica e equidade. A visão sobre a racionalidade implicava uma lógica de valores avocando que para a sua densificação seria necessário recorrer, numa arte de diálogo, a outras áreas do conhecimento tais como a sociologia e a filosofia.

Ainda é importante destacar o papel que a interpretação ocupa na retórica e dialética entre os oradores e o auditório. Os argumentos deverão ser capazes de demonstrar a sua força e peso de modo a que o auditório fica persuadido perante uma multiplicidade de outras interpretações. Neste âmbito afastam-se as questões da discricionariedade quando o orador recorre aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade com o sentido de evitar as injustiças.

Toulmin (1958) veio contribuir, para as teorias da argumentação jurídica com a sua visão sobre os usos dos argumentos. O autor propõe desenvolver um modelo de análise sobre argumentos justificativos ao apresentar a noção de *field of arguments* (p. 14). Acrescenta que:

“Dir-se-á que dois argumentos pertencem ao mesmo campo quando os dados e conclusões em cada um dos dois argumentos são, respectivamente, do mesmo tipo lógico: dir-se-á que provêm de campos diferentes quando o suporte ou as conclusões em cada um dos dois argumentos não são do mesmo tipo lógico...” (p. 14).

Através desta formulação e da questão sobre que coisas podem mudar ou não no campo dos argumentos, Toulmin edifica a sua teoria sobre os argumentos no sentido de identificar padrões. O autor é crítico do padrão clássico dos silogismos dizendo que são insuficientes para avaliar critérios de força em diversos campos de argumentação. Os argumentos precisam de se apresentar de acordo com uma forma e segundo regras de procedimento o que significa que a argumentação exige o cumprimento de formalidades. A visão exploratória da argumentação de Toulmin passa da lógica formal para a lógica prática. A decisão judicial não é apenas uma descrição de factos, mas engloba a determinação de um conjunto de argumentos composto por proposições e enunciados. O argumento é um instrumento usado como operação distinta das

premissas que são estabelecidas a partir das leis e regras de inferência. A qualidade operativa do direito implica a ideia de *inference warrant*. A estrutura dos argumentos de Toulmin baseia-se em quatro elementos, a saber, a alegação/conclusão, as razões, a garantia e o suporte. O encadeamento ou construção do argumento opera da seguinte forma: uma vez formulada a alegação/conclusão são avançadas as razões relevantes e suficientes (os factos) para, de seguida, se utilizar a garantia dos enunciados gerais que autorizam o passo das premissas à pretensão. Este passo tem por base, por exemplo, em regras de experiência ou normas ou princípios jurídicos. O suporte do argumento é conferido pelas ideias que servem de base à garantia mostrando que é aquela que tem mais força quando comparada com outras que possam existir. Deste modo Toulmin consegue demonstrar a conexão entre todos os passos da argumentação e aquilo que podia ser entendido como uma generalização passa a significar um argumento substancial. Num breve exemplo podemos formular a sequência argumentativa da seguinte maneira:

- Alegação/conclusão: António deve ser condenado por um crime de violência doméstica praticado contra Maria.

O raciocínio justificativo inicia com esta formulação que, de seguida, apresenta as suas razões no sentido de se defender um ponto de vista mais concreto ao invés de formular uma generalização. A partir daqui a formulação inicial enfrenta o desafio de responder a perguntas: porque deve ser António condenado?; a conduta do António é uma ação de violência doméstica?, etc..

- Razões: porque António desferiu um murro e puxou os cabelos a Maria durante uma discussão conjugal; porque, segundo o Código Penal, desferir um murro e puxão de cabelos pode ser entendido como uma conduta típica da violência doméstica.

Neste passo a sequência de perguntas e respostas vai demonstrar um vínculo entre o facto existente e um raciocínio associado à conclusão (que o António deve ser condenado por um crime de violência doméstica) e que constitui a garantia do argumento.

- Garantia (warrant): desferir um murro ou puxão de cabelos constitui a prática de maus-tratos configurando um crime de violência doméstica.

O processo de argumentação pode ainda ter o elemento suporte ou elemento derrotável. Assim, quanto ao elemento de suporte (*backing*) ampara a própria garantia enquanto o derrotável (*rebuttal*) determina uma exceção.

- Suporte: pode afirmar-se que desferir um murro e puxão de cabelos a Maria constitui maus-tratos no âmbito do crime de violência doméstica porque ofende a essência da sua dignidade humana;
- Derrotável: desferir um murro e puxão de cabelos em Maria não revela ofensa do bem jurídico protegido porque não lesa profundamente a sua dignidade humana uma vez que a ação não reveste especial intensidade.

Esta variabilidade de raciocínio conduziu Toulmin a introduzir no processo argumentativo o critério da força (*qualifier*) o que constitui um marcador que valida o argumento apresentado. Não se trata de uma afirmação, mas de um ponto de vista que justifica os elementos precedentes. No exemplo dado funcionaria do seguinte modo:

- Critério de força: João deve ser condenado pela prática de um crime de violência doméstica pelo facto de as suas ações constituírem maus-tratos num enquadramento conjugal onde um vínculo especial entre cônjuges não admite agressões à integridade física.

O elemento força do argumento resulta num marcador que é o especial vínculo íntimo entre os agentes.

De acordo com Atienza, os teóricos Neil MacCormick e Robert Alexy representam o que se designa de *teorias standard*. Daqui deve entender-se o direito como uma realidade dinâmica composta por um corpo normativo e um conjunto de práticas sociais complexas que carregam um manancial de valores e costumes. Os Estados modernos constitucionais têm a necessidade de indagar sobre a ideia de justificar, adequadamente, as decisões judiciais. Entende-se, por conseguinte, que a ideia de justiça e validade do direito tem subjacente valores de carácter supra positivo, o que pode deixar implícito que ocorre, sempre, um confronto entre a corrente positivista e jusnaturalista. Na verdade, não tem de ser esse o aspeto essencial do debate, uma vez que o direito também pode ter um enfoque de análise argumentativa que não deixa de interligar as duas perspetivas.

MacCormick (1978) recorre à ideia Kantiana da razão prática defendendo uma teoria tanto descritiva como normativa definindo um campo de argumentação jurídica

que é desenvolvido através do sistema jurídico organizado. A sua conceção de segurança jurídica deriva da ideia do *rule of law* que contribui para a previsão jurídica, fornecendo meios para reduzir o mais possível as incertezas que podem derivar da aplicação da lei. O autor vê a argumentação jurídica como uma técnica persuasiva, dentro de uma realidade do Direito que é sempre dinâmica. A tarefa da argumentação consiste, então, “em explicar e sistematizar todos os critérios e formas da boa argumentação jurídica no contexto de valores fundamentais da ordem jurídica”. Sob o ponto de vista prático a argumentação jurídica restringe-se, então, àquilo que MacCormick designou de debate persuasivo. Neste processo o discurso jurídico deve surgir encontrar o que designa de bons argumentos, enquadrados sob a técnica da racionalidade, e afastar aqueles que designa de argumentos irracionais.

A justificação da argumentação jurídica está padronizada por aspetos dedutivos e não dedutivos o que indica que justificar a decisão judicial implica dar boas razões para assegurar a justiça. Nos casos, denominados, de fáceis, entende que a técnica da dedução é suficiente para o elenco das razões justificativas. O mesmo já não se verifica em relação aos designados casos difíceis. Neste particular podem surgir problemas de interpretação, de relevância, de prova ou de qualificação. Estamos perante dificuldades que exigem resolver aspetos como determinar a norma aplicável, indagar sobre a norma aplicável ao caso concreto antes do momento da interpretação, análise dos dados empíricos antes de os subsumir à disposição normativa e dúvidas sobre a factos primários. Para resolver os casos difíceis, MacCormick propõe dois passos no caminho da argumentação: (i) o uso da regra da universalidade no âmbito da justificação interna, (ii) que a regra encontrada tenha sentido e coerência com o sistema, o que se situa no campo da justificação externa. O pensamento deste autor evidencia como o silogismo é a estrutura da argumentação e que os argumentos esgrimidos pelo julgador só farão sentido se formarem parte das premissas que devem sair do silogismo. Os critérios de universalidade e coerência acabam por trazer para o campo da argumentação a vertente da moral, pois é possível construir um argumento moral como premissa do silogismo atribuindo-lhe um autêntico juízo de valor.

A conceção de argumentação jurídica de MacCormick também indaga sobre a única resposta correta alegando que há respostas corretas e erradas e que os juízes podem, por conseguinte, errar. Esta circunstância não significa que a decisão seja

inválida. Trata-se de uma decisão suscetível de correção havendo, portanto, que diferenciar entre decisão correta e decisão errada refutando o “decisionismo” e salientando a importância da racionalidade. Mesmo em casos em que se verifique um impasse há que considerar o sistema de valores e princípios do direito o que não quer dizer que não haja situações em que, perante uma pluralidade de possibilidades, se chegue a uma incerteza sobre as decisões.

Na teoria da argumentação de Robert Alexy (2001) começa por apresentar uma declaração de Karl Larenz que afirma “Ninguém mais pode afirmar seriamente que a aplicação das leis nada mais envolva do que uma inclusão lógica sob conceitos superiores abstratamente formulados” (p. 17). A partir daqui Alexy formula uma teoria de argumentação jurídica caracterizada por um sistema de regras que compreende um conjunto de enunciados suscetíveis de serem corrigidos. Através desta ideia o autor edifica uma teoria discursiva do direito, com influências de Baier, Toulmin e Hare onde discute aspetos como metodologia da argumentação, linguagem e argumentação e moral. A sua visão de argumentação constrói-se na vertente prática do direito uma vez que são as questões práticas que merecem uma resposta jurídica passíveis de uma exigência de correção. Os juízes devem justificar as suas decisões e nessa medida estabelece-se uma relação entre a argumentação preconizada pelo julgador e a lei válida aplicável. Na sua conceção encontra-se a distinção entre a justificação interna e justificação externa. Naquela o debate centra-se no silogismo jurídico onde devem ser observadas determinadas regras, designadamente, invocar, pelo menos, uma regra de carácter universal no processo de justificação, determinar a lógica dessa regra universal em conjunto com as proposições constantes da justificação e desenvolver múltiplos mecanismos de passos que assegure a descoberta de regras e formas com carácter universal. O autor designa-as de “regras e formas de justiça formal” (p. 222-223). No que tange a justificação externa Alexy identifica-a como sendo o conjunto de premissas que são usadas no campo da justificação interna. Categoriza essas premissas em regras positivas, dados empíricos e proposições que não são nem regras positivas nem dados empíricos. A aplicação de cada um deste tipo de discurso justifica-se do seguinte modo: a regra positiva atende aos critérios de validade e os dados empíricos serão justificados através do método das ciências empíricas ou regras de experiência comum. Quanto

àquelas proposições que não são nem regras da lei positivada nem dados empíricos Alexy refere que:

“Ao justificar a norma segundo critérios de validade ou de ordem legal pode ser necessário interpretar as regras que definem critérios de validade (...) A argumentação jurídica pode ser de decisivo significado não só na interpretação da norma válida mas também ao estabelecer sua validade. Certamente, isso também é verdadeiro para o estabelecimento de fatos empíricos. Assim, o que é admitido na justificação como um fato pode depender da interpretação de uma regra com valor de prova” (p. 225).

Da teoria proposta por Alexy retira-se a ênfase que é colocada no método interpretativo da argumentação jurídica e da argumentação empírica. Abreviadamente, indica-se a proposta avançada do autor quanto à classificação de regras e formas de justificação externa: (i) regras e formas de interpretação, (ii) argumentação dogmática, (iii) uso de precedentes, (iv) argumentação geral prática, (v) argumentação empírica e (vi) formas especiais de argumentos jurídicos. Na técnica de inter-relação deste tipo de argumentos propõe os chamados cânones de interpretação que designa de argumento semântico, argumento genético, argumento histórico, argumento comparativo, argumento sistemático e argumento de interpretação teleológica.

A forma como Alexy concebe esta teoria discursiva assenta num modelo procedimental que sistematiza o raciocínio lógico da decisão judicial através de regras. É uma forma de entender a argumentação jurídica de maneira a atingir um resultado racional ou razoável em qualquer caso. O procedimento não garante, exatamente, encontrar a única resposta correta, mas trata-se de um procedimento sistematizado que permite identificar eventuais linhas de correção (p. 236). O que pode suceder no caminhar desta construção argumentativo é a invariabilidade do grau de certeza que com a complexidade que a realidade encerra se torna complexa de valorar. Assim sendo, não podem deixar de ser considerados outros elementos como regras de presunção e de experiência comum com base no conhecimento empírico.

O confronto de teorias de argumentação que acabámos de enunciar apresenta limitações para a análise do nosso objeto de estudo – as decisões judiciais sobre violência doméstica. Não refutamos os contributos muito importantes das correntes enunciadas, mas apresentamos algumas limitações para, depois, nos determos sobre o marco teórico mais adequado à nossa investigação.

Na Tópica de Viehweg não é possível evidenciar o papel determinante que a lei desempenha como enunciado do processo argumentativo, além de não se considerarem aspetos relacionados com a dogmática e os casos precedentes. Daqui pode resultar uma análise superficial dos argumentos que podem ficar presos a generalizações que não são compatíveis com a perspetiva de género que pretendemos inserir no nosso trabalho de investigação. Atienza (2005) chega mesmo a denominar o método de “ingénuo” por Viehweg defender que a jurisprudência deve encontrar soluções justas a partir de proposições da própria justiça. Reconhecemos, assim, o seu importante contributo para a lógica do raciocínio, mas revela-se como incapaz de retratar todos os passos argumentativos.

A teoria de Perelman dá especial relevo à retórica e tem o mérito de, numa crítica à lógica formal pura do positivismo, introduzir as questões da moral, da justiça e do direito no processo argumentativo. No entanto, a sua limitação radica, precisamente, na questão do desenvolvimento da lógica jurídica. O autor contrapõe a lógica dedutiva a uma conceção argumentativa retórica focando a atenção no contexto das proposições e desconsiderando a questão dos dados empíricos. Quer dizer que não é estabelecida a relação entre as inferências e um determinado estado de coisas. Atienza (2005) valora o contributo de Perelman quando refere que o valor introduzido pelo aspeto pragmático da linguagem, com o objetivo de persuadir, no contexto social e cultural em que se desenvolve a argumentação, o princípio da universalidade e as noções de auditório. Entende-se, pois, que a sua obra é mais uma edificação crítica à lógica formal pura do que um modo procedimental de encontrar uma teoria da argumentação da atividade judiciária. Há uma ênfase importante colocada sobre os raciocínios dialéticos mais adequados ao contexto do direito. A evidência salienta a razão prática voltada para a ação e o modo de agir dos seres humanos. No entanto, como referimos é necessária uma abordagem sistematizada que permita a análise de argumentos sob o ponto de vista procedimental. Deste modo, a sua classificação de argumentos é útil, mas carece de resultado prático no processo argumentativo.

Já no que tange ao contributo de Toulmin parece óbvia a sua insurgência com a lógica formal que, no seu entender, só faz sentido aplicada ao domínio da matemática. O autor entende que os valores humanos não são enquadráveis na lógica formal. A sua representação esquemática é uma superação dos habituais debates sobre a lógica que

se centram nos elementos como as premissas e as conclusões. Toulmin edifica os argumentos de modo a justificar o encadeamento que pode ser delimitado desde a formulação de uma alegação/conclusão até ao elemento de suporte.

Atienza (2005) aponta criticamente o que diferencia a teoria de Toulmin da abordagem feita à lógica formal. E declara que essa diferença reside no seu enfoque dos argumentos considerados como interações humanas. A potencialidade do esquema proposto por Toulmin tem relevo para o que objetivamos no desenho esquemático às decisões judiciais. No entanto, concordamos com Atienza quando aponta que no passo procedimental entre a garantia e o suporte poderá verificar-se alguma confusão de tipo de enunciados se o suporte for formulado, apenas, por enunciados empíricos.

Nas teorias *standard*, desenvolvidas por Alexy e MacCormick, a preocupação centra-se na construção de uma teoria da argumentação jurídica a partir do campo da justificação das sentenças. Refere Atienza (2005) que ambos têm uma visão semelhante, mas acabam por evidenciá-la através de diferentes caminhos. Enquanto MacCormick parte das justificações das decisões para elaborar uma teoria da argumentação jurídica, Alexy faz o contrário, parte da teoria da argumentação jurídica para a projetar no campo do direito. Para MacCormick a argumentação prática tem a função de justificação, mas que na sua conceção não aparece muito claro quanto à lógica dedutiva. É que a formulação de premissas normativas ou fácticas pode suscitar problemas que afastam a mecânica da conceção dedutiva. Desde logo, porque se podem formular premissas contraditórias que não são solucionadas pela lógica dedutiva.

Já em relação a Alexy pensamos que a sua teoria da argumentação jurídica explicita claramente a insuficiência da subsunção lógica na aplicação da lei. Esta limitação deriva, como vimos, da imprecisão da linguagem do direito, da possibilidade de conflitos entre normas, da possibilidade da não existência de norma para a regulação do caso e da eventualidade de tomada de decisões em casos especiais. Alexy parte desta enunciação para explorar a metodologia jurídica da aplicação da lei no campo da justificação. A ideia é a de que é possível estabelecer critérios para enunciar os elementos justificativos das decisões judiciais. Além disso, tais determinações seriam cruciais para encontrar um resultado mais justo. A principal limitação que se pode apontar ao pensamento de Alexy, no campo da argumentação jurídica, é determinar uma confiança absoluta dos operadores do direito seguirem enunciados racionais.

Atienza (2005) aponta que o discurso dos operadores não pode constituir um critério de verdade pois aquilo que deve ser considerado são as verdades objetivas e não as meras opiniões. Neste sentido não há um debate daquilo que podem constituir as boas razões em confronto com a forma do discurso que pode, naturalmente, envolver falácias. Assim, Atienza o que propõe é elaborar uma teoria da argumentação jurídica que dê conta de todos os passos do processo de racionalidade a partir não só dos elementos discursivos, mas também da racionalidade estratégica e da racionalidade instrumental.

Do enquadramento exposto sobre a argumentação jurídica da atividade judiciária entendemos poderem ser retiradas vantagens de análise formal, material e pragmática. Antes de mais, através do esquema argumentativo – que será abordado mais adiante – desenha-se um quadro de argumentos principais com a enumeração de razões justificativas, encadeadas segundo inferências lógicas, através de um modelo de racionalidade prática. É neste esquema argumentativo que encontramos delimitado o campo de justificação da decisão judicial. Na senda do que foi invocado sobre a força dos argumentos é, igualmente, possível identificar os argumentos que têm um peso considerável na decisão e aqueles que apresentam mais fragilidades, o que permite, a partir formular revisões críticas sobre o modelo justificativo e propor correções.

Os casos sobre a violência doméstica não configuram, nos termos definidos por Dworkin (1977) o conceito de *hard cases*. No entanto, o nosso argumento é que se trata de casos com uma complexidade diferenciada dos chamados “casos fáceis”. Recorremos, mais uma vez, às visões críticas sobre o positivismo. A aplicação estrita do elemento literal da disposição normativa sobre a violência doméstica no que concerne a regra de subsidiariedade expressa, nela contida, tem levado a dissidências justificativas entre o que se considera o concurso real e o concurso aparente de infrações criminais. As razões aduzidas para o enquadramento das condutas típicas têm conduzido a dois caminhos: um, as condutas de violência doméstica são consumidas pelas condutas com pena mais grave desaparecendo o exercício de justificação quanto ao crime aparente; dois, as condutas de violência doméstica são autonomizadas das condutas concorrentes o que conduz o decisor a nomear razões justificativas dessa opção de qualificá-las em concurso real.

Esta aproximação a uma das complexidades justificativas no campo da violência doméstica demonstra que os seus casos envolvem dificuldades interpretativas que os

tornam de complexa análise e exigente aplicação dos critérios de racionalidade. Os magistrados devem atuar no sentido de aplicarem de forma sensível ao género as racionalidades encontradas na disposição normativa, usando formas e estruturas de justificação que podem recorrer aos vários elementos normativos como é o caso da interpretação do seu elemento literal e teleológico. O que resulta desta técnica espelha o quadro argumentativo que opera num sentido de justiça social, mas também numa vertente pragmática, que veremos no próximo ponto.

3. Entre a racionalidade jurídica e o pragmatismo das decisões judiciais

A argumentação jurídica pode ser estudada em diversos contextos jurídicos. Atienza identifica três domínios essenciais: (i) o da produção das normas jurídicas; (ii) o da aplicação das normas jurídicas e; (iii) o da dogmática jurídica. No primeiro domínio tem lugar a análise e estudo dos argumentos que conduzem à conceção das normas. Aqui cabe o estudo da fase preparatória, dos motivos que justificam a criação da lei. Estamos numa fase pré-legislativa e legislativa que convoca descobrir o modo como surge a norma jurídica. O segundo domínio abarca a aplicação das normas onde se compreende a atividade dos/das juízes/juízas que no enquadramento do litígio analisam dados empíricos e determinam a forma como aqueles devem ser subsumidos às normas jurídicas. No sentido da dogmática jurídica tem lugar a observação das normas interpretadas ou das normas que se encontram, sistematicamente, interligadas com a interpretação que decorreu das disposições normativas. Trata-se, neste âmbito de analisar o impacto que uma determinada decisão pode ter no conjunto do ordenamento jurídico.

Resulta de grande utilidade olhar para o que derivou do caso *Riggs v. Palmer* que já abordámos anteriormente – um efeito espiral que pode constituir precedente para a resolução de outros casos com argumentos valorativos sobre determinados aspetos normativos que antes dessa tarefa argumentativa se encontravam escondidos. Neste nível são usados argumentos a partir da norma aplicável e da interpretação que decorre a partir daí. Poderá ser feito um exercício sobre as consequências alternativas, tal como sucedeu no caso que referimos – será que o neto homicida teria direito a herança se o legislador soubesse que iria agir contra a lei para beneficiar de um outro direito que

também lhe é, normativamente, garantido? A dogmática implica que se recusem consequências que possam resultar em prejuízo para os sujeitos e revelar-se como incoerentes e inconsistentes com o resto das normas válidas do sistema jurídico. A ideia de coerência e consistência são valores inerentes do sistema jurídico que não podem ser apartados no processo interpretativo dos vários elementos constantes do processo decisório.

Além destes três domínios essenciais da argumentação não pode deixar de se dar relevo aos fenómenos sociais no direito. Trata-se de um aspeto que não é configurável nas motivações da sentença, mas não pode ser ignorado por constituir um campo através do qual a apreciação valorativa de factos e disposições normativas faz sobressair a certeza jurídica, a efetividade do direito, a possibilidade de recorrer ao direito, etc.

A argumentação jurídica, entendida nos contextos que acabamos de expor, cumpre três funções: “a primeira de carácter teórico ou cognoscitivo, a segunda tem uma natureza prática ou técnica e a terceira poderia ser qualificada de política ou moral.” (Atienza, 2005, p. 216). Diz o autor que para dar conta de uma dimensão argumentativa há que considerar os seus componentes formais, materiais e pragmáticos (Atienza, 2009). Através desta conceção é possível decalcar critérios de racionalidade presentes no discurso jurídico e nos argumentos, que adiantamos, desde já, e aprofundamos mais adiante. Em primeiro lugar, o aspeto formal verifica a racionalidade procedimental discursiva aferida pelo cumprimento de regras da lógica do discurso. Num segundo plano, a análise material permite a crítica do *ethos*, dissecando o conteúdo das normas. Finalmente, o sentido pragmático coloca a ênfase nos aspetos dinâmicos da argumentação que é vista como um processo onde é possível identificar a atividade discursiva do decisor (Atienza, 2009).

A elaboração deste modelo de Atienza resultou de diversas conceções de argumentação jurídica.⁴ O que o autor faz é evidenciar as contribuições positivas deste campo da filosofia do direito. Uma vez que os contributos destes autores já foram evidenciados no ponto anterior, mostramos agora a visão analítica de Atienza sobre os mesmos. Começa por referir o contributo de Viehweg, Perelman e Toulmin. Relativamente a Viehweg destaca a ideia fundamental do modo de pensar tópico ou retórico. A obra de Viehweg foi encarada como um marco diferenciador na crítica ao

tradicional método jurídico que assentava, até então, na lógica formal dedutiva. Quanto a Perelman esclarece sobre a questão da retórica que se baseia em distinguir o orador, o discurso e o auditório. Já o contributo de Toulmin aborda a lógica informal e a dialéctica ao nível da interação humana entre proponente e oponente. Atienza classifica estas perspetivas como *teorias standard* da argumentação jurídica. Tendo em conta o contexto em que foram propostas, o autor considera que apresentam limitações no plano analítico concreto da argumentação jurídica porque é necessário todo um procedimento que distinga os vários níveis de argumentação, pelo menos ao nível da justificação. Por conseguinte, o autor pugna pela aplicação da visão formal, material e pragmática argumentando que não são excludentes.

O contexto de justificação – que aprofundamos no próximo capítulo – permite levantar questões muito pertinentes no campo da argumentação jurídica. Basta pensar que, ao nível de tribunais superiores, podem ser construídas posições dominantes no entendimento de um determinado regime jurídico. Por exemplo, as decisões, que determinam a suspensão da pena para o agressor da violência doméstica, usam argumentos de natureza formal e material. A posição dominante é fixada em função de critérios que traduzem um esquema argumentativo usado de forma sistemática em grande parte das decisões nesta matéria. Ora, é necessário dizer que a argumentação jurídica procura efetivar, através de uma boa argumentação, a boa prática jurídica. Acompanhamos Atienza quando argumenta que “a riqueza analítica só se consegue quando se distinguem diversos géneros retóricos (deliberativo, judicial, epidíctivo) e se propõe classificações, distinções, etc. para cada um desses géneros” (Atienza, 2009, p. 21). O autor afirma que “posto que a distinção entre a retórica e a dialéctica parece basear-se em elementos graduados, caberia falar de discursos, de argumentações, mais ou menos dialéticas, mais ou menos retóricas” (2013, p. 366). É através do raciocínio jurídico que podemos dar ênfase à prática jurídica e, se necessário, sugerir correções nas decisões judiciais.

A partir desta visão é possível problematizar o resultado – argumentos e razões – das decisões que pretendemos escrutinar. A análise da argumentação jurídica pretende, através deste modelo, discutir os pontos mais e menos resistentes da fundamentação com o objetivo de perceber a dinâmica de uma tutela efetiva das vítimas de violência doméstica. Há que, necessariamente, passar da racionalidade jurídica para

o pragmatismo judicial porque, afinal, a análise da argumentação jurídica refere-se a “uma ação relativa a uma linguagem” (Atienza, 2014, p. 94). O uso dos argumentos implica expedientes linguísticos que podem prescrever, descrever, afirmar, formular perguntas. Estes procedimentos não constituem, propriamente, a argumentação mas fazem parte dela enquanto usos da linguagem. A argumentação usa a linguagem para expor argumentos contra ou a favor de determinada tese.

A atividade de argumentar implica a qualificação de condutas, de ações que desencadearam um conflito e que devem ser dirimidas pelo tribunal. Daqui decorre a necessidade de justificar a aplicação da norma **X** ou **Y** através de uma atividade interpretativa que é despoletada por um conjunto de inferências dedutivas ou indutivas e que, por sua vez, conduzem a uma decisão final. Este empreendimento é realizado através da formulação de um problema que desencadeia a necessidade de argumentar. A partir da enunciação do problema é possível traçar a distinção de três níveis de argumentação:

(i) O primeiro trata da argumentação sob um ponto de vista formal. Aqui observa-se a técnica da lógica dedutiva indicando quais são as premissas, assinalando as regras de inferência dedutiva para passar, depois, à conclusão. A lei penal menciona, no seu artigo 152.º, n.º 1 que “Quem, de modo reiterado ou não, infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais: a) Ao cônjuge ou ex-cônjuge; 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; (...) é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.” Neste caso, o argumento formal invoca a enunciação de uma premissa maior. Para estabelecer uma inferência lógica dedutiva necessitamos de um facto, que constitui a premissa menor. A título de exemplo podemos enunciar a situação em que **A**, marido de **B**, agrediu-a no dia do seu aniversário provocando-lhe danos físicos que conduziram ao seu internamento hospitalar. A dedução lógica que nos levaria à conclusão consistiria em **A** é cônjuge de **B**; **A** infligiu maus tratos físicos a **B**. Daqui é possível inferir que **A** praticou um crime de maus tratos físicos que se enquadram na violência doméstica pelo facto de ser marido de **B**, o que pode levar à condenação de uma pena de prisão de um a cinco anos. Nesta conceção formal aquilo que se verifica, na verdade, não são argumentos,

mas um encadeamento lógico que pode ser retratado através de esquemas argumentativos.

(ii) O segundo nível de argumentação enuncia argumentos de natureza material, aqueles que justificam a decisão. Neste caso os argumentos não têm que ser estabelecidos necessariamente através de uma lógica dedutiva. Conforme diz Atienza (2014, p. 109) “na concepção material, o assunto não se esgota aqui, não acaba nas formas, mas o essencial é o conteúdo”. Numa perspetiva material aquilo que se considera são as premissas e a conclusão através de enunciados interpretativos, estes aceites como corretos. A essência da argumentação material reside nas premissas que conduzem à conclusão, o que significa que o exercício não considera tão pertinente a questão da lógica formal dedutiva. Na verdade, esta perspetiva material também aborda as premissas normativas e premissas fácticas. No entanto, a este nível podem colocar-se ao decisor várias dificuldades de interpretação das normas e dos factos. Retomando o exemplo que enunciámos antes, o decisor pode levantar vários tipos de questões materiais relacionadas quer com a norma (premissa maior) quer com os factos (premissa menor). Por exemplo, o julgador pode enfrentar a dificuldade do preenchimento do tipo. Os maus tratos são um crime autonomizado no artigo 152.º-A, do código penal a par com a violência doméstica, prevista no artigo 152.º. Ambos têm subjacente a conduta de maus tratos. Assim, o juiz poderá ter que resolver a complexidade de determinar se se trata de um crime de maus tratos ou de um crime de violência doméstica enunciando as razões pelas quais considera que, naquele contexto, a conduta de **A** deve subsumir-se ao crime de violência doméstica ao invés do crime de maus tratos. E esta dificuldade pode colocar-se relativamente a outros tipos de crime com os quais a violência doméstica concorre. É o caso da violação, da agressão contra a integridade física, da ameaça ou da injúria. Por outro lado o decisor também poderá ter de enunciar as razões justificativas da sua decisão quanto à verificação dos factos. Neste âmbito, levantam-se, com frequência, problemas com a prova. O que leva o julgador a concluir que, efetivamente, **A** agrediu **B** no dia do seu aniversário? O juiz deverá fornecer razões por que considera que **A** agrediu **B**. As razões podem ser porque a testemunha **C** presenciou a ação, o hospital emitiu relatório médico sobre os danos físicos e o tratamento à vítima ou através da máxima de experiência comum que lhe permitirá concluir que, realmente, **A** ofendeu a **B**. Em última análise, estas razões conduzem à

formação de uma convicção que levará o decisor a adotar uma decisão uma vez considerada a ocorrência de determinadas circunstâncias. A esta forma de inferência (que não é a dedutiva) subjaz um raciocínio prático. A concepção material da argumentação é, assim, indispensável a uma boa decisão uma vez que permite ir além do esquema formal de justificação. Tal como referencia Atienza (2014) implica uma perspectiva de compromisso.

Existe um outro aspeto que não pode deixar de ser discutido neste segundo nível de análise da argumentação material. É que a perspectiva de compromisso não implica, necessariamente, que a justificação dada seja uma boa explicação. Assim, as razões que conduziram à decisão devem sustentar bons argumentos. Quer dizer que os bons argumentos não se sustentam, apenas, através do esquema formal, sendo este insuficiente para justificar a decisão. Há que validar os argumentos. Esta validade é dada através dos critérios que o decisor utilizou – as regras de experiência comum, as perícias, os testemunhos, os dados empíricos e outros.

(iii) Por fim, entramos no último nível de argumentação, a pragmática. Aqui chegados o que importa analisar na argumentação traçada pelo decisor são “os elementos pragmáticos da linguagem” e “o resultado obtido” (Atienza, 2014). A finalidade de uma argumentação de tipo pragmático procura que a dialética e a retórica sejam capazes de convencer um auditório, respeitadas todas as regras processuais. A persuasão, o convencimento, o acordo e o consenso são os propósitos finais da argumentação pragmática. As regras processuais podem, por exemplo, dar origem a discussões no seio das instituições e do auditório a quem se destina a decisão. Veja-se o estudo avaliativo das decisões judiciais, publicado pela Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género (2016) que faz um levantamento do impacto das decisões na vida dos/das cidadãos/cidadãs. Refere o estudo que o sentido das sentenças indica que 30% dos casos correspondem a sentenças absolutórias e que 70% determinam sentenças condenatórias mas que estas são, maioritariamente, penas suspensas (Duarte, Fernando, Gomes, Oliveira, & Ribeiro, 2016). A pena suspensa, nestes casos, deriva da aplicação de critérios de racionalidade jurídica (a lógica formal) que determinam a suspensão da pena para condenações que não vão além dos 5 (cinco) anos de prisão.⁵ Neste plano os argumentos construídos pelo juiz situam-se, ao nível, de uma dialética que discute a adequação da pena suspensa ao arguido/arguida pelo facto de não possuir

antecedentes criminais, por estar bem inserido socialmente, por reconhecer a censurabilidade da sua conduta, etc.. Teremos, portanto, um procedimento contraditório onde uma parte – a que representa o sujeito **A** – defende a absolvição ou, quando muito, a punição com caráter suspenso, por outro lado, a outra parte – a que representa o sujeito **B** – que ampara a condenação efetiva por entender que devem verificar-se patamares mínimos de punição sob pena de se frustrar a finalidade da norma. Este procedimento dialético deve obedecer a regras que estabelecem um método através do qual se pode entender o que é mais correto.

A concepção da argumentação pragmática tem, igualmente, subjacente a retórica. Neste caso estamos perante um “orador que constrói um discurso para conseguir persuadir o auditório” (Atienza, 2014, p. 121). Já não falamos de regras processuais, falamos de regras técnicas cujo efeito mais direto será o convencimento da audiência que a decisão é justa, adequada e proporcionada. O decisor deve construir uma argumentação retórica considerando tais regras técnicas mas não esquecendo que existem limites morais e políticos, o que equivale a dizer que a retórica não se constrói exclusivamente com base na tecnicidade.

No enquadramento da argumentação jurídica Atienza (2005) defende que o modelo da lógica formal não é suficiente para dar conta da maior parte dos argumentos de razão prática. Também neste sentido Toulmin pretendeu esclarecer o processo argumentativo a partir de um modelo que não fosse o da lógica dedutiva. Neste sentido afirma Saunders (1994, p. 165) que “(...) os modelos lógicos e matemáticos são inadequados para explicar como as pessoas realmente fazem argumento.” Percebe-se que existe a diferenciação entre os argumentos teóricos e os argumentos práticos, aqueles com conclusões mais universais e estes que pretendem esclarecer sobre a solução mais adequada de entre várias outras ao contrário de um esquema formalmente lógico.

A análise do processo argumentativo das decisões judiciais é explanada através de um modelo esquemático, que já mencionámos algumas vezes e será aprofundado na II parte desta investigação. Porém, não pode deixar-se de referir neste ponto que as decisões judiciais, com a sua abordagem linguística complexa, mostram conjuntos de argumentos que são melhor evidenciados através do processo esquemático. O trabalho de Douglas Walton, Christopher Reed e Fabrizio Macagno (2008) propõe vários tipos de

esquema de argumentos para que as decisões judiciais possam ser compreendidas e objeto de crítica. Quando se observa de perto uma decisão judicial percebe-se que estamos perante um documento complexo com diversas categorias de enunciados, com vários elencos de razões que não refletem, somente, a subsunção do caso concreto à letra da norma. A racionalidade jurídica que a sentença judicial espelha revela muito mais que razões jurídicas. Essa racionalidade recebe informações da própria razão do decisor que a foi construindo através do contexto social, das experiências pessoais e profissionais, dos valores que recebeu e que pode mesmo pretender veicular. Basta pensar, por exemplo, na técnica da interpretação em que o decisor passa, em regra, do texto da norma para possíveis enquadramentos de maneira a encontrar uma solução para o conflito.

Saunders (1994) defende que os decisores judiciais carecem de conhecimento da técnica argumentativa e que a construção esquemática dos argumentos devia ser ensinada aos estudantes das faculdades de direito. A ausência de uma esquematização, alega o autor pode conduzir a decisões judiciais menos efetivas e confusas. Este pensamento segue a linha de Toulmin (2003, 2006) que defende a aprendizagem de uma argumentação prática. Os diagramas constituem assim uma representação indispensável da decisão judicial para que esta possa ser avaliada e clarificada a relação que se estabelece entre os vários elementos dos argumentos presentes.

Quanto ao esquema de argumentação: é importante referir que Atienza (2013) refere que “... quem pretenda analisar uma argumentação judicial servindo-se do modelo anterior não deve pensar que a sua esquematização será tanto melhor quanto mais símbolos utilize. Ao contrário, o que se trata é de dar conta do essencial da argumentação com o menor número de elementos possível.” (p. 429). Neste ponto entendemos que a identificação dos elementos propostos depende do ato de interpretação do sujeito que analisa e, por conseguinte, esse ato implica alguma subjetividade. Portanto, o que se propõe é que a análise das decisões judiciais retrate, de modo fiel, os encadeamento dos atos de linguagem. Isto porque existem passos no ato de argumentar aos quais o juiz não pode fugir, em concreto, a aplicação das disposições normativas.

Do que ficou exposto entendemos que a teoria da argumentação jurídica que melhor se adequa à análise do nosso objeto de estudo é a que acabámos de enunciar

sobre Atienza. De facto, o edifício construído sobre como deve ser entendida a argumentação jurídica na atividade judiciária conduz-nos a seguir uma metodologia de análise jurídica com vantagens evidentes: a de ser capaz de integrar uma lógica dedutiva formal com a potencialidade de um estudo material controvertido que permite propostas de correção (ao nível dos argumentos e enunciados) tendo por máxima a coerência do sistema jurídico.

Reiterando o que já se afirmou acima, a premissa desta investigação parte deste modelo de argumentação jurídica em que se analisam as vertentes, formal, material e pragmática. Falta dizer que a análise do sentido prático das decisões judiciais que analisamos, assenta na discussão atinente à argumentação esgrimida no contexto de justificação, ponto analisado mais profundamente no próximo capítulo II.⁶ A justificação do pragmatismo judicial reside no que Summers (1978), citado por Atienza (2014, p. 102), defendeu como a “força justificativa” das decisões. Ou seja, o autor pretendia entender como é que os juízes constroem as premissas, as razões que servem de justificação às suas decisões, deixando de lado as preocupações clássicas com a lógica formal dedutiva para acentuar a importância do ‘raciocínio prático’.

4. Como decidem os juízes?

A argumentação jurídica não surge como campo de estudo isolado. Trata de abordar questões de natureza diversa que, habitualmente, colocam em crise sistemas de abordagem na aplicação das normas jurídicas. As grandes áreas de confrontação são o jusnaturalismo e o positivismo jurídico. Apesar de poder parecer demasiado simplista o que este debate opõe é a relação que pode ser determinada entre o direito e a moral, onde a primeira corrente afirma que o sistema jurídico está interligado com princípios morais, enquanto que a segunda posição nega que exista essa conotação, cingido-se às regras positivadas do sistema jurídico.

Das abordagens enunciadas na discussão sobre o direito e a moral interessa-nos, para a presente investigação, aquela que diz respeito à forma como os juízes decidem. Quando analisamos uma decisão judicial é comum verificar que nem sempre os critérios coincidem, nem sempre a decisão final é idêntica e que em situações semelhantes, os tribunais podem decidir de diferente modo. Como é que se justifica esta variação de

lógicas racionais? A resposta parece ser a de um papel mais ativo dos tribunais que lançam um olhar mais atento e assertivo sobre o texto constitucional cujo núcleo de direitos fundamentais e princípios merecem respeito e uma concretização específicas tendentes a densificar um conjunto de garantias dos cidadãos. Dahl (1957) defendeu que o Supremo Tribunal Norte-Americano não tinha, unicamente, um papel legal no sentido de resolver os factos que lhe eram submetidos a apreciação. Argumentou que aquela instituição – que é legal – tinha também uma função política. A sustentação desta perspectiva assenta na constatação de que muitos casos envolvem diferentes alternativas de solução defendidas por juízes e doutrinadores. Isto porque mesmo existindo a regra do precedente e as regras escritas, com frequência, os decisores se deparam, nesse contexto, com palavras “gerais, vagas, ambíguas ou que não são claramente alicáveis...” o que conduz a que se deva, pelo menos, escolher “entre alternativas de política pública apelando a pelo menos alguns critérios de aceitabilidade sobre questões de facto e valor que não podem ser encontradas ou deduzidas de precedentes...” (pp. 280-281).

Um prestigiado Juiz Norte-Americano, Richard Posner (2008) fala-nos da sua perspectiva sobre a forma de decisão dos juízes. Por um lado, Posner defende que os juízes decidem de acordo com uma visão legalista do direito quando é possível apurar através das matérias jurídicas convencionais o apuramento dos factos verdadeiros que determinam, por sua vez, a aplicação de regras jurídicas pré-existentes, o que torna este processo simples, situado no domínio do raciocínio legalista. Por outro lado, o mesmo autor identifica aquelas situações em que casos menos comuns esgotam os materiais convencionais exigindo dos juízes o apelo à sua experiência, emoções e, frequentemente, crenças inconscientes. Nesta medida, os juízes assumem um papel “legislativo” levando em consideração a ética profissional, a orgânica do sistema legal, as ambições profissionais, as opiniões de colegas, entre outras, mas também adotando considerações políticas que conduzem ao pragmatismo judicial. Esta visão do pragmatismo judicial baseia-se num sistema político – que não deixa de estar enformado por valores éticos – e as decisões judiciais provocam consequências que vão além das lógicas, anteriormente, determinadas.

O sistema criminal sofreu uma forte influência do movimento feminista na consagração de condutas violentas que afetam, desproporcionalmente, as mulheres

como foi o caso da violência doméstica. A linguagem preconizada pela contestação feminista nem sempre é refletida no campo da linguagem penal o que implica um desencontro de “linguagens” que pode contribuir para uma maior dificuldade de tratamento de questões factuais e o seu enquadramento nas disposições normativas. Esta dificuldade levou ao que Bailey (2010) designou de momento paradoxal entre o sistema criminal e as reivindicações feministas. É que foi a contestação feminista que “pressionou” a criminalização da violência doméstica e, não obstante, o mesmo movimento feminista permanece insatisfeito com o funcionamento do sistema penal cuja linguagem formal não incorporou a visão de género na apreciação das circunstâncias factuais, daqui resultando um tratamento de revitimização das vítimas, criando sentimentos de impunidade pela ausência de condenações efetivas dos agressores e falta de vontade de envolvimento das vítima no sistema criminal. Segundo o Instituto Europeu para a Igualdade de Género “A vitimização secundária ocorre quando a vítima sofre novos danos não como resultado direto do ato criminoso mas devido á forma como as instituições e outros indivíduos lidam com a vítima... a vitimização secundária pode ser causada, por exemplo pela... utilização de linguagem inadequada ou comentários insensíveis feitos por todos aqueles que entram em contacto com as vítimas...”⁷. Quanto ao sentimento de impunidade cremos que resultam de uma análise de dados estatísticos. No sítio sobre estatísticas da justiça sobre violência doméstica⁸ reportam-se, no ano de 2020, 27 637 denúncias da prática de violência doméstica. Destas verificaram-se, no mesmo ano, 3 656 processos de julgamento findos. Daqui foram decididas cerca de 89% de condenações de pena suspensa na sua execução. As penas suspensas são uma condenação, de facto. No entanto, não pode deixar de ser considerado que o/a agressor/a (ainda que com penas acessórias) permanece em liberdade o que pode, frequentemente, envolver um real risco para a sua vítima. Não se argumenta, aqui, que sejam diminuídos os direitos dos arguidos ou que o sistema penal seja construído com uma visão sobre os direitos das vítimas. Convoca-se a política criminal para uma verdadeira e efetiva proteção de bens jurídicos ofendidos. Acresce que não se pode deixar de atentar no fosso abismal entre o número de denúncias e os processos de julgamento concluídos faltando aqui uma análise mais profunda quanto aos factores que determinam a falta de vontade das vítimas se envolverem com o sistema punitivo. Na senda do pragmatismo de Holmes (1897) nota-se a sua construção

sobre o bandido (*bad man*), ou seja, a ideia das consequências sofridas se violar a lei. E esta é a ideia que subjaz do conjunto de argumentos que condenam agressores/as a penas de prisão suspensa nos casos de violência doméstica.

O paradoxismo referido anteriormente tem conduzido, mais recentemente, ao desenvolvimento do discurso de “populismo penal”⁹ a que o Estado não pode ceder sob pena de se violarem princípios constitucionais de base democrática. Deve refutar-se a ideia de um sistema criminal vingativo e cujo funcionamento assente na lógica do talião. Como também deve refutar-se a ideia da retórica de princípios constitucionais que protegem bens inalienáveis da vida humana como é o caso da sua dignidade, da sua autonomia da vontade, da sua integridade pessoal, do livre desenvolvimento da sua personalidade e da sua liberdade e autodeterminação sexual. A dimensão destes princípios é hoje uma linguagem bem explanada nas decisões judiciais sobre a violência doméstica e não podem deixar de ser equacionado um conjunto de ponderações que, eventualmente, colocam em confronto os direitos das vítimas e os direitos dos agressores. Na senda de Paulo Pinto de Albuquerque esse exercício impende sobre o Estado porque é ao Estado que cabe o ónus de providenciar mecanismos de proteção de bens jurídicos essenciais da integralidade humana. O mesmo Juíz, que foi representante português no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) defendeu que a violência doméstica deve ser equiparada à tortura e que estranha que Portugal nunca tenha sido chamado ao Tribunal por falhar na proteção de mulheres assassinadas.¹⁰ A reivindicação de um agravamento de molduras penais, quanto à violência doméstica, não conduz ao invocado populismo penal. Conduz, outrossim, à abordagem de uma argumentação diferente daquela que se tem verificado na determinação da suspensão da pena que trará como consequência um sentimento de maior segurança para a comunidade, em geral, e para a vítima, em específico.

A preocupação com as consequências derivadas de processos de denúncia de violência doméstica é bem espelhada pela Equipa de Análise Retrospectiva de Homicídio em contexto de Violência Doméstica¹¹. Do dossier 4/2020-AM a Equipa recomenda que:

“Ao Centro de Estudos Judiciários, Conselho Superior da Magistratura e Conselho Superior do Ministério Público a necessidade de prosseguir e reforçar o esforço de formação dos magistrados judiciais e do Ministério Público sobre a violência contra as mulheres, a violência contra as crianças e a violência doméstica de forma a fomentar uma visão, compreensão e

intervenção holísticas sobre estas realidades e um estreito diálogo e interação com profissionais das outras áreas do saber e setores que partilham com o sistema de justiça a responsabilidade de responder aos casos concretos (...) que essa formação aborde, nomeadamente: (1) as características e dinâmica destes comportamentos e as especiais exigências que daí resultam para a ação do sistema de justiça, na articulação e diálogo entre as suas unidades orgânicas e com outros setores, organizações e profissionais; (2) os aspetos que devem merecer particular atenção na condução e tramitação dos procedimentos judiciais, à luz da experiência e de estudos de caso; (3) a importância de, nas tomadas de decisão, seja sobre a condução dos processos seja sobre a sua substância, serem ponderados os efeitos e os resultados que serão previsivelmente alcançados à luz do conhecimento disponível e dos objetivos inscritos na lei; (4) a comunicação do sistema de justiça com os sujeitos e participantes processuais, com os organismos e profissionais que com ele colaboram e interagem e com a comunidade.”

Já numa anterior recomendação (dossier 8/2018-A) a Equipa recomendou que:

“O plano anual de formação conjunta em matéria de violência contra as mulheres e violência doméstica, previsto na Resolução do Conselho de Ministros nº 139/2019, de 18/7 (publicado no DR-1ªSérie, de 19/8/2019), deve assegurar a necessidade de preparação dos profissionais dos diversos setores para a valorização, deteção e combate às violências psicológica e económica, a que nem sempre é atribuída a mesma relevância das violências física e sexual, incluindo os comportamentos que possam integrar estratégias de controlo coercivo.”

Pelo exposto pode inferir-se que os decisores devem considerar no seu processo decisório um conjunto de fatores que não podem ser ignorados naquilo que constitui um mecanismo de violência muito específico que atinge, em particular, as mulheres e que continua a afetá-las mesmo depois de uma sentença. Esta ideia refuta, assim, a acusação do “populismo penal” invocada. Por outro lado, deve também atender-se às recomendações do Relatório do GREVIO (2019) onde se constata que a relação que a disposição normativa da violência doméstica encontra com outro tipo de infrações desconsidera as questões do género subjacentes à prática deste crime. A análise dos argumentos respeitantes a esta relação permitem dar evidência a decisões judiciais que acabam por fazer “engolir” o crime em infrações cuja pena é mais grave – a relação de subsidiariedade – ou então “consumir” outras condutas típicas no crime de violência doméstica – relação de especialidade – mas agregando critérios de intensidade e gravidade, não raras vezes movidos por conceções estigmatizantes e estereotipadas.

Todos os aspetos e paradoxos debatidos até este momento a par com a invocação do alegado “populismo penal” tornam premente a questão inicial deste ponto: como decidem os juízes? Voltamos a Posner e à sua visão sobre a forma como os

juízes decidem. Posner sofre uma forte influência de Holmes (1897). Este ficou conhecido como o *juiz dissidente* por ter dado ênfase ao pragmatismo jurídico opondo-se, com frequência, a uma visão estruturalmente formalista dos seus colegas. Holmes, que desenvolveu aquela visão de pragmatismo criticou no seu livro *The Common Law* o formalismo defendendo que a decisão judicial não é a mera aplicação de um precedente. Diz Holmes que “A vida do direito não tem sido a lógica: tem sido a experiência”. Por isso, disse também no *The Path of Law* (1897) que estudar direito não era um grande mistério mas, sim, resolver os problemas que as pessoas lhes apresentavam. A ideia do *bad man* a que aludimos antes não se referia, apenas, ao criminoso que engendra um mecanismo de se livrar da aplicação do direito. Inclui, também, a orgânica estrutural e institucional de todos os que aplicam o direito. Holmes não dissociava o direito da moral mas as concepções que daí podiam derivar deviam encontrar-se nas percepções previsíveis que se obtinham a partir de experiências concretas. Fundamental, seria a atividade da interpretação constitucional defendendo que deveria ser utilizado um critério de perigo claro e eminente na orientação dessa atividade interpretativa.

Se a ideia de argumentação jurídica parte desta visão de pragmatismo judicial significa que os argumentos que vamos considerar nos casos de violência doméstica hão-de derivar, também, de uma atividade interpretativa que atende ao contexto do presente, que considera os fatores influenciadores do processo decisório, sendo que este não deve ser construído através de uma visão, meramente, formalista, mas atender às consequências que derivam do uso de argumentos/enunciados/razões muito específicos de cada caso concreto.

Na linha de Posner (2008) o magistrado não aplica num sentido estrito a letra da lei porque pode confrontar-se com problemas estruturais. Estes problemas podem categorizar-se em dificuldades endo-estruturais, como é o caso de problemas derivados do elemento literal ou as várias relações que se podem estabelecer com outras disposições penais. Atienza (2013) refere-se às complexidades do processo argumentativo quando enuncia os problemas de qualificação ou interpretação que podem levantar interpretações diversas quer dos dados empíricos quer das premissas normativas. Portanto, o juiz não decidirá, exclusivamente, através do elemento literal. Por outro lado, o magistrado também enfrenta vicissitudes que podem derivar do

próprio sistema legal e ao comportamento que os operadores judiciais adotam durante o processo. Num ponto que abordaremos mais à frente, discutimos quanto a este particular a dimensão institucional do direito e o modo como pode ser densificado o debate na construção de uma argumentação jurídica no campo da justificação.

Este procedimento de construção não se encontra alheio às circunstâncias sociais e políticas que envolvem os decisores. Posner reclama que os juízes (sobretudo os que integram os tribunais de recurso) são *occasional legislators* (p. 78) pois decidem no sentido de uma determinada orientação ideológica, valores e preconceitos (p. 369). Para sustentar esta perspetiva o autor indica nove teorias que designa de (i) a atitude do magistrado, (ii) a estratégia, (iii) as razões sociológicas, (iv) as causas psicológicas, (v) os fatores económicos, (vi) a estrutura organizacional, (vii) as razões pragmáticas, (viii) os fenómenos e (ix) o legalismo. A preconização destes fatores de influência da decisão, naturalmente, que contribuem para a construção de argumentos que não são alheios a preferências pessoais, políticas, estratégias comportamentais, expectativas de ambição profissional, a estrutura organizativa do sistema legal, influências de valores externos e, claro, a própria determinação do que se encontra disposto na lei. Num exemplo sobre discriminação sexual um caso será decidido de forma diferente se na sua composição o coletivo integrar uma magistrada com ideologia de género. Ou seja, explicar o processo decisório e, por conseguinte, a forma como a argumentação jurídica é construída implica que se percecionem todos os fatores de influência que possam determinar um resultado diverso, prejudicial – em hipótese – aos sujeitos envolvidos na contenda judicial.

Conceber argumentações com perspetiva de género pode envolver para os magistrados algum risco, de acordo com a teoria de Posner. É que invocar tal argumento significa, confrontar com a ideia dos que combatem – como se referiu acima – a abordagem ao populismo penal. Laurrari (2007) acusa o “feminismo oficial” de ter incorporado uma visão simplificada da violência contra a mulher, nas relações de intimidade ao apresentar o delito como algo que acontece pelo facto de se ser mulher (p. 15) ao mesmo tempo que critica que se confie ao direito penal a tarefa de alterar a desigualdade estrutural entre mulheres e homens (p. 16). A autora, no entanto, prossegue reconhecendo que se verificou uma evolução desde a violência doméstica até à consagração da violência de género evidenciado a ideia de que o patriarcado é uma ideologia assente “na responsabilidade de um sistema social que se estrutura ainda na

divisão e desigualdade de géneros e daí derivar que este contexto pode favorecer os comportamentos de violência sobre a mulher” (p. 18).

No ordenamento jurídico português não merece consagração a tipologia da violência de género. Porém, não subsistem dúvidas de que a violência doméstica é uma forma de violência de género e que o direito passa a encarar o sujeito como uma pessoa com características específicas, como é o caso específico do género. Atende, também, à raça, à ideologia, à orientação sexual, etc., que surgem consagradas no âmbito do artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa. Nas disposições penais estas especificidades também são consideradas. Quando se prevêem categorias diversas de violência familiar onde merece nomeação a violência nas relações de intimidade (violência entre cônjuges ou ex-cônjuges e relações de namoro, presentes ou pretéritas). A letra da lei não descreve o termo “género”, porém percebe-se que todo o enquadramento preparatório da disposição e a forma como foram tendo lugar as sucessivas alterações têm em linha de conta o género, por se tratarem de situações que afetam, particularmente, as mulheres e daí tratar-se, inequivocamente, de um crime de violência de género.

Diz Clara Sottomayor (2019) que a aplicação do direito deve atender à perspectiva de género, considerando todo o percurso de enquadramento internacional e nacional de direitos humanos das mulheres, o que exige ponderar “a tensão entre o princípio da igualdade e o direito à diferença, necessitando as mulheres de direitos iguais aos dos homens, mas reivindicando também um tratamento diferenciado que valoriza as especificidades das mulheres (...)” (p. 26).

Neste quadro os aspetos valorativos no campo da argumentação jurídica não podem deixar de ser considerados. Numa vertente de pragmatismo judicial, os magistrados devem estar atentos à forma como os argumentos construídos fazendo notar que aspetos limitadores podem determinar uma decisão menos conseguida. Por exemplo, Posner que discute a questão da independência dos magistrados aponta para a regra criada nesse âmbito. A organização judiciária teve necessidade de estabelecer um grau de independência para os decisores judiciais de forma a garantir que, com a sua própria independência, os juízes não possam seguir caminhos arbitrários na sua decisão. Este aspeto é especialmente revelador naquelas decisões de violência doméstica que colocam em causa a apreciação da prova que, quando contestada, invoca

razões de arbitrariedade judicial, a que os juízes, depois, têm de responder, demonstrando as razões por que tal não se verifica. Posner considera, no geral, que uma visão pragmática da decisão judicial tem em conta diversos aspetos associados às consequências que o resultado da decisão envolve e que as suas razões serão mais válidas do que aquelas que se baseiam numa visão, puramente, formalista do direito.

O pensamento de Benjamim Cardozo (1927) também lança luzes sobre o processo mental de decisão dos juízes. Interessa-nos, sobretudo, a sua abordagem à interpretação dos factos e da lei considerando que “Os tribunais foram, frequentemente, induzidos em erro sobre a validade de uma lei, não porque não a entendam, mas porque não compreenderam os factos”. Esta afirmação pode significar que, no processo mental decisório, enquanto se constrói a argumentação, o decisor deve atender ao espaço, ao tempo, ao contexto que o rodeia, não ignorando as causas estruturais das várias formas de violência que são praticadas contra a mulher. Neste sentido é premente a afirmação de sobre a forma como a interpretação “(...) preenche os espaços vazios, através dos mesmos processos e métodos que construíram a lei costumeira”. Num caso decidido pelo juiz (MacPherson v. Buick Motor Co. Of Appeals of New York (217, N.Y. 382, de 1916) determinou-se que “as sentenças da época em que se viajava não são aplicáveis às condições de transporte actuais (...) O princípio de que o perigo terá de ser eminente não deve ser alterado, mas as coisas que são objecto desse princípio alteraram-se e, por isso, este terá de se adequar às necessidades da vida numa civilização em desenvolvimento”. E na senda deste fundamento decisório Cardozo afirma na sua obra que “As normas e princípios (...) não são verdades conclusivas, mas hipóteses de trabalho continuamente submetidas a novos testes nesses grandes laboratórios que são os tribunais”. Os tribunais, excessivamente formalistas, tendem a afastar-se destas dinâmicas por considerarem um processo estrito da aplicação dos preceitos legais cujas consequências não retratam o contexto factual ou continuam a enviesar a realidade de uma desigualdade sistémica e estrutural como é aquela que atinge as mulheres.

Parece-nos que Sottomayor (2019) reflete nesta circunstância quando defende que “o método jurídico de questões de direitos humanos deve ser um método que parte da realidade em que vivem as pessoas, caso contrário, os métodos tradicionais, de carácter conceitual e lógico-dedutivo, contêm o perigo de ocultação ou negação das

diferenças e de formalização excessiva dos direitos”. O processo mental da magistratura é explicado por Cardozo através da divisão entre o consciente e o subconsciente. De uma forma consciente, o juiz recorre à lógica, aos precedentes e aos fins que se pretendem servir. Os elementos subconscientes consideram que o papel do juiz não é “supérfluo” pois existem “lacunas a preencher”, dúvidas e ambiguidades que devem ser esclarecidas, erros e dificuldades que precisam de ser mitigados. No campo das questões da violência doméstica surgem todos estes elementos no momento em que os dados empíricos surgem no âmbito da apreciação do juízo ou na altura em que factos têm que ser subsumidos na disposição normativa. Afirma o Juiz Cardozo que “o juiz deve ter sempre em mente a conceção teleológica da sua função (...) que significa o pragmatismo. A norma que funciona bem gera um direito próprio ao reconhecimento. Só que ao determinar como ela funciona, não devemos vê-la de modo demasiado estreito (...) dentro dos limites do precedente (...) o princípio final é o da adequação a um fim”.

No âmbito do debate que temos vindo a explicar acrescenta-se que tais perspetivas permitem olhar para a argumentação sob um ponto de vista analítico, mais aprofundado, na medida em que é possível identificar os passos argumentativos das decisões judiciais. Atienza (2005) defende que o sentido da argumentação consiste numa atividade que evidencia enunciados, razões, linhas de argumentação que devem ser questionadas e criticadas no sentido de se conhecer a melhor solução possível. Torna-se assim possível delimitar um discurso dialético nos processos mentais decisórios que são moldados por pre-juízos de valor assentes em estereótipos e estigmas que costumam encontrar-se associados a situações envolventes à violência doméstica no seio das relações de intimidade tal como é possível demonstrar incongruências do processo argumentativo no que toca à análise das premissas factuais e normativas debatendo-se inferências dedutivas e indutivas que, a final, vêm a consubstanciar a legitimação de um discurso judicial.

Capítulo II

A dimensão institucional do direito e a argumentação judicial

1. A dimensão institucional do direito – impacto no processo argumentativo

No capítulo anterior foi discutido como as diversas teorias da argumentação jurídica edificam o método procedimental para justificar a fundamentação das decisões judiciais que devem ser racionais, legítimas e justas. O debate entre as várias visões pretendeu demonstrar como o processo decisório envolve vários operadores do sistema institucional do direito, com o intento de se delimitarem modos de atuação que afastam a eventualidade de, tais sujeitos, se deixarem influenciar pelas suas próprias convicções, enfim, pela discricionariedade.

Neste ponto iremos discutir a dimensão institucional do direito e a forma como as diferentes perceções impactam no processo argumentativo e apresentam limitações ao seu desenrolar. Uma vez que o nosso interesse não consiste em problematizar questões atinentes ao confronto entre o direito enquanto instituição social e o direito enquanto entidade reguladora normativa, optamos por equacionar o impacto que tais visões podem ter no campo da justificação das sentenças e em que medida direito e moral deverão ser elementos da equação decisória.

Atienza (2001) defende que a dimensão institucional do direito é um elemento fundamental do raciocínio jurídico no campo da justificação que ficou patente na obra *Las piezas del derecho* (2004) mas que o autor reconhece que não foi aprofundada. O autor fala da dimensão regulativa do direito como um sistema que integra dois tipos de normas: por um lado, as regras e, por outro lado, os princípios. Brevemente, adiantamos que para Atienza & Manero (2004) as regras operam no sentido do raciocínio justificativo como razões operativas de carácter perentório. Já os princípios operam no mesmo sentido justificativo operativo mas sem carácter perentório. Neste caso, os princípios devem ser ponderados num exercício que conduz à conclusão e determinação, eventual, de outra regra.

Os princípios podem ser sempre utilizados, na justificação da sentença, como um enunciado a partir do qual se estabelece uma relação com uma norma onde pode vir a ser subsumida uma determinada conduta. Nos casos de violência doméstica verifica-se uma construção argumentativa onde se refere com frequência a ofensa ao princípio da

dignidade humana ou o princípio ao livre desenvolvimento da personalidade. E por referência a estes princípios, o decisor opera um raciocínio de relação entre aqueles princípios e a conduta que pretende integrar na disposição normativa.¹² A formulação destes enunciados, através dos princípios, conduz a uma análise aberta do caso onde é possível equacionar racionalmente a ofensa da complexidade dos bens jurídicos protegidos pelo tipo penal da violência doméstica.

Já a aplicação da disposição penal é uma forma mais fechada de justificação. Ainda que da atividade interpretativa possa decorrer um conjunto de possibilidades múltiplas, o decisor sempre optará pelo enquadramento numa regra. Este procedimento de atuação verifica-se, por exemplo, nos casos de violência doméstica que argumentam sobre a qualificação de condutas como sendo típicas de violência doméstica ou, por exemplo, serem uma simples ofensa à integridade física.¹³ Quer dizer, o campo da justificação convoca a estrutura do sistema normativo através das suas normas e princípios.

Para Raz (1996) o sistema normativo também apresenta esta característica institucional. O autor fala-nos na origem capaz de identificar as normas que fazem parte de um sistema normativo cuja legitimidade deriva da obediência à autoridade. O autor estrutura o sistema através de uma ordem hierárquica de primeiro e segundo nível e onde a força veiculada pelas primeiras empresta crença na obrigatoriedade de obediência às segundas. A obediência do sistema normativo decorre da obrigação moral de cumprir as normas na medida em que o indivíduo opta por cumprir com a ordem estabelecida. Assim, Raz (1996) defende que o direito consiste numa estrutura de autoridade de onde emergem procedimentos legislativos, administrativos e judiciais através dos quais nasce toda a produção normativa. As normas têm uma origem comum na medida em que podem ser agrupadas ou hierarquizadas como acontece com os sistemas da *common law* e da codificação. Podem, portanto, existir origens diferentes e que não estão necessariamente hierarquizadas. Entretanto, o que releva no campo da justificação é a relação que se consegue estabelecer entre as normas e desenhar um fio condutor da lógica racional. O autor concebe o direito como um sistema jurídico complexo onde as disposições normativas se encontram relacionadas umas com as outras devendo ser considerada a sua natureza normativa, institucional e coativa. Mas este entendimento não pode ser visto separado do conjunto de decisões que daí

emanam. Falamos, para o que nos interessa, das decisões judiciais que implicam, necessariamente, razões justificativas para serem tomadas. Diz Raz que a instituição judiciária reflete um sistema de razões reconhecidas e aplicadas por instituições jurídicas autoritativas.

Atienza & Manero (2004) falam a este respeito do direito como um sistema justificativo, estruturado em dois níveis. Um primeiro nível onde estão integradas as regras do sistema, que são perentórias, e que em muitos casos são suficientes para a justificação condutora à tomada de decisão. No entanto, nem sempre assim acontece. Pode ser necessário um segundo nível de justificação através do qual se exige uma tarefa justificativa que convoca níveis de raciocínio diferente. Pode verificar-se que a regra aplicável não seja clara, não exista regra ou que a solução encontrada não se enquadre dentro do sistema. Nestas situações a justificação tem de, primeiro, encontrar através dos princípios uma regra específica e, em segundo, aplicar essa regra ao caso concreto.

A argumentação jurídica dos casos de violência doméstica demonstra algumas complexidades, no primeiro nível, mas que são resolvidas pela atividade interpretativa. O fio condutor da argumentação evidencia um esquema formal do qual sobressai a lógica dedutiva. É no campo da argumentação material que encaramos alguns problemas no plano argumentativo e que não são resolvidas de forma tão simples. A norma aplicável que é composta pelo seu elemento literal e teleológico vê a finalidade da sua regulação frustrada nas situações em que a técnica interpretativa racional determina que condutas qualificadas como violência doméstica simplesmente “desaparecem” porque em relação de concurso aparente com outras infrações que contêm penas mais graves, como é o caso da violação.

Olhar para o sistema normativo sob o ponto de vista institucional e considerando as proposições de Raz e Atienza & Manero podemos considerar que o próprio sistema avança com soluções. Por exemplo, o elemento teleológico, que carrega um valor, não deve ser ignorado como possível razão justificativa. A bifrontalidade da norma permite fazer uso de princípios, em sentido estrito, assegurando que a justificação daí derivada cumpre com a coerência e sistematização normativa. Se assim não for indaga-se por razão é tipificada uma norma penal que tutela bens jurídicos fundamentais, ofendidos por ações que decorrem de um vínculo especial afetivo, para depois o modo de funcionamento da dedução e técnica jurídica fazer “desaparecer” tais condutas típicas

noutras ações? É que se assim for aceite, então, a sistematização da disposição normativa da violência doméstica não cumpre, integralmente, com a sua finalidade de punir os agressores domésticos e quando estes são punidos a justificação opera no primeiro nível mediante circunstâncias muito específicas, onde se invocam razões de intensidade das ações maltratantes, sobretudo naquelas que não são reiteradas. O sistema atira-os para a prática de outros crimes mais graves, como é o caso da violação, de acordo com o que referimos anteriormente, porque a determinação da subsidiariedade assim o determina.

Tal como indicam Atienza & Manero e Raz o desenrolar de toda esta atividade inclusa no sistema normativo tem subjacente o seu carácter institucional. Quanto aos primeiros autores esta expressão abarca vários significados: desde logo porque o direito é uma realidade institucional que diz respeito a factos sociais que se encontram regulados e que são aceites coletivamente; as regras do direito são aplicáveis por certos órgãos que têm a autoridade para o fazer; também diz respeito aos procedimentos institucionais que têm regras de funcionamento quanto a prazos, a recursos, a momentos de intervenção dos sujeitos; o sentido institucional significa que o sistema contém regras sobre si próprio; o sistema normativo é legitimado institucionalmente por um sistema de fontes derivado de um poder de autoridade; o sistema normativo é um sistema institucional em sentido sociológico que congrega uma mecânica complexa de funcionamento se pensarmos na quantidade de operadores judiciais que o integram. Dada esta multiplicidade de significados os autores definem o sistema institucional do direito: “uma instituição como um conjunto de meios orientados à persecução de fins ou... à realização de funções” (p. 124).

Há nestas visões sobre o direito, enquanto instituição, um entendimento, sob o ponto de vista geral, que implica a regulação de factos sociais e a aceitação coletiva dessa regulação. Raz (1996) defende que se tratam de instituições que aplicam o direito mas que, também, são criadas pelo direito. Se assim é, podemos também entender que tal regulação permite ir um pouco mais além e considerar que outros intervenientes exercem funções, especificamente, ligadas com o aspeto regulador e que são, igualmente, aceites. Falamos dos juízes que, no aparelho judiciário, proferem decisões que operam com ordens vinculativas, aceites pela coletividade. Este alcance é fácil de perceber se pensarmos que um decisor, na sua vida individual, que dirija uma ordem a

um qualquer indivíduo não terá o mesmo efeito vinculativo. Assim, o aparelho institucional tem um conjunto de procedimentos que, além de todo o edifício de argumentação que radica na decisão judicial, compreende todo um outro conjunto de funções, prescritas nas regras, que são determinantes no desfecho de um caso.

Para elucidar, especificamente, este ponto de influência institucional do direito vamos reportar-nos ao âmbito de recursos para o Tribunal Constitucional para, depois, analisar o impacto que causa em processos de violência doméstica.

De acordo com o n.º 1, do artigo 280º, da Constituição da República Portuguesa, que rege a fiscalização concreta da constitucionalidade das normas, são passíveis de recurso as decisões:

a) Que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade;

b) Que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo.

Já o n.º 2, do mesmo artigo dispõe que:

a) Que recusem a aplicação de norma constante de acto legislativo com fundamento na sua ilegalidade por violação da lei com valor reforçado;

b) Que recusem a aplicação de norma constante de diploma emanado de um órgão de soberania com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto de uma região autónoma;

c) Que apliquem norma cuja ilegalidade haja sido suscitada durante o processo com qualquer dos fundamentos referidos nas alíneas a), b) e c). (...)

Quanto ao Ministério Público está vinculado à obrigação de recorrer para o Tribunal Constitucional quando a norma cuja aplicação tiver sido recusada constar de convenção internacional, de ato legislativo ou de decreto regulamentar e bem assim das decisões dos tribunais que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional.

A Lei do Tribunal Constitucional n.º 28/82, de 15 de setembro, dispõe, no n.º 1, do artigo 70.º, sobre as decisões de que cabe recurso para aquela instância. Das várias situações de recurso faremos a indicação daquelas a que as partes, num processo de violência doméstica, podem fazer uso. Assim se estipula naquela disposição que é possível recorrer de decisões dos tribunais:

- a) Que recusem a aplicação de qualquer norma, com fundamento em inconstitucionalidade;
- b) Que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo;
- c) Que recusem a aplicação de norma constante de acto legislativo, com fundamento na sua ilegalidade por violação de lei com valor reforçado; (...)

O escopo normativo que acabamos de enunciar estabelece de forma clara os requisitos para a interposição de um recurso para o Tribunal Constitucional, no âmbito da fiscalização concreta da constitucionalidade das normas, procedimento que “...só pode e só deve ser conhecida e decidida na medida em que haja um nexo incidível entre ela e a questão principal objeto do processo, entre ela e o feito submetido a julgamento.” (Miranda, 2013, p.13). Ainda na Lei do Tribunal Constitucional dispõe o n.º 1, do artigo 72.º que podem recorrer para o Tribunal Constitucional:

- a) O Ministério Público;
- b) As pessoas que, de acordo com a lei reguladora do processo em que a decisão foi proferida, tenham legitimidade para dela interpor recurso.

Das referidas disposições constitucionais retira-se que os recursos para o Tribunal Constitucional derivam de questões discutidas durante o processo, não sendo possível ao cidadão aceder diretamente àquele Tribunal. Se bem que os tribunais, em geral, têm competência para avaliar a constitucionalidade de uma norma, é ao Tribunal Constitucional que cabe a última palavra. Num Tribunal comum, o juiz deve apreciar a questão incidental do caso concreto, porém, daí poderá sempre haver lugar ao recurso. E é só por esta via que os cidadãos têm acesso ao juízo do Tribunal Constitucional. Neste ponto, a Constituição Portuguesa não acolhe o recurso de amparo¹⁴ tal como se encontra previsto na Constituição Espanhola. o sistema português de fiscalização da constitucionalidade exerce um controlo estritamente normativo. Quer dizer que fica excluída a apreciação da constitucionalidade de decisões dos tribunais comuns. Em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade só podem ser objeto de recurso questões que digam respeito à concretização de uma regra jurídica cuja dimensão normativa coloque em crise preceitos constitucionais. Alguma jurisprudência constitucional dá conta desta regra em arestos que se referem, especificamente, à impossibilidade de o cidadão recorrer diretamente àquela instância. Neste sentido

afirma o Acórdão n.º 526/98, do Tribunal Constitucional que “A competência para apreciar a constitucionalidade das decisões judiciais, consideradas em si mesmas – que é própria de sistemas que consagram o recurso de amparo – não a detém, entre nós, o Tribunal Constitucional.” Também o Acórdão n.º 128/98, publicado no Diário da República, II Série, de 6 de maio, de 1998 determina que “(...) sendo o presente recurso de constitucionalidade interposto ao abrigo do artigo 70.º, n.º 1, alínea b), da Lei do Tribunal Constitucional, é necessário, para que se possa tomar conhecimento do seu objeto, que o recorrente tenha suscitado uma questão de constitucionalidade normativa durante o processo.” Neste sentido, o Acórdão 349/2016 refere que “a admissibilidade dos recursos interpostos ao abrigo da alínea b), do n.º 1, do artigo 70.º, da Lei do Tribunal Constitucional (...) depende da verificação cumulativa dos requisitos de (a) a questão de inconstitucionalidade haver sido suscitada durante o processo (...) (n.º 2, do artigo 70.º, da LTC), e de (b) a decisão recorrida ter feito aplicação, como seu *ratio decidendi*, das dimensões normativas arguidas de inconstitucionais pelo recorrente.” Acrescenta que “A competência de fiscalização atribuída ao Tribunal Constitucional pela Constituição cinge-se ao controlo da inconstitucionalidade normativa, ou seja, das questões de desconformidade constitucional imputadas a normas jurídicas ou a interpretações normativas aplicadas pelas decisões (...)”.

Há nestas posições jurisprudenciais o efeito a que aludimos anteriormente. As regras de funcionamento das instâncias judiciais, de carácter perentório, impõe à instância judicial uma decisão rápida sem que sejam aduzidas outras razões justificativas merecedoras de ponderação de valores contidos nas regras.¹⁵ Neste sentido, a argumentação do juízo constitucional invoca a falta dos requisitos fundamentais para conhecer do objeto de recurso, nos termos dos dispositivos contidos nas normas do artigo 70.º, da Lei do Tribunal Constitucional e do artigo 280.º, da Constituição da República Portuguesa.

Ainda no sentido que se encontra fixado na regra para a apreciação da normatividade que deve ser objeto de apreciação do Tribunal Constitucional referem-se a falta de fundamento dos requerimentos interpostos pelo recorrente. O Acórdão n.º 605/2017 refere que “A manifesta falta de fundamento do requerimento revela que a sua apresentação visará tão-somente obstar ao trânsito em julgado do acórdão n.º 347/2017, de 28 de junho e à conseqüente baixa do processo.” Também o Acórdão n.º

54/2017 enuncia que “O recorrente – que se vê ter compreendido perfeitamente o sentido da decisão e os seus fundamentos – apenas insiste noutra juízo sobre a conformidade constitucional da norma (dimensão normativa) que submeteu à fiscalização deste Tribunal.” Ainda o Acórdão n.º 555/2015 menciona “O recorrente utiliza, pois, o incidente pós-decisório do pedido de esclarecimento para manifestar a sua discordância com a decisão proferida seguramente com intuídos dilatatórios. Assim, deve o presente pedido de esclarecimento ser indeferido.” Sustenta o mesmo Acórdão que “o pedido de esclarecimento da sentença (...) é um incidente que não está previsto no Código de Processo Civil em vigor.

Pelo exposto destas decisões do foro constitucional verifica-se, através do indeferimento dos pedidos, que as razões são sustentadas por determinações contidas nas regras, o que atribui uma especificidade própria a estes comandos. Do ponto de vista dos argumentos o tribunal toma a sua decisão baseada unicamente no direito e tais comandos são dirigidos aos cidadãos, mas também definem um modo prévio de atuação da instância judicial. O sistema jurídico, sob o ponto de vista institucional, é operado por um conjunto de funcionários cujo exercício é prosseguir com a aplicação do direito, como é o caso dos juizes. Deste modo, a dimensão institucional do direito impacta diretamente no campo da justificação porque tais regras não apresentam razões substantivas ou de conteúdo que permitam um grau de correção.

Da dimensão institucional que foi debatida até este ponto interessa reter que o modo de funcionamento do direito tem impacto na forma como se justifica uma sentença. Na aplicação do direito há uma imposição de normas a que os juizes não podem deixar de observar. Raz (1996) designa esta aplicação do direito, derivada da estrutura institucional, de órgãos primários. Quanto ao campo da violência doméstica pensamos que o maior impacto se verifica nos direitos da vítima que, como vimos, não tem um “acesso direto” à instância constitucional. O que apurámos da recolha das decisões judiciais é que reportam, na sua maior parte, a recursos interpostos por agressores condenados. Esta circunstância limitativa para os direitos da vítima pode implicar um campo de tensão entre o que dispõe regras de carácter institucional e regras de carácter substantivo. É um aspeto que Raz (1996) deixa demonstrado quando defende que apesar dos órgãos primários serem aplicadores do direito e que tomam decisões vinculativas, isso não significa que elas possam ser corretas ou que não encontrem

pontos de tensão com regras de natureza substantiva. Veremos alguns destes aspetos de tensão no próximo ponto, onde delimitamos, de forma mais concreta, o estudo dos argumentos ao campo da justificação para as situações de violência doméstica.

2. A violência doméstica e o tratamento justificativo de cariz argumentativo

Já defendemos num outro lugar que a violência doméstica é um crime de género, embora esta designação não mereça a consagração na disposição penal. Cremos que as resistências que se agregam em torno da função do direito penal continuarão afincadamente a impor que as condutas, tal como se encontram tipificadas, servem de forma suficiente a proteção dos bens jurídicos e que tudo o resto não passam de ideologias e populismos a que o direito penal deve resistir. Pretendemos evidenciar neste ponto que a argumentação no campo da justificação potencia a nomeação de aspetos materiais e pragmáticas que não podem deixar de ser tratados sob a lente do género. Como qualquer decisão, as sentenças que dizem respeito a situações de violência doméstica são fundamentadas, de acordo com a Constituição e, conseqüente, lei processual penal. A natureza dos tipos de violência que sucedem em contexto doméstica é diversificada. Para usar da terminologia da argumentação jurídica diremos que poderão tratar-se de casos simples ou de casos complexos. Embora não se possa nem deva entender qualquer tipo de violência como uma ação simples, convocamos esta diferenciação terminológica, no campo da argumentação, para se diferenciar o mecanismo da lógica racional dedutiva que, de acordo com as premissas apuradas, pode revelar uma técnica mais simplificada ou complexa da dedução lógica, durante o processo de racionalidade subjacente à motivação da decisão.

Neste cenário o aporte da argumentação jurídica, no campo da justificação, é fundamental e é o campo que decidimos delimitar para a análise que nos é suscitada pela complexidade das situações de violência doméstica e a conseqüente aplicação da lei penal. De facto argumentamos que qualquer tipo de caso – seja simples ou complexo – é passível de análise argumentativa e de correção, a partir do campo da justificação. Será, portanto, útil a distinção entre o que é o contexto de descobrimento e o contexto de justificação tendo em mente que os operadores judiciais devem atuar no sentido de

conhecerem, racionalmente, as dificuldades de interpretação e aplicação que podem derivar de um tipo penal como é o caso da violência doméstica.

O contexto de descobrimento diz respeito ao processo através do qual se estabelece uma determinada premissa ou conclusão. O contexto de justificação deriva da atividade interpretativa do juiz que elenca as razões justificativas da sua decisão a partir das inferências inter relacionais que vai conseguindo construir ao longo do processo decisório. A justificação da sentença convoca elementos descritivos e prescritivos na medida em que se podem identificar os motivos pelos quais o decisor adotou uma determinada decisão – quiça influenciado por convicções pessoais, ideológicas, etc. – como se pode prescrever procedimentos ou correções de modo a evitar que as decisões possam sofrer da influência de fatores internos do processo decisório. O contexto de justificação abrange tanto a descrição daquilo que o juiz foi considerando como premissas cruciais (factos, por exemplo) como indicar de forma prescritiva elementos que podiam ter sido considerados na justificação da sua decisão – por exemplo, considerar a técnica presuntiva em situações em que a vítima é a única tesemunha dos facto.

Ao longo desta discussão sobre as teorias da argumentação jurídica deu-se especial relevo aos argumentos e à forma como são edificados através de enunciados e razões justificativas. Nesta senda, é importante referir que a justificação permite mostrar como se encontram motivadas as sentenças, como também permite avançar como uma nova visão corretiva sobre os argumentos justificativos. Adiante-se, desde já, que neste último domínio não se tratam de meras opiniões, pois qualquer proposta de correção deve considerar o elenco das premissas fácticas e normativas a partir da análise tridimensional da argumentação – a formal, a material e a pragmática. Assim, a partir do campo da justificação é possível problematizar a complexidade dos casos de violência doméstica quando se debatem aspetos materiais como os conceitos de intensidade ou gravidade, as situações de concurso real e concurso aparente, a técnica da qualificação das condutas típicas da violência doméstica ou os aspetos atinentes à subsidiariedade e especialidade que encontramos no elemento literal da disposição normativa.

O campo da justificação permite a edificação do enunciado de género que pretendemos reivindicar na IV parte desta investigação. É a partir da justificação que podem ser ponderados aspetos cruciais da desigualdade estrutural que continua a

afetar, de forma desproporcional, as mulheres e de onde emergem posições de poder que se refletem, depois, em tratamentos diferenciados desembocando, muitas vezes, na tragédia de ações violentas. O que nos foi possível determinar na análise dos argumentos esgrimidos é que as decisões adotam uma linguagem justificativa neutral sob o ponto de vista descritivo não se referindo – ou referindo-se pouco – às questões do género que se encontram subjacentes em contexto de violência doméstica e respeitante às relações íntimas. Porém, na doutrina tem havido manifestações sobre o que deva ser julgar com perspectiva de género, posição que vem sendo defendida, também, por procuradoras, magistradas. A desigualdade de género é uma realidade estrutural e sistémica e o seu tratamento é feito em várias frentes onde tem destaque as questões respeitantes à violência. De acordo com Neto (2009) “A igualdade de tratamento entre mulheres e homens é um princípio fundamental dos actuais ordenamentos jurídicos, sendo por conseguinte uma componente de pleno direito de cidadania e mesmo um real critério da democracia...” (p. 162). Assim, entendido a interpretação deste princípio em situações de violência entre homens e mulheres poderá estar na base legítima de justificação de uma decisão judicial.

Se é no campo da justificação que delimitamos a análise dos argumentos do processo decisório não podemos deixar de realçar um aspeto que debatemos no ponto anterior – a tensão entre os elementos de regulação institucional e os de regulação substantiva. Atienza & Manero (2001) falam-nos em princípios institucionais para esclarecer que têm um papel regulador dirigido ao exterior do direito, ou seja, ao modelo de convivência entre os indivíduos,. Nos termos dos autores “o direito como uma instituição que trata de ordenar o mundo exterior de uma certa maneira...” mas também compreende um “(...) direito enquanto instituição que olha para si mesmo...”. Esta dimensão institucional é importante para considerar elementos da racionalidade jurídica e elementos da racionalidade moral. Para clarificar estes dois elementos iremos considerar, mais uma vez, um recurso interposto para o Tribunal Constitucional num caso de violência doméstica.

No Acórdão n.º 474/12 o recurso é interposto pelo Ministério Público ao abrigo da alínea a), do n.º 1 e do n.º 3, do artigo 280.º, da Constituição da República Portuguesa e da alínea a), do n.º 1, do artigo 70.º, da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro (na sua atual

versão) no seguimento da recusa de aplicação do artigo 194.º, n.º 2, do Código de Processo Penal, com vista à apreciação da constitucionalidade da mesma norma.

O problema que o Tribunal Constitucional tem de resolver diz respeito a questão controversa sobre a qual o Tribunal se deve pronunciar, no âmbito da fiscalização concreta, ou seja, saber se a norma do n.º 2 do artigo 194.º do Código de Processo Penal, no segmento segundo o qual «Durante o inquérito, o juiz não pode aplicar medida de coacção (...) mais grave do que a requerida pelo Ministério Público (...)» viola os artigos 20.º, n.º 5, 27.º, n.º 3, alínea c), 28.º e 32.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa (CRP), «por afectação do núcleo essencial da reserva de competência do juiz de instrução criminal, no âmbito dos direitos, liberdades e garantias».

O caso diz respeito à fase instrutória de um processo de violência doméstica onde o arguido detido era suspeito de ter dirigido à ofendida as expressões “vacarrona” e “filha da puta”, o que deixa ferida a sua honra e consideração. Também era suspeito de ter desferido nas regiões do pescoço e na face da ofendida diversos murros e bofetadas, em consequência do que sofreu a mesma equimoses. Na fundamentação do despacho de instrução, o juiz vem a invocar como principais argumentos:

- O arguido é indivíduo que exerce claro domínio sobre a sua mulher, a quem mantém em evidente estado de sujeição e temor.
- O arguido, com manifesta exuberância, cria um clima de tensão à sua volta e de terror psicológico de que dificilmente uma mulher fragilizada, como se mostra ser a sua, consegue sair de forma alguma ilesa, seja sozinha ou mesmo acompanhada.
- O arguido é, sem dúvida, pessoa, no mínimo emocionalmente perturbada e certamente com anomalia psíquica que contribuirá (ainda em medida desconhecida, neste momento), para a prática do indiciado ilícito.
- O próprio arguido anda tão desorientado e com a mente tão fixada em situações que ocorreram há cerca de 40 anos atrás, que ele próprio diz que mata a mulher se a sogra não lhe devolver o dinheiro que lhe emprestou. É de se concluir que "quem não está com ele, está contra ele"...

A juíza conclui que o n.º 2, do artigo 194.º do Código de Processo Penal padece de inconstitucionalidade porque “interfere de modo intolerável no núcleo essencial da reserva da competência em matéria jurisdicional do juiz de instrução criminal, no âmbito

dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, o que está reconhecido na Constituição da República Portuguesa, desde a sua criação – cfr. Arts. 20º, n.º 5, 27º, n.º 3, al. c), 28º e 32º, 4 da CRP.”

A justificação da decisão deste despacho acentua os seguintes aspetos:

- Não pode vigorar, em matéria tão sensível como a dos direitos liberdades e garantias dos cidadãos portugueses, o princípio do dispositivo, vinculando o juiz de instrução criminal ao pedido pelo Ministério Público.
- Pelo que só o juiz, munido de especial isenção, responsabilidade e garante dos direitos fundamentais dos cidadãos pode e deve melhor apreciar da necessidade, adequação e proporcionalidade de cada uma das medidas de coacção para cada um dos arguidos, só assim lhe proporcionando tutela efectiva dos respectivos direitos fundamentais, em cada caso concreto.
- Entendemos que é aplicável, no caso, a medida de prisão preventiva, uma vez que se trata de crime violento, nos termos e para os efeitos previstos no art. 202, n.º 1 al. b) e art. 1, al. j) do Cód. Processo Penal, ou seja, de conduta que dolosamente se dirige contra a vida, a integridade física, a liberdade pessoal e é punível com pena de prisão de máximo igual a 5 anos.
- Como refere J. F. Moreira das Neves, na sua comunicação apresentada no dia 20-02-2009, no CEJ, no âmbito do Curso Breve Especialização sobre Violência Contra as Pessoas "é sabido que a convivência aumenta o risco de actos violentos e a afectividade, bem como as dependências (económica, social e psicológica), aumenta a capacidade da resistência à violência".
- A ser colocado o arguido em liberdade e dado o estado de afecto, a nosso ver doentio e de domínio que exerce sobre a mulher, de quem não se consegue distanciar "motu proprio", e, por outro lado a dependência em que a própria ofendida se encontra e foi alimentada pelo dominador/arguido ao longo destes anos, e que a terá impedido de reagir perante o seu marido, exigem intervenção da medida coactiva que em "ultima ratio" aplicamos, pelos sobreditos motivos, ou seja a prisão preventiva.

Com base neste conjunto de argumentos a juíza decide:

- Por conseguinte e por entender, em consciência, que o dito artigo viola os mais elementares princípios da Constituição Portuguesa, recuso a aplicação, por

inconstitucionalidade material, do art. 194.º, n.º 2, do CPP, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 48/2007 de 29 de agosto.

- Perante o perigo iminente, em razão da natureza das circunstâncias da prática do indiciado crime de violência doméstica e bem assim da personalidade disforme do arguido nele espelhada, de que o mesmo reitere a actividade delituosa caso seja colocado em liberdade, ordeno a sua sujeição à única medida que se considera suficiente, adequada e proporcional à gravidade dos factos indiciados, ou seja, à medida de prisão preventiva, cabível no caso em apreço, nos termos acima referidos, artigos 191.º, 192.º, 202.º n.º 1 al. b) conjugado com o art. 1.º, al. j), e 204.º, n.º al. c), do Cód. Processo Penal.
- Considerando, no entanto, que o arguido, sofre de notória anomalia psíquica determina-se que, enquanto esta persistir, em vez da prisão tenha lugar internamento preventivo na ala psiquiátrica do Estabelecimento Prisional de Santa Cruz do Bispo, ao abrigo do preceituado no art. 202.º, n.º 2, do CPP.

No seguimento desta decisão vem o Ministério Público interpôr recurso para o Tribunal Constitucional para apreciação da fiscalização concreta da constitucionalidade com vista à apreciação da norma que a juíza recusou aplicar. Para melhor entendimento da fundamentação que o Tribunal Constitucional apresenta, enuncia-se o dispositivo contido no artigo 194.º, n.º 2 que declara “Durante o inquérito, o juiz não pode aplicar medida de coacção ou de garantia patrimonial mais grave do que a requerida pelo Ministério Público, sob pena de nulidade”.

Os principais argumentos da instância judicial encontram-se sustentadas no âmbito dos poderes conferidos ao juiz e ao magistrado do Ministério Público. Elencam-se os principais argumentos justificativos do Tribunal Constitucional na presente decisão:

- O objecto do presente recurso restringe-se ao pedido formulado pelo Ministério Público e, assim, à apreciação da conformidade com a Constituição da norma do n.º 2, do artigo 194.º quanto à proibição da aplicação, pelo juiz, de medida de coacção mais grave do que a requerida pelo Ministério Público.

- Independentemente da questão, objecto de atenção por parte de doutrina, de saber se a norma em causa comporta uma interpretação que permita ao juiz decretar uma medida de coacção diversa da requerida pelo Ministério Público.
- Quando o Ministério Público, na acusação ou em requerimento, entenda não dever ser aplicada, em concreto, pena de prisão superior a cinco anos, não apenas determina a competência do tribunal singular, como vincula o tribunal a essa moldura penal na sua decisão condenatória (cfr. n.º 4 do artigo 16.º do CPP).
- O artigo 28.º da CRP, também invocado como parâmetro da inconstitucionalidade material, afigura-se relevante na medida em que convoca, em especial, o princípio da reserva constitucional do juiz quanto à aplicação da medida de coacção de prisão preventiva, a qual tem natureza excepcional e o princípio do contraditório.
- No caso em apreço o artigo 28.º da CRP não releva todavia enquanto parâmetro da aferição da constitucionalidade da norma do n.º 2 do artigo 194.º do CPP, não servindo a sua invocação o propósito de justificar a competência para a aplicação de uma medida mais gravosa do que a requerida pelo MP.
- Quanto ao artigo 32.º, n.º 4, da CRP, cuja violação constitui fundamento da recusa de aplicação da norma do n.º 2 do artigo 194.º da CRP com fundamento em inconstitucionalidade material, esta disposição consagra um caso especial de reserva de juiz de instrução.
- A CRP dispõe, no n.º 4 do artigo do artigo 32.º que «Toda a instrução é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos atos instrutórios que não se prendam diretamente com os direitos fundamentais», o que configura, numa formulação pela positiva, uma reserva de competência do juiz de instrução do processo penal para a prática dos atos instrutórios que se prendam diretamente com os direitos fundamentais.
- Em face do n.º 4 do artigo 32.º, estamos perante uma garantia constitucional de reserva de competência do juiz de instrução relativamente a determinados atos processuais, mesmo na fase pré-instrutória, sendo consensual o entendimento de que cabem aqui as medidas de coacção aplicadas na fase de inquérito.
- No caso em apreço, a norma cuja constitucionalidade foi posta em crise tem por obrigatória a intervenção do juiz de instrução na aplicação de medidas de coacção

ao arguido na fase de inquérito – em consonância com a natureza de “acto judicial” das medidas de coação.

- É o juiz que decreta as medidas de coação a aplicar (segundo a lei, sob requerimento do Ministério Público).
- A questão suscitada não se prende, pois, com a intervenção do juiz na fase de inquérito, mas com o conteúdo do poder a exercer e a sua vinculação a um “limite” previamente estabelecido por outro órgão – o MP –, ou seja, a medida da liberdade da decisão do juiz quanto à aplicação daquelas medidas (natureza, *quantum* e modo de execução). Assim, a configuração constitucional dos papéis conferidos ao Juiz e ao Ministério Público em processo penal, na conjugação do princípio do acusatório com a reserva de juiz na aplicação de medidas de coação na fase de inquérito, não se afigura desrespeitada pela solução legal em causa prevista no n.º 2 do artigo 194.º do CPP.

O Tribunal Constitucional conclui que “a intervenção do juiz de instrução na aplicação de medidas de coação na fase de inquérito é primordialmente dirigida ao controlo do meio de coação requerido, seja na sua admissibilidade e legalidade. Pelo que a norma contida no n.º 2 do artigo 194.º do CPP não viola o disposto no artigo 32.º, n.º 4 e n.º 5 da CRP.” Quer dizer que toda a argumentação é construída no sentido de indeferir o recurso.

Atente-se, ainda, na argumentação em relação à norma do artigo 20.º, n.º 5 da Constituição da República Portuguesa cuja violação é também invocada:

- O artigo 20.º, n.º 5 da CRP dispõe que “Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter a tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos”.
- É no âmbito da possibilidade de ponderação de diferentes valores (em especial a liberdade, na perspectiva do arguido, a par porventura de outros, como o direito à vida ou à integridade física) – e correspondentemente, da garantia dos direitos fundamentais, quer do arguido (...) quer da vítima – no quadro do exercício da competência do juiz de aplicação de uma medida de coação, na sua vertente cautelar, que se poderá entender a referência, pelo juiz “*a quo*”, ao parâmetro do n.º 5 do artigo 20.º como fundamento da inconstitucionalidade material alegada na

decisão recorrida enquanto norma que consagra o princípio da tutela jurisdicional efetiva e em tempo útil contra ameaças ou agressões aos direitos fundamentais.

- o Não impondo, todavia, aquela disposição a ponderação em causa, nem sendo especificamente destinado à tutela dos direitos fundamentais da vítima no âmbito do processo penal, não se pode concluir que o n.º 2 do artigo 194.º do CPP, na sua redação atual, ofenda o disposto no n.º 5 do artigo 20.º da CRP.

No conjunto dos argumentos expendidos o Tribunal decide:

- a) Não julgar inconstitucional a norma do n.º 2 do artigo 194.º do Código de Processo Penal na redação resultante da Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto e, em consequência.

Nesta decisão é possível identificar a forma como os argumentos sustentam a dinâmica da dimensão institucional do direito e impactam no processo argumentativo e, conseqüentemente, nos direitos substantivos da ofendida por ações que podem consubstanciar a prática de um crime de violência doméstica. A delimitação do problema ficou circunscrita ao confronto entre os poderes do juiz e os poderes do Magistrado do Ministério Público. Neste âmbito, o tribunal segue um conjunto de enunciados normativos e jurisprudenciais que, no final, dão conta que é ao juiz que cabe a função de aplicar a medida de coação nos termos em que o Magistrado do Ministério Público haja fixado. Trata-se de uma regra com caráter institucional, nos termos que discutimos anteriormente, na medida em que a regulação se encontra virada para o modo como deve funcionar a máquina do direito e, neste caso concreto, como deve ser entendida a densificação de competências entre dois operadores da justiça: o juiz e o Magistrado do Ministério Público.

Desta argumentação deriva um impacto nas regras de caráter substantivo – é que a juíza de instrução havia determinado a prisão preventiva do arguido e o seu conseqüente internamento em unidade psiquiátrica por demonstrar sinais de desequilíbrio mental. É neste ponto em concreto que entendemos verificar-se a tensão que Atienza & Manero invocam entre as regras de direito institucionais e as regras de caráter substantivo. De facto, no caso, prevalece uma regra de caráter institucional cujo entendimento determina a revogação do despacho proferido pela juíza. Esta “supremacia” da regra institucional pode prevalecer no campo da justificação como se acabou de demonstrar. Poderá parecer que este efeito não pode ser sujeito a correção.

Porém a racionalidade moral da justificação de uma sentença é elemento fundamental para a sua consistência com todo o sistema jurídico de que nos fala Raz e Atienza se a finalidade for eliminar a conflitualidade entre a operacionalidade do direito e direitos substantivos.

Parece-nos que a invocação de valores atinentes aos direitos da ofendida teria sido fundamental no confronto com a regra de carácter institucional. No despacho proferido pela juíza sublinha-se que “Não pode vigorar, em matéria tão sensível como a dos direitos liberdades e garantias dos cidadãos portugueses, o princípio do dispositivo, vinculando o juiz de instrução criminal ao pedido pelo Ministério Público.” Acrescenta que “Perante o perigo iminente, em razão da natureza das circunstâncias da prática do indiciado crime de violência doméstica e bem assim da personalidade disforme do arguido nele espelhada, de que o mesmo reitere a actividade delituosa caso seja colocado em liberdade, ordeno a sua sujeição à única medida que se considera suficiente, adequada e proporcional à gravidade dos factos indiciados, ou seja, à medida de prisão preventiva.”

O entendimento das circunstâncias factuais associado com um juízo valorativo assente no conceito de “perigo iminente” evidencia a razão moral pela qual o suspeito tem de ser sujeito à medida mais gravosa, que é a prisão preventiva, o que conduziu a juíza a recusar a aplicação de uma regra que lhe limita esse poder. Por outro lado, o próprio Tribunal Constitucional não foi alheio a questões de valoração. Quando expende sobre o artigo 20.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa e refere que há uma possibilidade de ponderação de diferentes valores entre os direitos do arguido (privação da liberdade) e os direitos da ofendida (perigo iminente, à qual o tribunal não se refere), optando por deixar, claramente, de lado esse exercício de ponderação por entender que a disposição referida a isso não obriga. Trata-se de uma justificação de juízo que devia enfrentar os direitos das vítimas de violência doméstica com os direitos comprimidos do arguido em processo penal (Sottomayor, 2019).

A justificação da sentença não traduz apenas uma sequência descritiva e sistematizada do direito. Trata-se de um campo onde os atos de linguagem adquirem uma crucial importância e traduzem, durante toda a fase decisória, um método racional e lógico. O que não se pode ignorar é que as decisões judiciais são marcadas por uma vertente valorativa que exige o esclarecimento de duas questões nos termos que Nino

(2010) propõe: o primeiro, é apurar quais são os procedimentos para impor validade a um juízo valorativo; o segundo determinar quais são os princípios de justiça e moralidade social que permitem julgar as regulações e as instituições jurídicas. Na determinação da validade destes juízos de valor opera a ética que trabalha conceitos como o “bom juiz” e que iremos debater no próximo ponto. Não se pretende problematizar a questão da ética, mas estabelecer o ponto de partida que os juízos de valor existem e modulam o pensamento do juiz.

O quadro legal internacional e nacional introduziu todo um quadro normativo, regulador dos direitos das mulheres e conferiu instrumentos de prevenção e proteção das várias formas de violência contra a mulher. Daqui tem resultado a aplicação de um corpo normativo que, não obstante, persiste na reiteração de padrões de desigualdade. À persistente indagação sobre que mais é preciso fazer no Direito pensamos ser acertado responder que o discurso legal deve estar atento às exigências da igualdade de género e considerar que uma narrativa judicial pode garantir o exercício efetivo de direitos através da fala dos juízes que são a interpretação mais fiel do Direito.

3. Magistratura e ética na fundamentação das decisões judiciais

Nos últimos anos os tribunais têm merecido um maior escrutínio por parte da sociedade civil. Os mega processos que são divulgados na comunicação social são mais escrutinados pela comunidade o que tem conduzido ao aparecimento de novas visões sobre o papel legitimador da democracia e dos seus órgãos políticos, a Assembleia da República (na sua função legislativa), o Governo (na sua função executiva) e os Tribunais (na sua função judicial). Neste último caso, as instâncias judiciais foram as últimas a entrar no círculo da opinião pública, que questiona o seu papel como aplicador da justiça, o modo e os critérios como se chega à justiça. Os cidadãos olham para os tribunais como um garante de estabilidade social mas exigem que a sua função seja mais célere, assertiva e orientada pelos princípios que o novo modelo de cidadania global apresenta para um desenvolvimento sustentado e equitativo.

Os casos de violência doméstica vêm, com frequência a público quando as sentenças evidenciam uma justificação que os/as cidadãos/cidadãs poderão considerar como inadequada, absurda ou injusta.¹⁶ Numa notícia de 4 de janeiro de 2022, do Diário

de Notícias, surge o título “Agente da PSO condenado a três anos de prisão por violência doméstica, mas com pena suspensa”. Do título subressai, de imediato, condenação por violência doméstica e pena suspensa. Numa outra notícia, de 1 de março de 2019, da RTP, noticia-se que “Tribunal de Viseu volta a absolver arguido em sentença de violência doméstica” descrevendo de seguida que o Tribunal havia considerado que uma mulher moderna não podia ser vítima de violência doméstica. Ainda um outro exemplo, disponível no sítio da Amnistia Internacional, em 27 de maio de 2021, publica que um homem foi absolvido da prática de um crime de violência doméstica, pelo Tribunal de Paredes, depois de se considerar como “facto provado que este introduziu a sua companheira no interior de uma viatura, com recurso a violência e contra a sua vontade (...). O homem agarrou a mulher e levantou-a do chão, arrastando-a até ao interior da viatura, pelo pescoço”.

Pelo exposto constata-se que os motivos das sentenças são destacados nos meios de comunicação social com uma abordagem que poderá causar polémica e suscitar desconfiança com o aparelho judicial, mais concretamente, os tribunais. O que estes dados poderão indiciar é uma crise de justiça bifrontal: (i) dificuldades emergentes do contexto externo e (ii) limitações de organização do seu contexto interno (Dias & Almeida, 2010). Os mesmos autores esclarecem que estas duas circunstâncias podem ser limitadoras da independência judicial, especialmente, quando se considera a forma como se organizam, estruturam e fiscalizam. “Na medida em que o actual protagonismo judicial se deva, em parte, a uma judicialização da política, este fenómeno acarretará, por ricochete, uma politização da justiça” (p.80). Estas condicionantes acabam por promover uma pressão no exercício judicial da profissão que influirá no modo como os processos são “despachados” retirando-lhes a visão de papel social que, atualmente, lhe é reivindicado quando vêm a lume notícias de sentenças polémicas. Santos (1999) argumenta que “A atenção crítica a que estão actualmente sujeitos é o resultado do novo papel conferido aos tribunais como instrumentos fundamentais para uma boa governação e para um desenvolvimento baseado no Direito (...) Por outras palavras, o sistema judicial ganha visibilidade social e política por ser simultaneamente parte da solução e parte do problema na aplicação do direito.” (p. 51).

As problemáticas que derivam destes elementos interno e externo podem ter reflexo no modo da argumentação do magistrado e constituir um problema de justiça.

Santos (2005) identifica três modos de diagnosticar os problemas de justiça: (i) o sociológico, (ii) o político e (iii) o operacional. O sociológico diz respeito à avaliação do sistema judicial e à percepção que os/cidadãos/cidadãs apreendem sobre o funcionamento do sistema judicial. O político está relacionado com a interação estabelecida com os decisores políticos e agentes da comunicação social. Por fim, o operacional refere-se aos próprios operadores do sistema judicial, designadamente, os advogados, magistrados, funcionários, Conselhos Superiores de Magistratura. Neste modelo estrutural de entender a Magistratura Santos categoriza o trabalho dos Magistrados como uma “justiça de rotina” e uma “justiça dramática”, onde aquela diz respeito à maior parte do trabalho dos/das juizes/juizas (decidir sobre os processos comuns longe do escrutínio dos cidadãos e da comunicação social) e esta se refere aos grandes casos, com arguidos conhecidos do grande público e que traz para a ribalta a função judicial dos tribunais. Nos casos de violência doméstica tem ficado patente esta vertente de “justiça dramática” sobretudo quando se chama a atenção para as razões de decidir de uma sentença que opera num resultado final, habitualmente, em torno de uma absolvição de um arguido que praticou condutas violentas ou de uma condenação, sobressaindo o aspeto da pena suspensa na sua execução. Estamos, portanto, perante o escrutínio da motivação de sentenças proferidas pelos tribunais.

Do enquadramento que se expôs surgem indagações que, entendemos, incontornáveis: o processo de apreensão cognitivo dos/das juizes/juizas é afetado pelos elementos que se acabaram de indicar, afetando as abordagens de natureza formal, material e pragmática da argumentação judicial? Será que ao processo de apreensão de dados empíricos e disposições normativas subjaz uma posição, meramente formalista, ou daí advém alguma percepção ética de contexto social que deriva do resultado da justificação para uma técnica de pragmatismo judicial, nos termos que discutimos acima? O que resultou da análise que acima fizemos sobre Posner é que o pragmatismo tem uma conexão com a prática das ações quotidianas com o intuito de se alcançar um fim determinado e não generalizações abstratas e inconclusivas.

Do que temos vindo a apresentar surgem formulações que partem de uma ideia emprestada por Dworkin acerca do Juiz Hércules, que aparece como o juiz ideal capaz de interpretar e solucionar todos os casos que lhe são submetidos à sua apreciação, o que exigiria conhecer, a fundo, todo o ordenamento jurídico. Naturalmente, que se

refuta esta ideia de juiz dominador e soberano pois a atividade judiciária, no campo do processo jurisdicional, é complexa e revestida de dinâmicas, até, imprevisíveis. Desta forma, a tarefa que impende sobre o julgador é analisar a lei para, de seguida, a aplicar ao caso concreto, demonstrando todas as razões que fundamentam a sua decisão. Toda esta tarefa surge, incontornavelmente, associada às exigências dos modernos Estados constitucionais. Cabe ao juiz observar a dinâmica do direito quer do ponto de vista da criação das normas quer do ponto de vista da sua aplicação. Neste particular, releva o papel dos juízes quanto aos procedimentos que devem adotar no seu processo mental de fundamentação. Vidal (2013) afirma que “o juiz é o encarregado de fazer falar o direito com uma só voz” (p. 17). Ou seja, os deveres do juiz estão ligados com a sua obrigação de apresentar justificações pelas decisões que tomam, mas devem fazê-lo através do direito e dos interesses que o sistema jurídico pretende proteger.

Neste caminho de grande complexidade cabe refletir sobre dois aspetos. O primeiro diz respeito à confiança que a sociedade tem nos operadores judiciais e, neste âmbito concreto, na função do juiz. O segundo que se refere à assunção de princípios éticos ou morais de onde emerge a famosa controvérsia entre o direito e a moral. Delimitamos esta reflexão através da ponte que pode ser estabelecida a partir de confiança e ética dinamizando os aspetos de união e dissidência.

A confiança no sistema jurídico não é oferecida apenas pela lei. De facto, a sociedade é também orientada pela crença em princípios morais que acabam por superar o cumprimento das normas formais. Ora a confiança num profissional como um juiz não se convoca, apenas, pelo estrito cumprimento da legalidade, mas também pela sua correta atuação profissional.

Daqui resulta que um bom profissional não é só um bom técnico. É um sujeito que desempenha um papel importante na sociedade ao demonstrar a integridade das suas opções, das suas responsabilidades e capacidade para compreender as consequências das suas decisões. É, por isso, revelador que quando surgem títulos sobre os casos de violência doméstica se problematize os efeitos da decisão anunciada e se questione que tipo de confiança se deve depositar num tribunal. Um outro caso, já aqui discutido, *Riggs v. Palmer* demonstrou a integridade do Justice Earl que com as suas indagações concluiu que a lei não pode beneficiar a quem dela pretende retirar um proveito depois de a infringir. O Juiz não se limitou a cumprir a lei. Questionou-a sob um

ponto de vista valorativo, adotando uma decisão cujo resultado foi determinante para casos futuros.

A ética pressupõe a possibilidade de avaliar os comportamentos humanos sob um ponto de vista que determina as condutas certas ou erradas e em função daquilo que deve ser. A ética implica não só ter consciência daquilo que está certo, mas também prosseguir com uma conduta compatível com essa consciência. Assim, estaremos perante a figura da virtude. A teoria da virtude é uma abordagem feita por Aristóteles na sua obra *Ética a Nicômaco* onde se defende que os princípios éticos são determinados pelo caráter e onde releva a sabedoria de cariz prático. Numa perspetiva teleológica do sentido da vida, Aristóteles discorre sobre a sabedoria prática que advém da experiência de vida. Nesta medida alcançar a virtude só pode ocorrer pela prudência, a ponderação e deliberação sobre a justa medida. Diz o filósofo que “(...) é característico dos homens dotados de sabedoria prática o ter deliberado bem, a excelência da deliberação será a correção no que diz respeito àquilo que conduz ao fim de que a sabedoria prática é a apreensão verdadeira.” (parte 9). Ou seja, aquilo que é determinante numa deliberação é ter deliberado bem pois essa é a sua finalidade para alcançar o bem. Numa conceção de Justiça Aristóteles vincula-a à virtude defendendo que “(...) uma classe de atos justos são os atos que estão em consonância com alguma virtude e que são prescritos pela lei” (parte 11). Assim, é a justiça que guia as ações através da criação das leis.

A partir destes conceitos é possível falar na ética da justiça e indagar sobre qual deve ser o correto comportamento de um juiz quer de um ponto de vista das regras deontológicas que regem a sua profissão quer de um ponto de vista da lógica de como deve decidir o que coloca em evidência a relação entre a ordem jurídica e a ordem moral. Esta dimensão é importante pois a ação de decidir é valorada em si mesma na medida em que resulta de um ato racional e daquilo que deve ser feito (dever). Neste sentido, pode dizer-se que subjaz ao ato da decisão e da justificação um imperativo categórico (Kant, 2014) de forma que o processo decisório e justificativo da sentença implicará uma ação do juiz que considera a ação de decidir como um fim e que o resultado dessa ação pode servir de comando para outras situações idênticas.

Destas breves conceções sobre ética suscita-se, no campo da presente investigação, a ética judicial que reflete sobre o comportamento do juiz. Dado que o nosso interesse radica no estudo da argumentação jurídica recordamos a formulação do

problema colocado por Atienza (2013). Como analisar uma argumentação judicial? Como avaliá-la e como argumentar? As respostas que nos foram sendo dadas pelas teorias da argumentação dizem respeito a modos e procedimentos de análise dos argumentos. E como nos centramos no campo da justificação da sentença, dessa análise retiram-se as razões, os enunciados, as proposições que conduzem à decisão final. Porém, uma coisa é atender a um conjunto de critérios que obedecem a lógicas de inferências sob um princípio de racionalidade e outra coisa é olhar para as escolhas que o juiz faz durante esse processo. Que resposta dar, então, à questão sobre o que deve ser um bom juiz?

O dever de fundamentação decorre dos preceitos constitucionais e constitui uma garantia para os cidadãos na salvaguarda dos seus direitos fundamentais, além de assegurar o funcionamento das instituições democráticas. Desta asserção deriva a consideração sobre a ética judicial que pressupõe a identificação de princípios sobre o bom juiz. A partir delas delimitam-se as normas éticas e que esclarecem sobre procedimentos de conduta com o propósito de reproduzir tais ações e censurar aquelas que contrariem esse modelo de conduta. As decisões judiciais que são construídas a partir de argumentos podem revelar os bons e maus argumentos no sentido de que aqueles atingem a finalidade da justiça e estes subvertem esse sentido global e universal que está subjacente à resolução de um conflito. A partir dessa ideia de bons argumentos talvez se possa construir a ideia do juiz virtuoso. O conceito de juiz virtuoso envolve não só aspetos de regulação normativa, mas, sobretudo, a atitude e o carácter que devem radicar na prudência, na experiência e conhecimentos adquiridos e na percepção que se tem de si próprio em relação às circunstâncias que se analisam.

Sobre a conduta judiciária foi elaborado um documento designado por Princípios de Bangalore (2018) que prevê quais os valores que subjazem à conduta dos juízes e que merecem consagração através dos princípios da independência, a imparcialidade, a integridade, a idoneidade, a igualdade e a competência/diligência norteadores dos valores que a conduta do juiz deve adotar nos processos judiciais. O valor 5, sobre a igualdade, determina que “deve ser assegurada a igualdade de tratamento de todos perante os tribunais” sendo essencial para “o devido desempenho do cargo judicial”. Neste seguimento o modo de atuação dos juízes deve estar consciente e compreender a diversidade na sociedade e as diferenças que surgem de várias fontes, incluindo, mas

não limitado à raça, cor, sexo, religião, origem nacional, casta, deficiência, idade, estado civil, orientação sexual, estatuto social e económico e outras causas semelhantes ("motivos irrelevantes"). Acresce que durante a sua atividade o juiz não deve "(...) no exercício de funções judiciais, por palavras ou conduta, manifestar parcialidade ou preconceito em relação a qualquer pessoa ou grupo por motivos irrelevantes."

Este princípio norteador da conduta do bom juiz sob o espectro da igualdade de tratamento pressupõe um conhecimento aprofundado dos mecanismos internacionais, regionais e nacionais de proteção de grupos vulneráveis, onde se incluem as mulheres, especialmente, quando consideramos o campo da violência de que são vítimas. Por outro lado, a premissa sobre a justiça e a igualdade de tratamento significa também que os juízos formados durante o processo decisório não podem envolver um racional baseado em estereótipos, estigmas ou preconceitos. Este aspeto é de particular relevância se pensarmos que no campo da justificação da sentença tais enunciados podem conduzir a resultados que fazem persistir as situações de desigualdade entre mulheres e homens. A este nível entendemos que qualquer razão construída a partir de um raciocínio estereotipado ou preconceituoso é sempre um mau argumento. E quanto ao efeito de tais determinações Eduardo Lourenço (2020) elucida muito bem esse nefasto o resultado quando nos fala em *O tempo dos juízes e o tempo da justiça* que "Só a injustiça que resulta de um acto da justiça se pode considerar como verdadeira injustiça."

Martha Nussbaum (2000) desenvolve, na sua teoria das capacidades humanas, a promoção e desenvolvimento dessas capacidades como fulcrais para atingir a equidade e justiça. Argumenta a autora que devem ser promovidas condições de liberdade para alcançar o bem-estar e isso constitui um imperativo moral. Por outro lado, o bem-estar deve ser entendido como as capacidades e funções das pessoas. Argumentar, ato da atividade judiciária, mecanismo integrante e reflexiva da conduta profissional dos juízes, é revestida de uma complexidade que se aprofunda quando lidamos com questões como a violência, em geral, e violência doméstica, em específico. Esta é uma realidade que ainda afeta, sobretudo, as mulheres. O campo sensível da intervenção penal exige um cuidadoso olhar sobre as circunstâncias e uma aproximação com base na sabedoria prática de que nos falou Aristóteles.

A dimensão de género – que foi sendo desenvolvida como uma política *mainstreaming* – aporta importantes aspetos sobre a desigualdade estrutural entre mulheres e homens. Neste sentido, o poder judiciário tem o dever de perceber os sujeitos com as suas especificidades próprias, proveniente de grupos e minorias, que não congregando o padrão geral de indivíduo – nos termos preconizado pelo direito – acabaram por receber tratamento diferenciado o que, frequentemente, se revelou em situações de opressão e marginalização. Daqui sobressai o dever de o poder judicial concretizar a justiça através de critérios de equidade e o dever do bom juiz adotar como valor da sua conduta judicial a igualdade que se quer substantiva. Lourenço (2020) realça sobre o poder judicial que “(...) tomado como um todo, é concebido como uma instância transcendente, temerosa no seu exercício, mas necessária para regular e garantir os direitos dos cidadãos que a ela recorrem – *dura lex sed lex (...)*” (p. 11). Por outro lado, ao juiz é atribuído um papel mais opaco “vinculado à subjectividade” subjacentes às opções do julgador. Ora, esta subjectividade latente adquire uma linguagem concreta e específica no campo da justificação da sentença. Ao juiz cabe o papel de apreender a realidade que lhe é apresentada, de aproximar-se das expectativas da comunidade, enquadrar valores jurídico-sociais, tudo através de um discurso que deve ser coerente, lógico e ordenador da sociedade. O juiz desempenha, deste modo, uma verdadeira função axiológica, uma ponte que articula a linguagem rude do direito com as ideias de justiça e equidade que a comunidade gera nas suas relações diárias. Neste sentido, *Os princípios de Bangalore* invocam que “Considerando a confiança do público no sistema judicial e na autoridade moral e a integridade do poder judicial é da maior importância numa sociedade democrática moderna.” (p. 18).

Poder judiciário e juiz são dois aspetos distintos, mas interligados, da orgânica judicial. A conduta que subjaz ao bom juiz não pode ser desprovida do racional lógico que temos vindo a discutir no âmbito das teorias da argumentação jurídica. É necessária a ponderação, a prudência e, em concreto, o papel de promover a igualdade substantiva entre os cidadãos atendendo às suas diferenças, mas também às suas expectativas de justiça. Neste âmbito voltamos à questão da ética judicial. A teoria da argumentação jurídica que seguimos, enquanto referencial teórico, tem uma visão sobre princípios e valores que não podem deixar de ser considerados durante o processo de razoamento. Por várias razões, mas, desde logo, porque são invocados como premissas normativas

no encadeamento do conjunto dos argumentos. Com frequência se alude à ofensa da dignidade da pessoa humana quando ocorre a ofensa de maus-tratos em contexto de violência doméstica. Mas podem aduzir-se outras razões que justificam este racional do bom juiz que recorre aos princípios e valores do sistema jurídico – é que se alude amiúde a posições de poder – figura linguística usada com recorrência para determinar o domínio de um sujeito sobre o outro – que carecem de valoração. O que deve ser entendido como posição de poder? Que atos violentos (físicos ou psíquicos) são passíveis de enquadrar domínio e subjugação? Quer dizer, a argumentação jurídica que analisamos demonstra bem como a ética judicial se encontra vinculada ao papel que o juiz desempenha durante o processo argumentativo.

A fundamentação das decisões judiciais decorre de uma obrigação constitucional nos termos que, anteriormente, discutimos. Convoca o corpo de magistrados – individual ou coletivo – a adotarem um conjunto de princípios e regras de conduta orientados por pressupostos que radicam na imparcialidade, independência e igualdade de tratamento. Tal como refere Lourenço (2020) “Julgar nesta perspectiva não é investir-se de poderes, cuja legitimidade cai fora da ordem humana, vincular a ordem jurídica à Ética, por exemplo, e para lá dela ou nela, ao questionamento metafórico ou metafísico e religioso do “justo” e do “injusto”, do “lícito”, em si, ou “ilícito” e por último (ou por começo), do Bem e do Mal.” (p. 13). O papel do bom juiz é julgar atuando com ética, com uma visão no outro, por ser o elemento visível do sistema jurídico que empreende a justiça. Ser o bom juiz significa empreender uma conduta ética que segue as diretrizes deontológicas da sua profissão, mas não ignora que lhe cabe um conjunto de tarefas específicas como conduzir uma boa interpretação da realidade que lhe é apresentada e com a sua sabedoria prática estabelecer vínculos com as disposições que regulam aquela realidade. Lourenço (2020) refere que “Talvez porque inconscientemente a sociedade pense que a justiça constitui um mundo à parte, de que os juízes são ao mesmo tempo a figura visível e a expressão mágica que assume em nosso nome a responsabilidade de julgar. Tudo passa para a imensa maioria como se só houvesse justiça porque há juízes”. E porque há juízes, devem saber refletir as suas condutas éticas de forma que a fundamentação das suas decisões vinculativas possam ser um instrumento de garantia de liberdade, igualdade e solidariedade social.

Parte II

Argumentação jurídica em casos de violência doméstica nas relações de intimidade

Capítulo I

A organização judiciária em Portugal

No presente capítulo pretende-se abordar, de forma sucinta, a organização do sistema judiciário português. Esta análise (prévia ao estudo do modelo de argumentação jurídica) tem o objetivo de evidenciar a influência estrutural dos tribunais no processo de elaboração da argumentação jurídica. Já em 1999, Santos *et all* descreveram um sistema judiciário onde os/as cidadãos/cidadãs conhecem os seus direitos, mas no qual se verifica uma grande distância com respeito à sua utilização. Mais tarde, o mesmo autor (2005) refere que os tribunais não se encontravam preparados para os desafios colocados pelo protagonismo social. A *justiça de rotina* que Santos nos fala aborda, sobretudo, aquele tipo de trabalho que os magistrados têm, diariamente, na resolução de conflitos. Enuncia, também, uma *justiça dramática* que trata daqueles casos que são trazidos para a opinião pública. A visibilidade das situações de violência doméstica saiu daquela chamada *justiça de rotina* para a designada *justiça dramática*.¹⁷ Já Duarte (2007) aponta que o protagonismo mediático promove o debate (entre outros aspetos) da independência dos juízes e da sua formação. A autora aponta como obstáculos à concretização da justiça a possibilidade de litigação judicial (existem, por exemplo, muitas denúncias de violência doméstica que não chegam aos tribunais), a morosidade processual, a burocratização dos procedimentos e a litigação de massa.

Não nos interessa tanto analisar o estado da justiça (ou como Santos discutiu, a “crise da justiça”), mas antes refletir em que medida a estrutura judicial e o próprio mediatismo dessa função é determinante na operacionalização do imperativo constitucional que traduz o dever de fundamentação de uma decisão judicial. A justificação de uma sentença percorre um caminho que se inicia na primeira instância e pode terminar no Tribunal Constitucional. Portanto, antes de iniciar a análise, propriamente dita, da argumentação jurídica, importa conhecer, estruturalmente, o caminho que a fundamentação judicial percorre.

O sistema judiciário português encontra consagração na sua norma fundamental. A Constituição da República Portuguesa define no seu artigo 202.º e seguintes, os princípios estruturantes da organização judiciária e do funcionamento dos tribunais em Portugal. O princípio constitucional de que os tribunais administram a justiça em nome do povo, ao que deve acrescentar-se o princípio da segurança jurídica, conduz à ideia de justiça. O poder judiciário saiu reforçado na Constituição democrática de 1976 com a garantia de independência. O Programa do Governo Provisório, através no Decreto-lei n.º 203/74, de 15 de maio, pretendeu estabelecer uma “reforma do sistema judicial, conducente à independência e dignificação do seu poder”. Segundo Miranda (1977, p. 380) o tipo de estrutura judiciária reflete, expressamente, um princípio de organização do poder político que espelha a interdependência da estrutura judiciária. O valor da independência judiciária encontra-se expresso no artigo 203.º, da Constituição da República Portuguesa determinando que “Os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei” tratando de administrar a justiça no sentido de “assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados” (artigo 202.º, n.º 2, CRP). Estes princípios motores devem ser conjugados com o Estatuto dos Magistrados Judiciais (Lei n.º 21/85, de 30 de julho) onde se encontra também consagrada a independência dos/das juizes/juizas, ao estabelecer que “os magistrados judiciais julgam apenas segundo a Constituição e a lei e não estão sujeitos a ordens ou instruções” (artigo 4.º, n.º 1).

A organização judiciária, em Portugal, compreende várias categorias de Tribunais. Nos termos do artigo 209.º, da Constituição da República Portuguesa, identifica-se: a) o Supremo Tribunal de Justiça e os tribunais judiciais de primeira e de segunda instância, também designados por tribunais de comarca e tribunais da Relação; b) o Supremo Tribunal Administrativo e os demais tribunais administrativos e fiscais; c) o Tribunal de Contas; d) os Tribunais marítimos e; e) os Tribunais arbitrais e julgados de paz. Às categorias enunciadas deve ser acrescentado o Tribunal Constitucional, órgão judicial supremo que fiscaliza o cumprimento da Constituição da República Portuguesa. Os tribunais de primeira instância, de competência genérica, têm a competência de: a) preparar e julgar os processos relativos a causas não atribuídas a outro tribunal; b) proceder à instrução criminal, decidir quanto à pronúncia e exercer as funções

jurisdicionais relativas ao inquérito. Os tribunais da relação têm a competência para julgar recursos. O Supremo Tribunal de Justiça é o órgão superior da hierarquia dos tribunais judiciais sem prejuízo da competência própria do Tribunal Constitucional. Este Tribunal só conhece da matéria de direito e não reaprecia matéria de facto.

A lei de organização do sistema judiciário (Lei n.º 63/2013, de 26 de agosto) determina a hierarquização dos tribunais judiciais para efeitos de recurso. No seu artigo 42.º a regra determina no seu n.º 1 que “Os tribunais judiciais encontram-se hierarquizados para efeito de recurso das suas decisões”. A hierarquia significa que, em regra, cabe recurso das decisões da primeira instância para os Tribunais da Relação e destes para o Supremo Tribunal de Justiça. Os recursos constituem um direito fundamental dos/das cidadãos/cidadãs na medida em que são uma reação contra uma decisão judicial. Esta reação ocorre através de um pedido de revisão a um tribunal superior que avaliará o objeto de recurso confirmando ou revogando a decisão anterior.

Santos (1996) defende a ideia de uma visibilidade social, cada vez maior, dos tribunais. Esta visão é corroborada pelas notícias que têm vindo a público, de decisões judiciais polémicas sobre a violência doméstica.¹⁸ De facto, o sistema judicial tem sido objeto do interesse dos cidadãos e dos órgãos de comunicação social. Tal interesse nasce por se tratar de decisões que dizem respeito a casos dramáticos onde o/a cidadão/cidadã comum indaga não só sobre a legitimidade, capacidade e independência dos/das juízes/juízas, mas também sobre a justiça social das decisões judiciais.

A reivindicação dos direitos das mulheres, o combate contra a violência de que são vítimas, passou a evidenciar o fosso existente entre a literalidade da lei e a sua aplicação, dando ênfase a fundamentações que não correspondem a uma resposta adequada dos tribunais. Segundo Santos, Gomes & Santos (2002) os tribunais, enquanto instâncias de resolução de conflitos conferem expectativas positivas ao indivíduo, enquanto instituição que deve ser um veículo para a garantia do exercício de direitos. Nesta perspetiva as suas funções instrumentais permitem uma análise específica dos argumentos, que fundamentam as decisões, nos vários níveis de recurso. Sendo assim, é possível delimitar uma linha condutora de argumentação judicial, imprescindível à legitimidade do poder judicial.

De um ponto de vista mais lato o contexto de maior visibilidade dos tribunais, na arena pública, obriga-os a lidar com situações de tensão institucional com os diversos

órgãos do Estado. De um ponto de vista mais restrito a função dos juízes enfrenta obstáculos formais e materiais. Dentro desta perspetiva pretende-se dar relevo à forma como pensam os/as juízes/juízas no momento da fundamentação de uma decisão judicial e se aquela tem subjacente a enunciação de argumentos, meramente formais (resultantes, por exemplo, de um exercício de silogismo subsuntivo) ou se podem ser identificados argumentos de natureza material e pragmática e se todos apontam no sentido da justa decisão.

Na presente investigação analisam-se os argumentos da decisão judicial (portanto, o trabalho de fundamentação dos/das juízes/juízas) e deixam-se de lado questões de argumentação que podem ser trazidas por outros agentes, como é o caso do órgão legislativo, dos advogados, do Ministério Público, entre outros. Tendo como ponto de partida esta premissa há que inquirir sobre se “(...) a defesa dos direitos de cidadania incorpora elementos conservadores (...)” e se a sua “(...) capacidade... depende bastante dos meios disponibilizados pelo poder executivo e das leis que devem aplicar (...)” (Almeida & Dias, 2010) ou se são órgãos capazes de garantir uma efetivação de direitos dos cidadãos conseguindo convencê-los que a fundamentação exposta numa decisão judicial é aquela e não pode ser outra.

Capítulo II

Representações e discursos na argumentação jurídica

1. Desafios da argumentação jurídica

O crime de violência doméstica não se encontra reconhecido, no ordenamento jurídico português, como um crime de violência de género. Esta não se encontra tipificada no sistema penal. Encontramos, sim, um conjunto de condutas tipificadas que, sob um ponto de vista teórico e conceptual, podem ser enquadradas nos preceitos derivados da Convenção de Istambul. Assim, os argumentos vertidos nas decisões judiciais dizem respeito ao crime de violência doméstica e a sua análise justifica-se em virtude da necessidade de construir argumentos revestidos da perspetiva de género num tipo de crime que continua a afetar, de forma desproporcional, o grupo das mulheres. Por outro lado, a norma penal configura várias situações de violência

doméstica abarcando uma tipologia diferenciada de agentes que podem ser vítimas, mas sempre numa especial relação entre os sujeitos. Neste sentido Leite (2010) refere-se à especial relação de confiança entre o/a ofendido/a e o/a agressor/a, construída a partir de laços que geram uma real expectativa com partilha de interesses comuns. Daqui deriva uma realidade muito específica e diferenciadora, a partir da qual é possível a identificação de características distintas das que se referem a outro tipo de crimes contra a integridade física e psíquica. A nossa opção de análise argumentativa recai sobre as relações de intimidade – normalmente, relações heterossexuais – pretendendo-se problematizar, na quarta parte deste trabalho, questões derivadas da complexidade das relações de género.

Por agora, vamos ater-nos ao enfoque argumentativo referente aos casos de violência doméstica nas relações de intimidade.¹⁹ Para a delimitação deste campo de estudo, a metodologia de investigação, pretendeu selecionar decisões judiciais que pudessem dar visibilidade às complexidades do género que transparecem dos argumentos judiciais. Nesta medida, optámos por um estudo qualitativo de carácter descritivo e interpretativo pois intenciona-se destacar argumentos/enunciados/razões justificativas das sentenças por forma a evidenciar a sua pertinência na introdução de um enunciado de género como instrumento metodológico da justificação da decisão judicial. De acordo com Stake (2007) “o investigador qualitativo enfatiza os episódios significativos, a sequencialidade dos acontecimentos em contexto, a realidade do indivíduo” (p. 12). Como opção metodológica segue-se a pesquisa sistemática, evidenciado os princípios teóricos, através dos quais é possível recolher elementos doutrinários, empíricos, valorativos e normativos. Daqui é possível dar ênfase às questões axiológicas e éticas que despontam da construção dos argumentos jurídicos no sentido em que evidenciar as várias categorias enunciativas da decisão judicial facilita a compreensão da aplicação de uma perspetiva de género durante o processo decisório.

O campo de estudo foi definido a partir do enfoque argumentativo das sentenças e o modelo teórico seguido é o proposto por Manuel Atienza (2013). Os argumentos materializam-se através da razão e constituem o substrato mais importante de uma decisão judicial. Neste sentido, os estudos de Atienza têm sido capazes de demonstrar que a aplicação do direito positivo nem sempre resulta numa argumentação coerente, na construção acrítica dos argumentos ou na solidez dos mesmos. Para a recolha das

decisões judiciais recorreu-se a critérios empíricos que consideraram a visibilidade mediática de algumas decisões judiciais em que se verificou uma acentuada polémica em torno de argumentos estereotipados. Mas não foi este o único critério de recolha da amostra decisória. Também se considerou analisar decisões judiciais no período seguinte à alteração legislativa penal de 2007, onde passou a constar o crime de violência doméstica, como um crime autónomo. Foram, depois, selecionadas decisões judiciais, respeitantes a um período mais recente, de forma a perceber as alterações de justificação argumentativa ao longo do tempo. Para finalizar a justificação metodológica, os critérios consideraram a iminência das complexidades que derivam não só da utilização de estereótipos durante o processo decisório justificativo, mas também dinâmicas e problemáticas relacionadas com questões como a apreciação da prova, o concurso de crimes, a qualificação de condutas ofensivas no quadro doméstico e as sentenças condenatórias com pena de execução suspensa. Os dados recolhidos pelas decisões judiciais, através do referencial teórico esquemático, permitiram dar relevo a estas categorias, sujeitas a uma interpretação qualitativa que, posteriormente, reivindica na quarta parte a construção do enunciado de género.

No contexto que evidenciámos no capítulo anterior foi possível perceber que as críticas apontadas ao sistema judicial exigem dos tribunais respostas fundamentadas. A sociedade encontra-se mais atenta aos acontecimentos de violência praticada sobre a mulher e, por conseguinte, problematiza as decisões judiciais que vêm a público. Esta problematização (como se verá) tem passado por questionar as razões que justificam as decisões. Numa perspetiva clássica, Bentham afirmou que “Boas leis são aquelas para as quais podem ser dadas boas razões: boas decisões são aquelas para as quais podem ser dadas boas razões.” (Bentham, 1962, p. 583). Num entendimento mais contemporâneo Atienza propôs caminhar um pouco mais à frente desta proposição Benthiana. O autor defende que argumentar é a atividade principal da prática judiciária e parte do pressuposto que o Direito deve adotar uma atitude pragmática (Atienza, 2014). Trata-se de abordar a prática judicial considerando a teoria argumentativa como um instrumento que visa entender as decisões judiciais e traçar um caminho onde se propõem melhorias. Esta visão panorâmica exige uma conceção ampla da argumentação que tem como objetivo estabelecer a conexão entre a atividade argumentativa, o procedimento da tomada de decisões e a forma de resolução dos

conflitos jurídicos. Para o autor, o Direito deve ser analisado além das três perspetivas teóricas tradicionais.²⁰ Além delas, o Direito deve ser entendido como argumentação. Em defesa deste ponto de vista o mesmo autor refere que “O ponto de partida consiste em considerar o Direito como uma técnica para a solução de determinados problemas práticos.” (Atienza, 1999). A partir da visão teórica da argumentação jurídica, o autor constrói todo um modelo de análise prática sobre o tema realçando a importância da passagem entre a fronteira teórica e a prática. No caminho da nossa investigação é esta vertente prática que nos importa defender.

A argumentação jurídica encontra-se na fundamentação das sentenças (além de poderem ser identificados outros agentes ou instrumentos argumentativos). Podemos conceber um modelo teórico para a explicar, para a justificar, mas a sua prática resulta do tipo de argumentos que são construídos nas decisões sobre violência doméstica e em que medida traduzem a ideia de decisão justa. De facto, o problema coloca-se não apenas ao nível da complexidade relacional entre os vários operadores judiciais – o procedimento legislativo, a atuação dos agentes judiciais, as posições doutrinárias, as decisões judiciais – mas também ao nível das razões que são dadas quando se toma uma decisão.

O dever de fundamentação encontra-se consignado no artigo 205.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa que determina que “as decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei”. Também o código de processo penal, na revisão que entrou em vigor a 1 de janeiro de 1999, reforçou o dever de fundamentação quando no n.º 2, do artigo 374.º dispõe sobre “a fundamentação que consta da enumeração dos factos provados e não provados, bem como de uma exposição tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos, de facto e de direito, que fundamentam a decisão, com indicação e exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do tribunal.” O código de processo civil, no seu artigo 154.º, n.º 1 dispõe que “As decisões proferidas sobre qualquer pedido controvertido ou sobre alguma dúvida suscitada no processo são sempre fundamentadas”.

Da fundamentação nasce a decisão mas, na verdade, não basta à decisão dirimir o conflito. É necessário entender o procedimento que se encontra subjacente à mesma. Dias & Costa Andrade (2013, p. 519) referem que “(...) o juiz – tanto o individual como,

e sobretudo, o coletivo – decide em interação com uma pluralidade de outros significantes. (...) Na realidade, mais do que o tribunal como instituição ou estrutura, é o processo judicial como ‘sistema de comportamentos em papéis’ (Luhmann) que verdadeiramente decide as coisas”. Quando o decisor profere a sentença “está a realizar o direito” (Fernandes N. , 2016) de uma forma que deve ser fundamentada por tratar-se de uma garantia constitucional, que existe como forma de controlo externo, que verifica a não arbitrariedade do julgador. Nesta senda Taruffo (1988) defende a fundamentação da sentença como um princípio geral que contribui para a racionalização da administração da justiça. Aquilo que os autores acima aludidos sublinham, com insistência, é o dever de fundamentar e fundamentar exige argumentar. Atienza (2014, p. 80) ressalta que

“Se a argumentação é tão essencial no Direito é porque o estamos a considerar como um mecanismo complexo de tomada de decisões (por parte dos legisladores, dos juízes, dos advogados, dos juristas ao serviço da administração, dos dogmáticos do Direito ou inclusive dos simples cidadãos) e dos raciocínios que acompanham essas decisões (...) argumentar e decidir são facetas da mesma realidade”.

A escolha das decisões obedece à problematização que a presente investigação ambiciona discutir. Parte desses problemas são reportados pelo GREVIO²¹ (2019, p. 7) onde se afirma que, apesar do progresso feito na construção de um quadro legislativo sólido para tratar as questões da violência contra as mulheres, continuam a subsistir importantes falhas. Uma delas diz respeito à questão da relação de especialidade e subsidiariedade que a norma do artigo 152.º, do código penal, tem com outros tipos penais. Neste sentido, o relatório aponta que quando são cometidos crimes mais graves – por exemplo a violação – o processo, geralmente, prossegue com a ofensa mais grave o que torna obscura a dimensão de género que a violência doméstica espelha. Outro problema diz respeito a uma elevada percentagem de penas suspensas cujos critérios de aplicabilidade deixam na vítima um sentimento de impunidade e vulnerabilidade. Outra situação emergente dos litígios de violência doméstica são os casos de partilha das responsabilidades parentais. Menores, que testemunham o conflito entre os progenitores, são vítimas. Falta aos tribunais de família uma abordagem unificada que permita o reconhecimento dos menores (que testemunham muitas vezes os conflitos

entre os progenitores) como vítimas. No entanto, as decisões revelam a tendência de privilegiar o regime quer de residência alternada, quer de visitas (ainda que acompanhadas) usando o critério do superior interesse da criança para a fixação das responsabilidades parentais como uma razão que serve para incentivar o contacto com ambos os progenitores – enaltecendo o princípio da igualdade parental – mas não o usando para reconhecer o menor como vítima. São estes os desafios que procuramos debater a partir da aplicação do quadro legislativo e estabelecendo uma análise sistemática dos argumentos vertidos nas decisões judiciais.

2. Análise esquemática da argumentação jurídica

2.1 Esquemas representativos dos argumentos

Os trabalhos de representação esquemática da argumentação judicial aparecem tratados, sobretudo, a partir da obra de Wigmore (1863-1943)²², autor de um modelo esquemático com o objetivo de demonstrar o peso da prova durante o julgamento. A ideia fundamental no pensamento de Atienza (2009) parte, igualmente, de uma esquematização. Esta consiste em representar o fluxo de informação, contida na argumentação, desde a colocação de um problema, as premissas e as conclusões que o decisor dali retira. Tal informação é conectada através de setas que têm diversas orientações e cuja força é variável, dependendo das razões que se pretendem arguir para dar consistência à linha argumentativa. Daqui resulta um esquema unido com diagramas e vetores que estabelecem a relação de “argumento a favor de” ou “argumento contra”. Quando os vetores estão ligados significa que a força do argumento reside na união das razões que por si só (isoladas) não funcionam como argumento. A utilização de letras maiúsculas e minúsculas representam os diferentes passos da argumentação. Assim, a letra maiúscula representa o tipo de ato de linguagem – **P** revela o problema, **S** mostra a resposta ou decisão final, **Q** enuncia uma questão, **SP** representa uma suposição, **A** indica uma afirmação e **N** uma negação. A letra minúscula tem a função de expor as várias razões de argumentação entre **P** e **S** demonstrando e autonomizando o processo do fluxo de informação através de proposições concretas

que sustentam o decurso da argumentação. O método resultaria no seguinte esquema de representação:

Pa: Pratica o crime de violência doméstica o agressor que apelida a cônjuge de “puta, vaca, porca” nos termos do artigo 152.º, n.º 1, alínea b) e n.º 2, do código penal?

Qb: O que é o crime de violência doméstica?

1b: Comete o crime de violência doméstica, previsto e punido pelo artigo 152.º, n.º 1, do código penal “Quem, de modo reiterado ou não, infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações de liberdade e ofensas sexuais: a) Ao cônjuge ou ex-cônjuge; 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.”

2b: No crime de violência doméstica o bem jurídico protegido é a saúde, bem jurídico complexo que abrange a saúde física, psíquica e mental, bem jurídico este que pode ser afetado por toda a multiplicidade de comportamento que afetem a dignidade pessoal do cônjuge – posição da doutrina;

3b: A ratio do tipo está na proteção da pessoa individual e da sua dignidade humana.

4b: A doutrina (Taipa de Carvalho...) e a jurisprudência (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 05/11/2008, processo n.º 08P2504) defendem, genericamente, este entendimento: “é a pessoa do cônjuge (ou equiparado), a sua integridade física, a sua saúde e a sua dignidade, enquanto pessoa humana, e não a instituição familiar (...) É um crime contra as pessoas, não um crime contra a família.”

Ab: Na violência doméstica a lei tem o objetivo de assegurar uma “tutela especial e reforçada” da vítima perante situações de violência desenvolvida no seio da vida familiar ou doméstica que, pelo seu carácter violento ou pela sua configuração global de desrespeito pela pessoa da vítima ou de desejo de prevalência de dominação sobre a mesma, evidenciem um estado de degradação, enfraquecimento ou aviltamento da dignidade pessoal.

Qc: Quais são as condutas previstas no tipo de crime?

Ac: As condutas previstas e punidas no preceito são de várias espécies: maus tratos físicos, ou seja ofensas corporais simples, maus tratos psíquicos, isto é, humilhações, provocações, molestações, ameaças.

Qd: Como se distingue a violência doméstica de outros tipos de crime como é o caso de maus tratos ou injúrias?

1d: Antes da alteração à lei penal, em 2007, o critério diferenciador residia na reiteração de condutas para determinar o cometimento de maus tratos.

2d: Discutia-se a questão de saber se uma conduta isolada mas grave poderia ou não integrar o tipo legal de crime de maus tratos.

3d: A reforma penal veio consagrar a orientação segundo a qual a verificação dos crimes de violência doméstica e de maus tratos não exige a reiteração de condutas sendo suficiente “um único ato ofensivo de tal intensidade, ao nível do desvalor da ação e do resultado, que seja apto e bastante a lesar o bem jurídico protegido – mediante ofensa da saúde psíquica, emocional ou moral, de modo incompatível com a dignidade da pessoa humana.” (acórdão do tribunal de Coimbra, de 28/04/2010, processo n.º 13/07.1GACTB.C1).

Ad: O atual regime prevê uma relação de especialidade entre a violência doméstica e de maus tratos, de um lado, e crimes como os de ofensa à integridade física, ameaças e injúrias, de outro.

Qe: A afirmação “És uma puta, vaca e porca.” constituem uma conduta que se pode subsumir ao crime de violência doméstica?

1e: As expressões têm um caráter ofensivo e constituem uma manifestação evidente de violação do dever de respeito que deve existir entre os cônjuges e que legalmente está consagrada no artigo 1672.º, do código civil.

2e: A conduta do arguido surge num contexto de degradação do casamento já instalado posto que o arguido e a assistente sequer partilhavam já o mesmo leito desde 2007.

3e: A conduta do arguido não representa um potencial de agressão que, em abstrato, supere ou transcenda a proteção oferecida pelo crime de injúria, na medida em que não espelham uma situação de maus tratos da qual resulte ou seja suscetível de resultar sérios riscos para a integridade psíquica da vítima.

Ne: As expressões referidas não consubstanciam condutas especialmente violentas ou que globalmente configurem uma atitude de especial desrespeito pela pessoa da vítima ou de desejo de prevalência de dominação sobre a mesma, ou seja, não revestem a gravidade ou a intensidade do desvalor da ação e do resultado típicas do crime de violência doméstica.

Sf: Esta arredada a punição do arguido como integrante de um crime de violência doméstica, impondo-se a sua absolvição quanto a tal.

O método que acabámos de explicar evidencia uma representação da argumentação da decisão judicial tomada pelo Tribunal da Relação de Guimarães, de 25/09/2017, processo n. 505/15.9GAPTL.G1. Os argumentos elencados dizem respeito, apenas, às inferências que se vão deduzindo relativamente à questão de saber se uma conduta concreta do agente pode ser subsumida ao crime de violência doméstica. O modelo esquemático é capaz de demonstrar os diversos aspetos da argumentação formal, material e pragmática. É possível determinar o fluxo de informação através de um problema inicial que exige uma decisão (**Pa** até **Sf**). O diagrama também dá conta da lógica formal dedutiva quando permite a identificação da premissa e respectivas inferências (a forma como se passa da **Qb** à **Qc** e daqui à **Qd** através das respetivas inferências – **1b, 2b, 3b e 4b; 1d, 2d e 3d; 1e, 2e e 3e**). Também é possível identificar os tipos de enunciados, a sua natureza e o conteúdo das proposições. O caso do enunciado em **1d, 2d e 3d** que indicam a forma como o critério material da reiteração da conduta para a infligência de maus tratos foi abandonado para se reconhecer que um só ato isolado, praticado com ao nível do desvalor da ação basta para integrar tal conduta. Esta abordagem retrata a argumentação do tipo material. Quer dizer, o decisor elenca razões justificativas para decidir num determinado sentido.

Finalmente, a argumentação pragmática encontra-se representada no estilo dialético e retórico. No exemplo que seguimos, o julgador utilizou um conjunto de argumentos cujo resultado foi o esvaziamento do crime de violência doméstica. Num modelo dialético (diálogo entre o crime de injúrias e violência doméstica) o tribunal entendeu adequar as agressões do sujeito ao crime de injúrias estando patente a ideia que as expressões “vaca, porca e puta” não são tão graves que possam configurar uma situação de maus-tratos psíquicos à ofendida.

Tal como refere Atienza (2009) torna-se necessário tecer algumas diferenciações conceptuais quanto ao modelo apresentado. Gostaríamos de acrescentar que além dessas notas básicas e imprescindíveis, é pertinente apontar o limite desta representatividade esquemática. Em primeiro lugar, um processo desta envergadura implica a tarefa de interpretar a linguagem, o encadeamento do discurso e a forma como está construído. Tal empreitada resulta de critérios de racionalidade teórica e prática

que, à vista de cada intérprete, podem sofrer variações. Pensemos no palco da decisão judicial. O juiz assiste ao diálogo de vários tipos de argumentações, esgrimidas entre diversos operadores: advogados, procuradores do Ministério Público, a vítima, o acusado. O decisor confronta-se com a exigência de interpretar preceitos normativos (normativismo), de avaliar condutas, de tecer distinções conceptuais (funcionalismo), de enquadrar substantivamente as ações na previsão da norma (metodologia), de procurar apresentar uma solução fundamentada e justa, evitando acusações de discricionariedade. Agora considere-se outro tipo de intérprete, aquele que pretende investigar a natureza dos argumentos, a dialética e retórica do processo de decisão judicial. Dado que cada intérprete é um indivíduo não pode negar-se que o seu racionalismo pode divergir de outros intérpretes, o que significa que estão, igualmente, sujeitos a acusação da discricionariedade que a interpretação do discurso pode encerrar – circunstância que se pode verificar na análise do tipo de argumentação pragmática. Voltaremos a este tema, mais à frente na presente investigação. Para já, é importante reter que esta limitação pode ser contornada com a diferenciação de alguns conceitos do processo de representatividade esquemática.

Os conceitos básicos assentam na diferença entre argumentação, argumentos e linhas de argumentação. No desenho da argumentação judicial o intérprete terá de observar a forma da sentença (objeto do recurso, factos provados, fundamentação). É no quadro da fundamentação que o agente que interpreta observa a argumentação como um conjunto de passos, atos de linguagem e enunciados que ocorrem entre a problematização colocada através de uma pergunta inicial e a procura de uma solução para a mesma. Então, a argumentação consiste nos passos que se iniciam com a pergunta e percorrem todos os enunciados até à decisão final. Porém, nem todos os enunciados constituem argumentos. Não são argumentos os enunciados que não precisam de nenhuma razão para serem dados. Por exemplo, a linha que liga **Pa** a **Qb**. A questão é colocada relativamente ao problema no sentido de se apurar que razões podem ser determinadas para considerar o que é o crime de violência doméstica. Ou seja, as linhas que unem os enunciados não constituem argumentos. Coloca-se, por conseguinte, a questão de saber onde podemos encontrá-los na representatividade esquemática da argumentação. “Um argumento é uma razão a favor ou contra uma determinada tese” (Atienza, 2009, p. 38). No argumento encontramos a razão

(premissa), a tese (a conclusão) e a vinculação (a inferência). Num sentido estrito as razões podem ser analisadas conforme são a favor ou contra o argumento. Por exemplo, o enunciado de **1e** indica que a expressão da premissa “és uma puta, vaca e porca” são expressões de carácter ofensivo e que violam os deveres conjugais estabelecidos na lei. Trata-se de uma razão contra o principal argumento que determina na sua conclusão que “as expressões referidas não consubstanciam condutas especialmente violentas ou que globalmente configurem uma atitude especial de desrespeito pela pessoa da vítima ou de desejo de prevalência de dominação sobre a mesma, ou seja, não revestem a gravidade ou a intensidade do desvalor da ação e do resultado típicas do crime de violência doméstica”. Por último, a linha argumentativa reflete um conjunto de argumentos construídos com o objetivo de defender ou atacar uma tese. No exemplo que seguimos percebe-se que as linhas argumentativas **1b, 2b, 3b, 4b, 1d, 2d, 3d, 2e, e 3e** são linhas produzidas com o intuito de defender a absolvição do agente.

Pois bem a representatividade esquemática da argumentação judicial resulta desta complexidade de informação que pretendemos articular e justificar. A avaliação – discussão sobre boas razões/falsas razões – deve ser feita *a posteriori*.

2.2. As decisões judiciais dos tribunais superiores

No primeiro capítulo analisámos a estrutura do sistema judiciário, que se encontra organizado a partir da norma constitucional do artigo 209.º, n.º 1, alínea a) onde se prevê que “1. Além do Tribunal Constitucional, existem as seguintes categorias de tribunais: a) O Supremo Tribunal de Justiça e os tribunais judiciais de primeira e de segunda instância;”. A lei de organização do sistema judiciário²³, por sua vez, determina no seu artigo 29.º, n.º 2 e 67.º, n.º 1 que “Os tribunais judiciais de segunda instância são, em regra, os tribunais da Relação e designam-se pelo nome do município em que se encontram instalados.” Trata-se de tribunais de recurso que funcionam sob a direção de um presidente, em plenário e por secções. Estas compreendem a secção em matéria cível, penal, social, família e menores, comércio e de propriedade intelectual e de concorrência, regulação e supervisão. É, portanto, uma instância à qual cabe, entre outras competências, a competência para julgar recursos, de acordo com o enunciado normativo do artigo 73.º, alínea a). O valor imprescindível da fundamentação das

decisões judiciais também se encontra previsto nesta lei de organização do sistema judiciário onde encontramos no seu artigo 24.º, n.º 1 que “As decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei.” Um eco, portanto, do que a lei fundamental já determina.

Considerando esta sistematização institucional importa ater-nos às decisões judiciais proferidas pelos Tribunais da Relação e pelo Supremo Tribunal de Justiça. A metodologia seguida é a abordagem caso a caso, a única que permite um olhar individualizado sob a perspetiva da argumentação formal, material e pragmática. Esta técnica implica que sejam analisadas decisões daquelas duas instâncias superiores atendendo ao tipo de argumentos elencados e não à sua hierarquia institucional (embora esta tenha relevância em matéria de recursos). Também é de assinalar que quando ocorrer repetição na técnica argumentativa, sumariamente será anotada essa circunstância. Deixamos nota que a análise esquemática transcreve os argumentos vertidos nas decisões judiciais. No estudo deste lado prático da argumentação jurídica optámos por uma transcrição interpretativa dos argumentos esgrimidos, que são fiéis à fundamentação edificada nas sentenças sendo da nossa autoria a formulação das questões que permitem passar sequencialmente ao próximo passo argumentativo.

A análise das decisões judiciais exigiu um trabalho de sistematização que se propõe na ótica do caso a caso abordando os seguintes campos: **(i)** narração sumária do problema; **(ii)** identificação da linha argumentativa; **(iii)** esquema analítico da argumentação; e, **(iv)** avaliação crítica dos argumentos.

Caso 1

Acórdão de 11 de outubro de 2017, do Tribunal da Relação do Porto (Processo n.º 355/15.2GAFL.P1)

(i) Narração sumária do caso

Um dos acórdãos que suscitou mais polémica e debate na opinião foi um acórdão, de 11 de outubro de 2017 (processo n.º 355/15.2GAFL.P1), do Tribunal da Relação do Porto. O tribunal decidiu indeferir o pedido de recurso, interposto pelo Ministério Público, mantendo a condenação de pena suspensa de dois arguidos, um ex-cônjuge e outro amante, que em conluio, sequestraram a vítima e a agrediram com uma moca revestida com pregos. Vejamos a análise da argumentação levada a cabo pelo Tribunal.

Os arguidos **A** e **B** vinham acusados da prática, em concurso, de crimes de sequestro, ofensa à integridade física simples, perturbação da vida privada e de violência doméstica contra a vítima **C**. O arguido **A** é casado com a vítima **C** encontrando-se separados de facto. A vítima **C** manteve um curto relacionamento com o arguido **B** durante a constância do casamento daquela, mas que **C** decidiu terminar. A vítima foi perseguida pelos arguidos **A** e **B** através de mensagens escritas ofensivas e perseguição junto do local de trabalho. Em 29-06-2015 a vítima **A** foi abordada pelo arguido **B** que a sequestrou na sua viatura, levando-a contra a sua vontade. Perante a recusa da vítima em reatar o relacionamento o arguido **B** telefonou ao ex-marido de **A** que se dirigiu ao local. O ex-marido agrediu a vítima **A** com uma moca, revestida com pregos, enquanto o arguido **B** a agarrava. O pedido de recurso foi, apenas, interposto pelo Ministério Público. O Tribunal da Relação autonomizou as questões a decidir do seguinte modo: o tribunal *a quo* errou na decisão sobre a matéria de facto; a sentença sofre de vícios processuais; o doseamento das penas não foi respeitado pelo tribunal de 1ª instância; o condicionalismo legal de suspensão de execução da pena não se encontra verificado.

(ii) A linha de argumentação jurídica

Pa: O recorrente pretende que os arguidos sejam condenados a uma pena efectiva de prisão e ao pagamento mais elevado de um valor de indemnização à vítima por considerar que os factos provados não foram devidamente valorados.

Qb: Verifica-se um vício de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada?

1b: O vício de insuficiência para a matéria de facto provada verifica-se quando faltem factos que autorizem a ilação jurídica tirada, que permitam suportar uma decisão dentro do quadro das soluções de direito plausíveis.

2b: O acórdão do STJ de 27-05-2010 determina que o vício de insuficiência da matéria de facto provada verifica-se quando a matéria de facto é insuficiente para fundamentar a solução de direito encontrada.

3b: A insuficiência pode referir-se quer aos elementos objetivos quer aos elementos subjetivos que respeitam as circunstâncias relevantes para a graduação da culpa.

4b: O único facto que pode relevar para a medida da culpa é a atuação em conluio entre os arguidos.

5b: O arguido foi internado devido ao seu estado de depressão que não se cura em dois dias, podendo prolongar-se por anos.

6b: A OMS chamou a atenção para esta doença que... é a principal causa de suicídio requerendo um acompanhamento médico especializado e por um período dilatado de tempo.

Nb: Não merece reparo e muito menos a censura que lhe dirige a magistrada recorrente o juízo probatório e valorativo efetuado pelo tribunal.

Qc: Há fundamento para a invocação do erro de julgamento nos termos do artigo 412º, n.º 3 e 4, do código de processo penal?

1c: Se o recorrente pretende impugnar a decisão sobre a matéria de facto com fundamento em erro de julgamento, tem se especificar os concretos pontos de facto que considera terem sido incorrectamente julgados pelo tribunal recorrido, bem como, as concretas provas que impõem decisão diversa da recorrida.

2c: De acordo com a doutrina o “cerne do dever de especificação impõe que o recorrente deve expor as razões por que a decisão deve ser diversa da recorrida.

3c: É entendido pacificamente que o recurso não implica o direito a um novo julgamento e, por conseguinte, a uma nova reapreciação da globalidade dos elementos de prova.

Nc: Improcede, assim, a impugnação sobre a matéria de facto.

Qd: Deve ser alterada a medida da pena e a consequente suspensão da execução de prisão?

1d: A conduta do arguido ocorreu num contexto de adultério praticado pela assistente. Ora o adultério da mulher é um gravíssimo atentado à honra e dignidade do homem.

2d: Sociedades existem em que a mulher adúltera é alvo de lapidação até à morte.

3d: Na Bíblia podemos ler que a mulher adúltera deve ser punida com a morte.

4d: Ainda não foi há muito tempo que a lei penal (Código penal de 1886), artigo 372.º) punia com uma pena pouco mais que simbólica o homem que, achando sua mulher em adultério, nesse acto a matasse.

5d: o adultério da mulher é uma conduta que a sociedade sempre condenou e condena fortemente (e são as mulheres honestas as primeiras a estigmatizar as adúlteras) e por isso vê com alguma compreensão a violência exercida pelo homem traído, vexado e humilhado pela mulher.

6d: Foi a deslealdade e a imoralidade sexual da assistente que fez o arguido A cair em profunda depressão e foi nesse estado depressivo e toldado pela revolta que praticou o acto de agressão.

Nd: As penas mostram-se ajustadas e não há razão para temer a frustração das expectativas comunitárias até porque há uma acentuada diminuição da culpa pelo arrependimento genuíno do arguido A.

Qe: A execução da pena deve ser alterada para uma prisão efectiva?

1e: A pena privativa da liberdade surge sempre como a última *ratio* do sistema punitivo.

2e: Ao aumentar o limite da pena de prisão (dos 3 anos para os 5 anos) o legislador pretendeu alargar o âmbito de aplicação da pena de substituição mas não tornar menos exigente o pressuposto substantivo da sua aplicação.

3e: Banalizar a suspensão da execução da pena de prisão redundará num enfraquecimento da confiança da comunidade na validade das normas jurídicas que a prática do crime veio pôr em crise.

4e: Deve-se privilegiar a socialização em liberdade e não é para estes casos que se tem entendido na jurisprudência que a aplicação da pena de substituição não satisfaz aquele conteúdo mínimo de integração e defesa do ordenamento jurídico.

5e: A factualidade apurada permite caracterizar os arguidos como cidadãos fiéis ao direito, que têm tido um comportamento normativo e mostram-se perfeitamente integrados na sociedade.

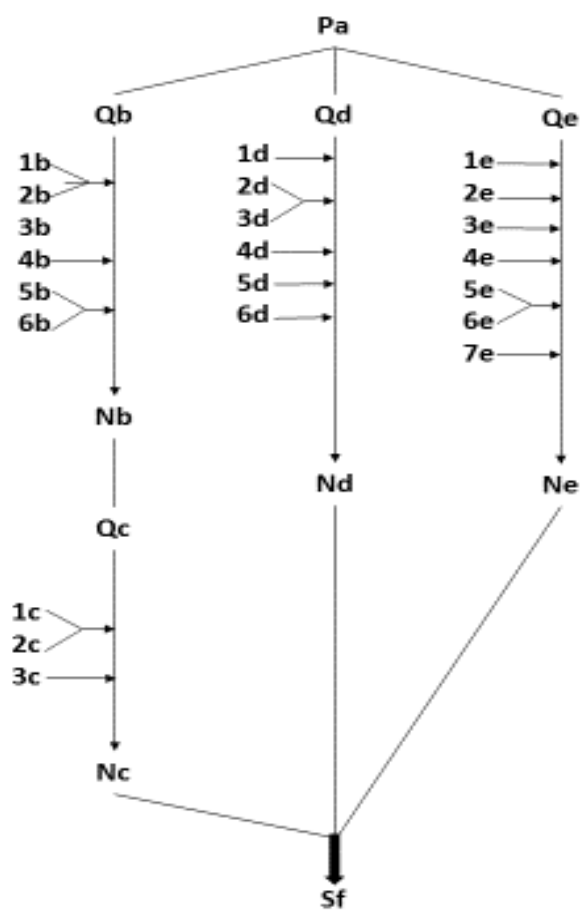
6e: Tudo indica que os actos praticados foram meramente ocasionais, que não se repetirão.

7e: Além da suspensão da execução da pena de prisão, os arguidos têm penas, ainda que de natureza pecuniária, para cumprir (que, no caso do arguido B, são bem pesadas) e isso não pode deixar de constituir, também, um factor de dissuasão da reincidência.

Ne: É inteiramente justificado o juízo de prognose positivo formulado na primeira instância.

Sf: Nega-se provimento à sentença recorrida e mantém-se a decisão do tribunal de 1ª instância.

iii) Esquema argumentativo da decisão judicial



TRP - Processo n.º 355/15.2GAFL.P1

iii) **Análise dos argumentos e razões justificativas**

Uma parte das decisões judiciais sobre violência doméstica começa por estabelecer enunciados de uma descrição hermenêutica e dogmática sobre o bem jurídico protegido pela norma penal.²⁴ Não é o caso deste acórdão. A argumentação do acórdão segue a lógica formal *standard* (silogismo subsuntivo) apesar de se perceber, ao longo do discurso, que vai privilegiar argumentos de natureza material. Esta opção é bastante evidente nas premissas que são lançadas sobre os vícios processuais. A partir das premissas, o julgador estabelece uma cadeia de inferências lógicas que o levam à subsequente conclusão. Veja-se, por exemplo, a forma como o decisor conclui que não existe erro de julgamento da matéria de facto uma vez que o recorrente não cumpriu com os requisitos do corpo normativo (**Qc – 1c, 2c, 3c – Nd**). Trata-se de uma lógica formal na qual não é possível dar conta do fluxo de argumentação. Aquilo que aparece representado é o resultado da argumentação e não propriamente a atividade de argumentar. De facto, o decisor enuncia premissas e conclusões através das regras, estas que permitem justificar o resultado da dita argumentação. A dimensão formal do direito é importante para a prática jurídica. No problema formulado em **Qb** e **Qc** o decisor não tem interesse no conteúdo daquelas – não pondera se as premissas são verdadeiras ou falsas, por exemplo – mas tão só em determinar a forma de passar das premissas à conclusão. Assim, o julgador enumera razões de ordem normativa (o artigo 412.º, n.º 3 e 4, do código de processo penal) como razões de ordem jurisprudencial e doutrinal (enunciados **1b, 2b, 3b, 4b, 5b, 6b, 1c, 2c** e **3c**). Esta é uma argumentação de tipo formal dado a validade que se retira da passagem das premissas à conclusão. Porém, o facto de aceitarmos as premissas não significa que se aceite ou seja obrigado a aceitar as conclusões (**Nb** e **Nc**). Esta asserção leva-nos a considerar se a lógica formal se apresenta como útil e eficaz na tutela dos direitos dos/das cidadãos/cidadãs.

É neste ponto que se torna necessário introduzir a análise da argumentação material uma vez que a lógica dedutiva padrão não é suficientemente esclarecedora sobre outro conjunto de premissas que se vão introduzindo ao longo do processo argumentativo. Até porque, neste caso, é perceptível que nem todas as premissas são possíveis de deduzir das anteriores, logo, a lógica formal estaria inquinada na sua eficácia para justificar a decisão final. Veja-se a conjunto de enunciados elencados através dos quais é possível identificar uma lógica indutiva que não tem tanto que ver

com a forma do argumento, mas mais com os fatores materiais e contextuais. Ou seja, conforme refere Atienza (2014, p. 185) “(...) o estudo da indução cai basicamente no âmbito daquilo que designámos por concepção material da argumentação;”. Este tipo de análise concentra-se nas premissas e nas razões o que implica refletir sobre o seu peso na linha de argumentação estabelecida.

Estamos perante razões que derivam de um raciocínio jurídico que pode ser considerado como um raciocínio prático. Os raciocínios estão orientados para a ação dado que a argumentação judicial pretende a resolução de conflitos provenientes de casos concretos. Consideremos o raciocínio das premissas **1d**, **2d**, **3d**, **4d**, **5d** e **6d**, inferidas através do problema **Qd** que levou o decisor à conclusão **Nd**. Estaremos perante boas razões que convencem o *auditório* a crer que há razão para a ação?

Na análise da argumentação material pretende-se avaliar os enunciados que dela constam. Os passos argumentativos que nos interessam são aqueles que se encontram unidos pelas setas. Na presente decisão existem dois raciocínios importantes. O que vem estabelecido a partir da premissa **Qd** e o da **Qe** constituem enunciados do tipo valorativo. Retomando as inferências concretizadas entre **1d** e **6d**: o decisor considerou que o adultério constitui uma justificação para a agressão de que a vítima foi alvo, logo, a pena foi adequada. Trata-se de um raciocínio que expressa uma desaprovação relativamente a uma ação da vítima (esta havia-se envolvido numa relação extraconjugal) que usa termos valorativos como “o adultério da mulher é um gravíssimo atentado à honra e dignidade do homem”, “sociedades existem em que a mulher adúltera é alvo de lapidação até à morte”, “na Bíblia podemos ler que a mulher adúltera deve ser punida com a morte”, “ainda não foi há muito tempo que a lei penal (Código penal de 1886) punia com uma pena pouco mais que simbólica o homem que, achando sua mulher em adultério, nesse ato a matasse”, “o adultério da mulher é uma conduta que a sociedade sempre condenou e condena fortemente”, “foi a deslealdade e a imoralidade sexual da assistente que fez o arguido A praticar o ato de agressão”.

No segundo raciocínio prático que aqui nos interessa o decisor reforça o seu juízo valorativo, desta vez construindo um argumento em torno da cidadania exemplar dos agressores, para justificar a suspensão da execução da pena. Tais valorações são conjugadas com um enunciado do tipo normativo e um do tipo enunciado empírico. Veja-se como em **2e** o julgador justifica que o legislador aumentou para cinco anos o

limite da suspensão da execução da pena. E no enunciado **5e** considera que a factualidade provada permite entender os cidadãos como fieis ao direito, com adequado comportamento normativo e integrados na sociedade. O tribunal continua declarando que a ação praticada pelos agressores reveste um carácter ocasional. Considerado o conjunto da justificação realizada conclui-se pela manutenção da pena, suspensa na sua execução.

Os enunciados que acabámos de identificar não podem ser extraídos de uma qualquer dogmática da teoria do direito e nem de proposições do tipo normativo. O adultério não constitui atenuante – a não ser no código penal de 1886 que, de facto, atenuava a agressão do marido quando a mulher o traía, mas que não se encontra em vigor há cerca de um século - da agressão conjugal ou de relacionamento íntimo.

Regressemos à pergunta de há pouco. Conseguiu o decisor convencer o auditório com a justificação argumentativa que construiu? Do ponto de vista dialético, o tribunal enveredou por um discurso unitário no qual atendeu, especialmente ao comportamento dos agentes do conflito. Na qualidade de decisor, o juízo atendeu às regras procedimentais que exigem a análise dos dois lados da história. Do ponto de vista retórico, o decisor pretendeu apresentar um discurso persuasivo no sentido de convencer o auditório da decisão tomada. Quer numa quer noutra existe um modelo de interação social embora em perspetivas diferentes, uma vez que a dialética tem lugar num sentido mais individual, onde o controlo dos comportamentos (observação das regras do processo) cabe ao/à juiz/juíza, e na retórica a produção do discurso tem como objetivo último o convencimento de um auditório. *In casu* o relator usou de uma técnica retórica através da qual pretendeu convencer os destinatários que o adultério é uma conduta errada e que, embora seja condenável a agressão, a vítima poderia tê-la evitado se não tivesse cometido o referido adultério. Trata-se de ideias e crenças que exploram não as condições formais ou materiais da argumentação, mas a posição que as pessoas, de um modo geral, costumam ter em relação ao agente que pratica o adultério.

A presente decisão apresenta ao nível do critério formal, material e pragmático da argumentação um resultado que não se pode aceitar, falhando na persuasão dos seus destinatários. Este efeito resulta do facto de estarmos perante a construção de argumentos falaciosos que podem (devem) ser corrigidos. Não vamos discorrer sobre a bondade de tais argumentos (o que implicaria avaliar bons e maus argumentos) mas,

antes, ater-nos ao que se passou durante a argumentação de natureza material. O relator formula premissas que, à partida, são verdadeiras e como tal, parte dessa enunciação fará parte da conclusão.²⁵ A questão é que as inferências retiradas a partir da premissa são enganadoras. Por exemplo, quando o tribunal invoca como razão que o código penal de 1886 punia com pena simbólica o marido que matasse a mulher por esta ter cometido adultério estabelece uma analogia falaciosa uma vez que o preceito normativo não se encontra em vigor há mais de um século. Os juízos de valor sobre o adultério são construídos a partir da factualidade provada e são usados como atenuante do comportamento dos agressores, situação que se encontra revistada de enorme ambiguidade porque centrada, em particular, na ideia estereotipada acerca da conduta da mulher numa relação íntima. Por outro lado, não foi aduzida qualquer razão acerca do bem jurídico que se pretende proteger quanto à vítima. Ou seja, na dialética da argumentação, o decisor privilegiou o lado dos agressores em detrimento da vítima violando uma regra básica do debate que consiste em considerar os argumentos de todas as partes.

O modelo de argumentação de Atienza revela que “o uso deste tipo de argumentação trata de demonstrar que determinadas interpretações não são possíveis, porque levariam a consequências – fácticas ou normativas – inaceitáveis.” (Atienza, 2005, p. 213). Em suma, a decisão judicial, em análise, viola, grotescamente, os enunciados fácticos provados que conduziram à conclusão dos danos físicos causados à vítima. A interpretação que o decisor estabelece assenta numa racionalidade jurídica sustentada em argumentos falaciosos que estão longe de retratar a sociedade contemporânea.

Caso 2

Acórdão de 15 de janeiro de 2013, do Tribunal da Relação de Lisboa (processo n.º 1354/10.6TDLSB.L-5)

(i) Narração sumária do caso

O arguido e a ofendida mantinham uma relação amorosa e viviam, em condições análogas à dos cônjuges. Do relacionamento nasceu um filho. O arguido e a ofendida discutiam com frequência e aquele dirigia-lhe insultos. Numa discussão o arguido disferiu um murro no nariz da ofendida e mordeu-lhe a mão na presença do filho de

nove meses que aquela tinha ao colo. A decisão da 1ª instância absolveu o arguido da prática do crime de violência doméstica de que vinha acusado. Foi, igualmente, absolvido da prática de um crime de injúria. Foi condenado pela prática de um crime de ofensa à integridade física previsto e punido pelos artigos 143º, n.º 1 e 14º, n.º 1, ambos do código penal, na pena de setenta dias de multa, num total de €350 euros a que correspondem uma pena subsidiária de quarenta e seis dias de prisão. A vítima interpôs recurso da sentença requerendo a condenação pela prática de um crime de violência doméstica. O Ministério Público não acompanhou o recurso da vítima, optando por seguir a posição da sentença da 1ª instância. O tribunal de recurso é confrontado com dois problemas. O primeiro que diz respeito à determinação de erro do tribunal na apreciação e valoração que fez da prova produzida. O segundo ao errado enquadramento jurídico-penal dos factos.

(iii) A linha de argumentação jurídica

Pa: O tribunal errou na apreciação e valoração da prova produzida o que conduziu a um enquadramento jurídico-penal erróneo?

Nb: Um único ato ofensivo só consubstanciará um mau trato se se revelar de uma intensidade tal que seja apto a lesar o bem jurídico protegido – a saúde física, psíquica ou emocional, pondo em causa a dignidade da pessoa humana.

Qc: O arguido e a ofendida mantinham uma relação amorosa?

1c: O arguido e a ofendida iniciaram uma relação de namoro, em 2008, tendo coabitado, pelo menos desde Dezembro de 2008.

Ac: O arguido e a ofendida viviam em comunhão de mesa, cama e habitação, como se casados fossem tendo nascido desse relacionamento um filho.

Qd: O arguido ofendia a vítima?

1d: Nas discussões o arguido dirigia insultos à ofendida.

2d: Numa discussão, em Outubro de 2009, durante uma discussão no quarto do filho, o arguido deu um murro no nariz da ofendida e mordeu-lhe a mão.

3d: Nesse dia o arguido começou a bater no berço e partiu-lhe as rodas.

4d: A situação de coabitação terminou nesse dia.

Ad: O arguido ofendia a vítima e agrediu-a

Qe: O arguido pertence a um contexto familiar e social estruturado?

1e: O arguido não tem antecedentes criminais.

2e: A estrutura familiar do arguido confere-lhe suporte afectivo e material consistente.

3e: O arguido trabalha como terapeuta por conta própria.

Ae: O arguido está inserido num núcleo familiar consistente em termos afectivos e tem a ajuda económica necessária para suportar as suas despesas fixas.

Qf: O tribunal a quo errou na apreciação da prova justificando-se a sua impugnação?

1f: A impugnação da matéria de facto efetua-se através da invocação dos vícios da sentença nos termos do n.º 2, do artigo 410º do código de processo penal.

2f: O erro verifica-se através de anomalias decisórias, apreensíveis pela leitura da sentença quanto à matéria de facto como de direito.

3f: O erro pode verificar-se através da análise da prova produzida e valorada na audiência da 1ª instância.

Nf: A valoração da prova efetuada pelo tribunal a quo alarga-se à análise do que se contém e pode extrair da prova documentada, produzida em audiência, dentro dos limites dos n. os 3 e 4, do artigo 412º, do código de processo civil.

Qg: A recorrente tem razão para impugnar a decisão sobre matéria de facto com erro de julgamento?

1g: O artigo 412º, n.º 3 do código de processo penal impõe que sejam especificados os concretos pontos de facto que considera terem sido incorrectamente julgados pelo tribunal, bem como a indicação do conteúdo específico do meio de prova que impõe uma decisão diversa.

2g: A doutrina impõe o cerne do dever de especificação que relacione o conteúdo específico do meio de prova com o facto individualizado que considera incorrectamente julgado.

3g: A jurisprudência determina que deve ser identificado o erro *in judicando* e ainda especificar o conteúdo concreto dos meios de prova capazes de impor uma decisão diferente da recorrida.

Ng: O recurso em matéria de facto não implica uma reapreciação, pelo tribunal de recurso, da globalidade dos elementos de prova produzidos e que serviram de fundamento à decisão recorrida.

Qh: Que valoração fez o *tribunal a quo* dos factos provados?

1h: A valoração e ponderação dos fundamentos considerou o depoimento do arguido que confirmou os desentendimentos e o facto de ter partido as rodas do berço.

2h: O depoimento da testemunha, vizinha do casal, revelou que ouvia as discussões do casal e que ouvia o arguido a dirigir insultos à vítima.

3h: Foram valoradas as declarações da vítima e dos pais da ofendida que se encontravam na residência no dia da agressão.

4h: As mensagens escritas do arguido à ofendida deram credibilidade aos depoimentos da vítima e dos pais desta.

Ah: O tribunal aplicou critérios de ponderação e valoração dos factos provados e não provados, tendo considerado que testemunhos próximos ou versões antagónicas que justificam a decisão quer dos factos provados quer dos factos não provados.

Qj: Como deve ser feita a apreciação da prova no caso concreto?

1i: Na apreciação o juiz deve, antes de mais, evitar o convencimento apriorístico.

2i: O juiz não pode deixar-se fascinar por uma tese, uma versão, deve evitar convicções apriorísticas que levam a visões lacunais e unilaterais dos acontecimentos.

3i: O juiz deve fazer a apreciação da prova segundo as regras do entendimento correto e normal, isto é, tem de avaliar as provas, não arbitrariamente ou caprichosamente, mas em harmonia com as regras comuns da lógica, da razão e da experiência acumulada.

Ai: A liberdade do convencimento que conforma o modelo da livre apreciação é um critério de justiça que não prescinde da verdade histórica das situações nem do contributo dos dados psicológicos, sociológicos e científicos para a certeza da decisão.

Qj: Os factos provados são subsumíveis à prática de um crime de violência doméstica?

1j: O II Plano Nacional contra a Violência Doméstica declara que os testemunhos das mulheres são tidos como pouco credíveis pela sociedade em geral e, por isso, muitas mulheres sentem-se prisioneiras isoladas no seu mundo de violência.

2j: A maior sensibilidade para o fenómeno da violência doméstica tem já concretizações quer a nível legislativo, quer a nível de jurisprudência.

3j: A violência de que são vítimas as mulheres ocorre no seio do agregado familiar, no designado espaço doméstico, casa de morada de família e, por isso, escapa ao conhecimento público.

4j: Neste enquadramento os depoimentos dos ofendidos devem merecer especial relevo probatório.

5j: Isto não pretende significar que se deva ter como certo que o acusado mente e o/a ofendido/a conta sempre a verdade.

Nj: O tribunal deve estar particularmente atento às declarações e atitudes de um e outro, pois são estes que fornecem as bases em que vai assentar a convicção do julgador.

Qk: O tribunal recorrido usou a motivação adequada para a sentença?

1k: A recorrente reconhece que só há um único ponto de divergência em relação à decisão da matéria de facto.

2k: Apreciar livremente a prova testemunhal não é apreciá-la arbitrariamente e muito menos apreciá-la de modo a chegar à decisão que ao tribunal parecer justa.

3k: A prova testemunhal tem duas importantes fragilidades: a sua falibilidade e a precariedade. O juiz é livre de considerar credível uma testemunha e dar o facto como provado, mas não tem que lhe dar crédito total e bastar-se com esse depoimento em relação a outros factos.

Ak: O modo de valoração das provas e o juízo resultante dessa mesma valoração, ao não coincidir com a perspectiva da recorrente, não traduz qualquer erro de julgamento.

Ql: O arguido cometeu um crime de violência doméstica?

1l: Na revisão do código penal operada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, o legislador autonomizou o crime de violência doméstica e passou a punir mais severamente algumas dessas condutas quanto praticadas contra menor ou na presença de menor.

2l: Há uma continuidade normativo-típica das leis já que tendo-se modificado os elementos do tipo legal, manteve-se a incriminação do mesmo facto.

3l: O crime de violência doméstica não só tem suscitado alguns problemas de interpretação como tem sido posta em causa a sua manutenção como crime especial relativamente às ofensas corporais.

4l: A doutrina defende que os maus-tratos físicos correspondem ao crime de ofensa à integridade física simples e os maus tratos psíquicos aos crimes de ameaça simples ou agravada, coacção simples, difamação e injúrias, simples ou qualificadas ocorrendo uma relação de especialidade entre o crime de violência doméstica e aqueles crimes.

5l: A jurisprudência defende que o bem jurídico protegido pela incriminação é o da dignidade humana e, em particular, o da saúde, que abrange o bem-estar físico, psíquico e mental, podendo este ser lesado por qualquer espécie de comportamento que afete a dignidade pessoal do cônjuge e seja suscetível de pôr em causa aquele bem-estar.

Nl: O tipo legal da violência doméstica não exige reiteração de ações ofensivas, mas um único ato ofensivo só consubstanciará um mau trato se se revelar de uma intensidade tal, ao nível do desvalor, quer da ação quer do resultado, que seja apto e bastante a lesar o bem jurídico protegido pondo em causa a dignidade da pessoa humana.

Qm: Da factualidade provada pode concluir-se que o murro que o arguido disferiu na ofendida e a mordida na mão configuram um ato único que se enquadra no tipo da violência doméstica?

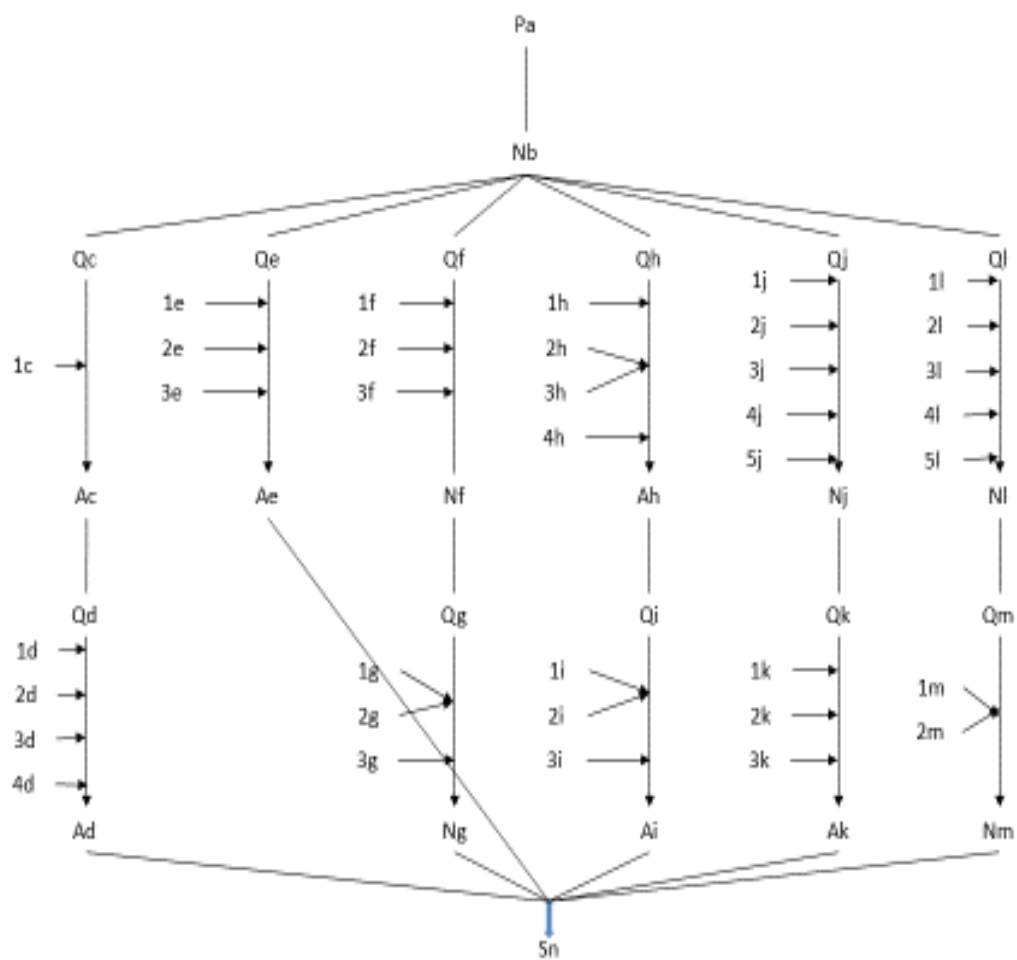
1m: É manifesto que a conduta do arguido, mesmo tendo em conta que a assistente estava com o filho (então com 9 dias de vida) ao colo, não tem a gravidade bastante para se poder afirmar que, com ele, foi aviltada a dignidade pessoal da recorrente e, portanto, que o seu bem-estar e emocional foi, intoleravelmente, lesado.

2m: O facto de, por várias vezes, o arguido, durante discussões havidas, ter dirigido insultos à assistente, pouco ou nada acrescenta à gravidade daquela conduta.

Nm: Trata-se de uma simples ofensa à integridade física que está longe de poder considerar-se uma conduta maltratante suscetível de configurar a violência doméstica.

Sn: Não merece censura a decisão do tribunal recorrido de convolar a incriminação para um crime de ofensa à integridade simples, sendo patente que inexistente fundamento para se concluir que a conduta do arguido é reveladora de especial censurabilidade ou perversidade, juízo que seria indispensável para a qualificação daquele ilícito criminal.

(ii) Esquema argumentativo da decisão judicial



TRL - processo n.º 1354/10.6TDL5B.L-5

(iii) Análise dos argumentos e razões justificativas

A análise que se subtrai do presente acórdão permite identificar a linha de argumentação formal, material e pragmática. Começamos pela argumentação formal. Neste caso, é possível identificar várias linhas argumentativas de natureza lógica (silogismo subsuntivo) através de enunciados que se encontram encadeados. Entre a premissa formulada em **Qc – 1c – Ac** encontramos uma razão factual (factos provados) que permite conduzir a uma única conclusão, ou seja, o tribunal parte de uma premissa verdadeira para daí inferir a sua resposta. A mesma técnica é utilizada na formulação **Qd – 1d – 2d – 3d – 4d – Ad**. Esta inferência lógica do tribunal permite concluir que estamos perante uma relação de intimidade que poderá (ou não) cair no âmbito do artigo 152.º, do código penal. Para corroborar esta inferência o julgador avança com enunciados do tipo normativo formulando premissas, ao longo das quais invoca razões de interpretação normativa, doutrinal e jurisprudencial que sustentam a sua conclusão:

Qf – 1f – 2f – 3f – Nf

Qg – 1g – 2g – 3g – Ng

Assim, quando a razão em **1f** descreve o preceito do artigo 410.º, n.º 2 do código de processo penal, estamos perante um fundamento normativo, aspeto que surge reforçado em **2f** e **3f**. Já os enunciados previstos na segunda linha de argumentação representam, de igual modo, a lógica dedutiva formal. Tratam-se, neste ponto, de argumentos de natureza simples representado através de uma argumentação formalista. Veja-se a passagem entre **Qj** e **Nj**. O tribunal faz uso do III Plano Nacional de Combate à Violência Doméstica para determinar uma definição e âmbito do conceito de violência. Ao longo das inferências fixadas desde **1j** até **5j** percebe-se o valor que o decisor pretende conferir aos depoimentos das testemunhas asseverando que, apesar da violência doméstica ocorrer no seio do espaço doméstico e, por isso, escaparem ao conhecimento público, nem sempre o/a ofendido/a diz a verdade e o/a acusado/a declara mentiras. Em suma, a inferência lógica estabelece uma dedução *a contrario sensu*, pois, afirma a pertinência da regulação normativa quanto à violência perpetrada contra a mulher para logo afirmar que a vítima nem sempre poderá dizer a verdade e, portanto, há que recorrer aos depoimentos das testemunhas. Este aspeto acaba por sair reforçado no elenco dos enunciados pronunciados entre **1k** e **3k** de onde salientamos o uso dos termos “arbitrariedade” e “experiência” num discurso que apela à questão da

valorização da prova através daqueles elementos. Estamos, portanto, um elemento material da argumentação.

Encontramos presente um juízo valorativo nas razões vertidas em **QM – 1m – 2m – Nm**. O tribunal recorre ao conceito de intensidade para determinar a gravidade da conduta do agressor concluindo que a situação não tem enquadramento no tipo de violência doméstica e convolvendo-o num crime contra a integridade física simples.

Podemos dizer que, no plano da argumentação material o caso concreto assenta em três pontos fulcrais: (i) a análise factual que permite concluir que os sujeitos tiveram uma relação de intimidade e que um deles agrediu, num só momento, o outro; (ii) a indicação de preceitos normativos que conduzem à elaboração de argumentos e razões de tipo processual para justificar o não provimento da pretensão de impugnar a matéria de facto; (iii) a valoração de depoimentos do agressor e da vítima, bem como de outros testemunhos para validar a correta apreciação do *tribunal a quo* introduzindo, neste ponto, considerações sobre o conceito de intensidade da conduta.

Quanto ao elenco material contido em (i) parece-nos que o decisor estabelece um critério material adequado, pois, as premissas formuladas permitem concluir que existiu uma relação de intimidade, entre agressor e vítima, que coabitavam em condições análogas às dos cônjuges. Esta inferência permitirá fazer novas deduções para o enquadramento da conduta no tipo legal do artigo 152.º, do código penal. Já as questões materiais vertidas no ponto (ii) são de natureza processual. Nelas o julgador limita-se a designar a ausência da indicação dos pontos concretos dos factos que o artigo 412º, n.º 2 e 3²⁶, do código de processo penal, demandam para que o Tribunal de recurso possa discorrer sobre a impugnação requerida. Neste aspeto, não vai mais além por estar perante uma regra de natureza obrigatória cuja estatuição não permite outra decisão que não seja a de não dar provimento à impugnação requerida. É no ponto três que nos permitimos criticar a formulação das premissas materiais que levam ao esvaziamento do crime de violência doméstica. No caso em apreço o julgador afasta a conduta praticada pelo agressor do crime de violência doméstica para a adequar ao crime de ofensa à integridade física simples. A questão que colocamos é: serão as razões elencadas as mais apropriadas para sustentar a sua decisão? Parece-nos que não. O decisor tece um conjunto de apreciações sobre a valoração dos depoimentos cruzados do agressor, da vítima e de outras testemunhas onde evidencia que o crime de violência

doméstica tem lugar, sobretudo, no espaço doméstico. Sendo este um espaço reservado dos olhares públicos, o Tribunal deve ter em especial atenção os testemunhos dos sujeitos, prestados em sede de julgamento, formando a sua convicção através do cruzamento dos depoimentos e da convicção que forma sob o critério da experiência comum e da razão lógica. Este critério, a ser materialmente adequado, teria que ter em consideração o flagelo que a violência doméstica revelou ser desde há décadas e, nesta medida, a lógica racional levaria à conclusão inversa, ou seja, a do enquadramento da conduta do agressor na violência doméstica. É que não deixa de ser paradoxal que a prova rainha dos casos de violência doméstica sejam as testemunhas que prestam declarações em julgamento e perante o reconhecimento do agressor do cometimento da conduta, nas condições factuais apuradas e provadas, o Tribunal conclua pelo esvaziamento da norma da violência doméstica. Neste ponto o Tribunal fá-lo com recurso a dois expedientes de interpretação material: um que invoca a relação de especialidade que a norma da violência doméstica tem com o crime de maus tratos – e outros – e a outra tecendo considerações sobre a intensidade dos maus tratos como um conceito passível de causar danos à dignidade da pessoa humana. Esta tendência levanta-nos algumas reflexões que julgamos pertinentes para estabelecer a inadequação de parte da argumentação material apresentada. Já vimos que a violência doméstica apresenta uma especificidade em relação a outras normas com as quais poderá ocorrer o concurso de crimes. Nestas situações pensamos que deve prevalecer a norma básica e elementar de que perante a regra especial deve ocorrer a derrogação da regra geral. Acolhido este entendimento haveria que avaliar se a conduta integra o conceito de maus-tratos que se encontra previsto na norma do artigo 152.º, da violência doméstica. A decisão apresenta como razão argumentativa que os maus-tratos podem afetar a saúde física e psíquica, sendo este o bem jurídico que aquela norma pretende proteger e que, tratando-se de um crime material, está afetada a dignidade da pessoa humana – princípio consagrado no âmbito constitucional. O julgador introduz o critério de intensidade para decidir sobre a inexistência de maus-tratos, entendendo que o facto de o agressor disferir um murro na vítima enquanto esta tinha o filho de nove meses ao colo, não constitui um ato de tal modo grave que afete a dignidade da mesma. A argumentação material em apreço exigia uma reflexão mais cuidada. De facto, o argumento da intensidade da conduta não esclarece sobre o que deve ser considerada

uma conduta agressora mais ou menos intensa. Limita-se a invocar que o desvalor da ação e o resultado do ato praticado não são suficientes para a incriminação por violência doméstica apesar do murro e dos insultos.

O critério da intensidade é um argumento de natureza subjetiva. Não assenta num enunciado normativo, uma vez, que não se encontra expresso em qualquer norma jurídica. Por outro lado, não se vislumbra qualquer razão material que delimite qual o conteúdo do princípio da dignidade humana, tantas vezes referenciado como elemento integrante do bem jurídico protegido pelo tipo legal da violência doméstica. A doutrina defende que o bem jurídico protegido pelo artigo 152.º, do código penal é complexo, uma vez que se pretende proteger a saúde física e psíquica da vítima. Por outro lado, o mesmo normativo encontra-se numa relação de subsidiariedade com outros elencos normativos simples ou qualificados – o caso da ofensa à integridade física e dos maus-tratos. Segundo Albuquerque (2009, p. 446-447) há uma relação de especialidade entre a norma do artigo 152.º e as normas dos artigos 143.º e 145.º. Dias (2007, p. 994 e ss.). Esta relação de especialidade tem lugar quando a lei especial integra os elementos da lei geral. A especialidade acrescenta um elemento adicional em relação à ilicitude e à culpa. Assim, quando se verifica o aparente preenchimento de dois normativos, qual deles deve prevalecer? A solução óbvia é a da regra elementar de que a norma especial derroga a norma geral.

Na realidade, a jurisprudência utiliza, de forma recorrente, a lesão da saúde física e psíquica para sustentar a lesão do princípio constitucional da dignidade humana. Não nos parece, portanto, plausível que a intensidade do mau-trato, como argumento subjetivo que é assente em critérios valorativos da ação e do resultado, quando a argumentação não faz uma ponderação com os princípios ínsitos na Constituição. Tal asserção crítica permite-nos concluir que apesar de a argumentação, do tipo formal, ser aceitável, o mesmo não se pode afirmar relativamente à argumentação de tipo material. O argumento material da intensidade potencia o esvaziamento do crime da violência doméstica (especialmente nos casos em que as condutas não são reiteradas) de uma forma desadequada uma vez que, do ponto de vista argumentativo, não existem elementos suficientes para se considerar o peso da intensidade do mau trato em confronto com o dano causado na dignidade humana da pessoa. É que a análise de questões de tipo normativo acaba por deixar de fora da linha de argumentação “a maior

parte de argumentações que se produzem fora dos tribunais superiores” (Atienza, 2014, p.204), em concreto, as que se desenvolvem no âmbito da argumentação científica e da argumentação da vida quotidiana (Atienza, 2014, p. 205).

Caso 3

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 2 de outubro de 2013 (Processo n.º 32/13.9GBLSA.C1)

i) Narração sumária do caso

O arguido **A** foi condenado, em 1ª instância pela prática, em autoria material, de um crime de violência doméstica, p. e p. pelo artigo 152.º, n.º 1, alínea b) e c) e n.º 2, do código penal, na pena de 27 meses de prisão, suspensa na sua execução. O caso envolve o arguido **A** que agrediu a sua companheira, na presença de um filho menor da mulher, agarrando-lhe os pulsos, puxando-lhe os cabelos, empurrando-a contra a parede e apertando-lhe o pescoço. No decurso das agressões o arguido **A** agrediu, também, o menor, filho da ofendida, com um soco. O mesmo arguido, no âmbito de outro processo, já havia sido condenado pela prática de um crime de maus tratos a cônjuge na pena de 3 anos de prisão suspensa. Inconformado com a decisão, o arguido decide recorrer colocando-se o problema, ao tribunal superior, da impugnação da matéria de facto que levaria à condenação do mesmo por um crime de ofensa à integridade física.

(iv) A linha de argumentação jurídica

Pa: O recorrente impugna a decisão proferida sobre matéria de facto entendendo que os pontos 3 a 7 da sentença recorrida não deveriam ser considerados como provados o que levaria à absolvição do crime de violência doméstica por que foi condenado.

Qb: Os factos provados compreendidos entre os pontos 3 e 7 da sentença recorrida são susceptíveis de impugnação?

1b: Das declarações do arguido apenas se pode extrair a existência de uma discussão na sequência da qual a ofendida empurrou o arguido ao qual este ripostou.

2b: Os agentes da GNR que se deslocaram à residência confirmaram a existência de lesões no corpo do arguido e não na ofendida e a versão do arguido, ao contrário do que considerou o tribunal *a quo* foi sólida, segura, precisa e consistente.

3b: A ofendida não prestou declarações.

4b: A testemunha **C** nada presenciou e declarou que foi acordada com o toque da campainha.

Ab: Ao decidir como decidiu sem o necessário suporte probatório violou o tribunal recorrido os princípios da presunção de inocência e *in dubio pro reo*.

Qc: O tribunal a quo descreveu corretamente os factos provados que agora se pretendem impugnar?

1c: Ao abrigo do artigo 144.º, alínea c), do código de processo penal, a ofendida não prestou declarações.

2c: A queixa constitui prova documental não podendo comprovar que o seu teor corresponde à verdade.

3c: A perícia faz prova sobre as lesões verificadas, mas já não do que a ofendida haja declarado sobre a causa das lesões.

Nc: O tribunal *a quo* não podia apoiar-se nestes elementos para concretizar o tipo de evento agressivo ocorrido.

Qd: A prova oral é suficiente para sustentar os factos considerados provados?

1d: O arguido aludiu à existência de uma discussão motivadas por ter questionado a ofendida sobre o teor de uma mensagem que havia recebido e que a certa altura aquela o empurrou e ele fez o mesmo, resultando vários empurrões mútuos.

2d: As lesões verificadas quer no arguido quer na ofendida são compatíveis com esta versão.

3d: A testemunha **C** declarou que foi acordada com o tocar da campainha da porta da sua casa e que, quando abriu a porta, viu a ofendida. Esta estava nervosa e tremia. Que lhe perguntou se queria que chamasse a GNR e pelo aceno da ofendida percebeu que não. Que nessa noite apenas ouviu o menino a gritar e em outras ocasiões ouviu discutimentos.

4d: Estes eventos eram susceptíveis de causar o estado emocional observado pela testemunha nada mais se podendo extrair. Aliás, a suspeita de infidelidade seria capaz de provocar em alguém mais sensível o estado de nervosismo observado, sendo certo que a ofendida acabou por não pretender o auxílio da vizinha que se propôs chamar a GNR.

5d: Dos depoimentos da GNR, chamados pela ofendida, que se deslocaram à sua residência nada se pode inferir sobre o ocorrido tendo aqueles anotado queixas de

ambos e verificado que o arguido tinha uma mão ferida enquanto na ofendida não observaram qualquer lesão.

Nd: A convicção alcançada pelo tribunal *a quo* não tem suporte na prova produzida em audiência.

Qe: Os factos constantes do ponto 3 a 7 dos factos provados devem ser impugnados a partir das provas apresentadas?

1e: A única prova produzida sobre a ocorrência consiste nas próprias declarações do arguido e essas apenas permitem considerar provada a existência de empurrões recíprocos.

Ae: A factualidade que deve ser considerada provada é aquela que foi confessada pelo arguido devendo considerar-se a alteração da matéria de facto.

Qf: Tendo em conta a nova matéria de facto verificam-se os pressupostos de condenação do arguido pelo crime de violência doméstica ou é apenas susceptível de se integrar a sua conduta na prática de um crime de ofensa à integridade física, previsto no artigo 143º, do Código penal?

1f: O bem jurídico protegido nos tipos legais de crime de violência doméstica e de maus-tratos (artigos 152.º e 152.º - A, do código penal) reside na dignidade da pessoa humana, incluindo-se todos os comportamentos que lesam essa dignidade.

2f: Na esteira da posição defendida por Taipa de Carvalho, esta norma visa a proteção da saúde, enquanto bem jurídico complexo, que abrange a saúde física, psíquica e mental.

3f: Trata-se de crimes específicos, na medida em que exigem que o agente se encontre numa determinada relação para com o sujeito passivo dos comportamentos.

4f: As condutas previstas abrangem os maus-tratos físicos, identificados com as ofensas à integridade física, os maus-tratos psíquicos, como humilhações, provocações, molestações, ameaças, o tratamento cruel ou desumano, a utilização do subordinado em atividades perigosas, desumanas ou proibidas, a sobrecarga de trabalhos ou o não cumprimento de regras de segurança no trabalho.

5f: A verificação dos crimes de violência doméstica e de maus-tratos não exige reiteração de condutas, sendo suficiente a ocorrência de “um único acto ofensivo de tal intensidade, ao nível do desvalor da acção e do resultado, que seja apto e bastante a lesar o bem jurídico protegido – mediante ofensa da saúde psíquica, emocional ou

moral, de modo incompatível com a dignidade da pessoa humana.” – acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 28 de abril de 2010 em www.dgsi.pt.

6f: A degradação de relações desta natureza impõe a exigência de um maior grau de consideração/respeito pelo outro, por força de uma maior proximidade e muitas vezes impossibilidade de um afastamento total e efetivo, é um dos fatores que justifica a criação de um tipo específico de crime que se distingue dos tipos comuns. O que significa que eventuais injúrias, ofensas à integridade física, ameaças, coacções são já consideradas pela lei como mais graves se ocorridas dentro desse tipo de relacionamentos, mais lesivas da condição humana que se quer revestida de dignidade.

7f: Esta consideração, apenas, excepcionalmente permite que assim se não conclua, quando tal ocorra em situações muito incidentais e que manifestamente demonstrem que a dignidade da vítima foi afectada em grau que não justifica a penalização.

Nf: No caso embora se trate de uma ofensa à integridade física ocorrida no âmbito de um relacionamento análogo ao dos cônjuges e determinada por força desse relacionamento, não resulta, até por força das lesões verificadas que se tratou de uma agressão física intensa que tenha ofendido significativamente a dignidade da vítima. A conduta do arguido apenas é susceptível de integrar a prática de um crime de ofensa à integridade física simples p. e p. pelo artigo 143º, n.º 1, do Código penal, com pena de prisão até três anos ou de multa até 360 dias.

Qg: Que medida da pena deve ser aplicada ao arguido?

1g: As finalidades da punição consignadas no artigo 40.º, do código penal, são a travessa que determina o doseamento da pena.

2g. Figueiredo Dias declara que “a pena concreta é limitada ao seu máximo inultrapassável pela medida da culpa; dentro desse limite máximo ela é determinada no interior de uma moldura de prevenção geral de integração, cujo limite superior é oferecido pelo ponto óptimo de tutela dos bens jurídicos e cujo limite inferior é constituído pelas exigências mínimas de defesa do ordenamento jurídico;”

3g: O artigo 71.º, n.º 1, do código penal, preceitua que a determinação concreta é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção e o n.º 2, do mesmo artigo, determina que o tribunal atenda a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuseram a favor ou contra o agente.

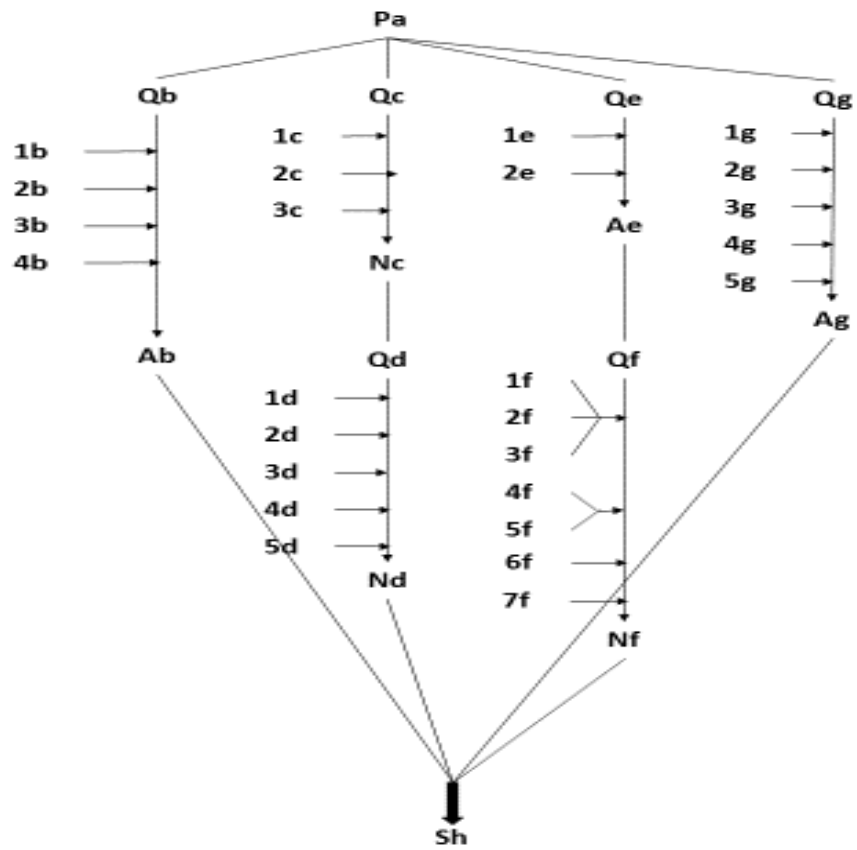
4g: Ao nível da ilicitude deparamo-nos com um desvalor de acção não acentuado posto que, pese embora a qualidade da vítima, ocorreu provocação, o desvalor do resultado igualmente não acentuado atentas as lesões produzidas. O dolo direto não se afigura particularmente intenso também por força da provocação.

5g: Acresce ponderar a relevante contribuição do arguido para a descoberta da verdade, a sua situação pessoal que revela integração.

Ag: Não obstante o arguido já registar uma condenação por crime de violência doméstica, as circunstâncias de menor gravidade dos factos em apreço justificam que se conclua sem reservas pela adequação e suficiência da pena de multa. Entende-se como ajustada e proporcional a pena de 80 dias de multa que, considerada a situação económica do arguido deve ser taxada a 5 euros diários.

Sh: Acordam em conceder provimento ao recurso interposto pelo arguido **A**, alterar a matéria de facto da decisão recorrida e revogá-la na parte em que condenou o arguido pela autoria de um crime de violência doméstica, condenando-o pela autoria de um crime de ofensa à integridade física, p. e p., pelo artigo 143º, n.º 1, do Código penal, na pena de 80 dias de multa à taxa diária de 5 euros, no montante de 400 euros.

ii) Esquema da linha de argumentação



TRC - Processo n.º 32/13.9GBLSA.C1

(iv) Análise dos argumentos e razões justificativas

As linhas argumentativas da presente decisão revelam, essencialmente uma justificação de natureza formal (lógica dedutiva). Uma vez que o problema principal consiste na impugnação da prova de facto, o decisor concentra-se em estabelecer um encadeamento de argumentos com a finalidade de demonstrar que se justifica tal decisão. Este resultado conduz à sentença final de revogar o que havia ficado decidido na 1ª instância, onde o arguido saiu condenado pelo crime de violência doméstica. Vejamos, de forma mais detalhada, aspetos da lógica formal dedutiva.

As premissas formuladas, desde o seu início, demonstram a intenção de justificar a inevitabilidade de impugnar a prova dos factos. A questão formulada em **Qb** serve de fio condutor para o raciocínio seguinte em **Qc**, **Qd** e **Qe**. Por esta via, o tribunal consegue justificar a alteração dos factos provados o que o conduz ao próximo ato argumentativo. Em **Qf** e **Qg**, a decisão mostra a forma como a conduta do arguido não cabe na previsão do artigo 152.º, do código penal, devendo considerar-se como uma ofensa à integridade física simples, de acordo com o artigo 143.º, n.º 1 do mesmo diploma.

Analisemos, agora, a representação da argumentação através do aspeto material. A decisão usa enunciados empíricos nas várias linhas argumentativas. Veja-se, por exemplo, a forma como valoriza o depoimento do arguido entre **1b - 4b** e **1c - 3c**. No mesmo conjunto de razões também é possível de constatar uma desvalorização do depoimento da ofendida (na fase da apresentação da queixa) e do relatório pericial que, aponta, descreve as lesões, mas não a causa das mesmas. O mesmo raciocínio empírico é retirado das razões circunscritas entre **1f - 5d** e **1e**. Encontram-se presentes enunciados do tipo normativo em **1f**, **1g** e **2g**, sendo utilizados, também, do género doutrinal e jurisprudencial (**2f - 3f - 4f - 5f**). De notar que este tipo de enunciados acaba por ter um peso considerável na proposição que o tribunal elabora quanto à impugnação da prova de facto e, em simultâneo, sustentam razões de natureza valorativa. Quando, por exemplo, se considera que a agressão ocorrida não revestiu uma natureza, particularmente, intensa e que o agressor contribuiu para a descoberta da verdade. Esta decisão é demonstrativa de como a argumentação lógica formal pode estar bem construída, no entanto, alguns pontos dos argumentos materiais revelam, quanto a nós, a necessidade de correções. O tribunal discorre sobre a agressão física não ter sido

intensa. Este critério é utilizado, nesta decisão, para esvaziar a previsão do crime previsto no artigo 152.º, do código penal, fazendo cair a conduta noutra tipo, o da agressão contra a integridade física, previsto no artigo 143.º, do mesmo diploma. O grau de intensidade parece resultar dos danos físicos provocados quando o tribunal declara que “(...) não resulta, até por força das lesões verificadas, que se tratou de uma agressão física intensa que tenha ofendido significativamente a dignidade da vítima (...). Ou seja, o que o argumento nos diz é que para haver violência doméstica é necessário que a vítima sofra mais danos físicos do que aqueles que sofreu. Estabelece-se um critério relativamente aos danos físicos infligidos, mas não se descortina qualquer valoração relativamente a danos psíquicos (*in casu* nem sequer são ponderados).

Outro apontamento que entendemos suscetível de crítica diz respeito ao estereótipo apresentado na valoração judicial quando afirma “Ao nível da ilicitude deparamo-nos com um desvalor de acção não acentuado posto que, pese embora a qualidade da vítima, ocorreu provocação, o desvalor do resultado igualmente não acentuado atentas as lesões produzidas. O dolo direto não se afigura particularmente intenso também por força da provocação”. Por outras palavras, o que o tribunal diz aos destinatários é que a vítima foi provocadora, logo, a ilicitude da conduta do agressor não é muito ilícita. Nesta senda é usado o argumento para fixar a medida da pena. Para o tribunal tem mais peso a justificação normativa do que a reincidência do arguido (já havia sido condenado, em processo anterior, pelo crime de violência doméstica). Assim, o dispositivo do artigo 40.º, do código penal manda no seu n.º 1 “A aplicação de penas e de medidas de segurança visa a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade.” E no seu n.º 2, “Em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa.” A pena revogada do crime de violência doméstica importava em 27 meses de pena suspensa, sendo que com a nova condenação, o arguido passou a condenado numa pena de 80 dias de multa num total de €400 euros. Quando o tribunal opta por dar maior peso ao aspeto normativo do que a outros factos materiais (a reincidência na prática da violência doméstica) o resultado é o esvaziamento do tipo penal do artigo 152.º neste caso, a técnica não é nova. Já a havíamos analisado no **Caso 2**.

Caso 4

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 24 de abril de 2012 (Processo n.º 632/10.9PBVAR.C1)

(i) Narração sumária do caso

O arguido **A** foi acusado, pelo Ministério Público, da prática material de um crime de violência doméstica previsto e punido pelo artigo 152.º, n.º 1, alínea b), do código penal. O arguido vem acusado da prática de um crime de detenção de arma proibida, contudo, tendo em conta a linha de investigação interessa-nos considerar as linhas de argumentação referentes ao crime de violência doméstica.

O arguido **A** manteve uma relação de namoro com a ofendida **B** durante 5 meses e, uma vez terminada a relação, passou a persegui-la junto ao seu local de trabalho e outros espaços públicos, proferindo ameaças, insultos chegando à agressão física e utilizando, através de sms, expressões intimidatórias contra a integridade física de B. O arguido **A** foi absolvido, pelo Tribunal de 1ª instância, da prática de um crime de violência doméstica tendo sido, ao invés, condenado como autor material de um crime de ameaça agravada, previsto e punido pelos artigos 153.º, n.º 1 e 155.º, n.º 1, alínea a), do código penal numa pena de 110 dias de multa. O Ministério Público, inconformado com a decisão, interpôs recurso invocando que a sentença recorrida violou, grosseiramente, o disposto no artigo 152.º do código penal, porquanto, desde a entrada em vigor da Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, a relação de namoro é subsumível ao disposto naquele mesmo artigo, em particular a alínea b), quando da agressão resulta claro o elemento caracterizador da violência doméstica, isto é, o abuso do poder de facto emergente de uma relação afectiva entre a vítima e o agressor. O problema colocado, no recurso interposto pelo Ministério Público, incide sobre a questão de subsumir a conduta do arguido à previsão do artigo 152.º do código penal, mais especificamente, ao que se encontra estipulado no seu n.º 1, alínea b) revogando a condenação por crime de ameaça agravada. Tendo ficado provado os factos de injúrias, ameaças e agressões físicas, proferidos e praticados pelo arguido **A** contra a ofendida **B**, após o termo da sua relação de namoro, é pedido ao Tribunal da Relação uma requalificação da incriminação no âmbito da violência doméstica atendendo à sua *ratio* extensiva que pretende abarcar novas e diferentes formas de relacionamento afectivo/íntimo entre duas pessoas.

(ii) A linha de argumentação jurídica

Pa: Após o termo de uma relação de namoro, a prática de injúrias, ameaças e agressões físicas constituem condutas subsumíveis ao tipo de crime previsto no artigo 152.º, n.º 1, alínea b), do Código penal?

Ab: O crime de violência doméstica, previsto e punido pelo artigo 152.º, n.º 1, alínea b), do código penal, estatui o seguinte: “1- Quem de modo reiterado ou não, infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações de liberdade e ofensas sexuais: (...) b) A pessoa do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação; (...)” é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.”

Ac: O crime de maus-tratos, do artigo 152.º, n.ºs 1 e 2, do código penal, na versão de 1995, punia com pena de prisão de 1 a 5 anos “quem infligir ao cônjuge, ou a quem com ele conviver em condições análogas às dos cônjuges, maus tratos físicos ou psíquicos”.

Ad: O Professor Taipa de Carvalho, em anotação ao crime de maus-tratos, a ratio do artigo 152.º, do código penal não está “na protecção da comunidade familiar, conjugal, educacional ou laboral, mas sim na protecção da pessoa individual e da sua dignidade humana”. O âmbito punitivo compreende “os maus-tratos psíquicos (p. ex., humilhações, provocações, ameaças, curtas privações de liberdade de movimentos, etc.), concluindo que “o bem jurídico protegido por este tipo de crime é a saúde – bem jurídico complexo que abrange a saúde física, psíquica e mental”.

Ae: Para o Professor Augusto Silva Dias, os bens jurídicos protegidos pelo tipo incriminador do artigo 152.º, na mesma redacção, são a integridade corporal, saúde física e psíquica e dignidade da pessoa humana em contextos de subordinação existencial, coabitação conjugal ou análoga, estreita relação de vida e relação laboral.

Af: Também a jurisprudência, no acórdão do STJ, de 30-10-2003, se pronunciava no sentido de que “o bem jurídico protegido pela incriminação é, em geral, o da dignidade humana e, em particular, o da saúde, que abrange o bem-estar físico, psíquico e mental, podendo este bem jurídico ser lesado, no âmbito que agora considerar, por qualquer espécie de comportamento que afecte a dignidade pessoal do cônjuge e, nessa medida, seja susceptível de pôr em causa o suprarreferido bem estar”.

Ag: Defendia a Dra. Catarina Sá Gomes que a convivência análoga à dos cônjuges se verificava desde que o relacionamento fosse estável, com comunhão de cama e

habitação, ficando excluídas as relações momentâneas, fortuitas, ainda que vividas intensamente.

Qh: Depois de 2007 qual o bem jurídico que o artigo 152.º, n.º 1, alínea b), do Código penal pretende proteger?

1h: A autonomização do crime de violência doméstica passou a ser reconhecida desde a Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro em homenagem à variação social do bem jurídico protegido.

2h: O bem jurídico protegido implica que a norma incriminadora preveja condutas efectivamente maltratantes, ou seja, que coloquem em causa a dignidade da pessoa humana conduzindo à sua degradação e maus-tratos.

Ah: O bem jurídico protegido é plural e complexo, abrangendo a integridade corporal, saúde física e psíquica e a dignidade da pessoa humana em contexto de relação conjugal ou análoga mesmo após cessar essa relação.

Qi: As relações de namoro têm uma natureza análoga às relações entre cônjuges?

1i: Para o preenchimento do tipo de crime previsto na alínea b), do n.º 1, do artigo 152.º do código penal não é necessária a coabitação.

2i: A natureza análoga às relações entre cônjuges exige que nas relações de namoro se verifique uma proximidade existencial afectiva e efectiva.

3i: Os meros namoros passageiros, ocasionais, fortuitos, flirts ou relações de amizade não estão a coberto pelo âmbito incriminador do artigo 152.º, n.1, alínea b), do Código penal.

Ai: Não sendo exigível a coabitação entre namorados, as relações de namoro têm uma natureza análoga às relações entre cônjuges quando se verifica o carácter, mais ou menos estável do relacionamento amoroso.

Qj: Como é que se afere o carácter mais ou menos estável de uma relação afectiva?

1j: No inquérito e no julgamento deverão ser suficientemente indiciados os factos acusatórios e provados, em julgamento, situações concretas que expressam um vínculo ao longo da relação.

2j: A estabilidade relacional dos afectos e sentimentos e o projecto de vida em comum, que caracterizam a conjugalidade, hão-de revelar-se mesmo que em menor grau, no laço efectivo mantido entre o agressor e a vítima.

Aj: Na ausência de coabitação exige-se algum detalhe fáctico que possa comprovar a existência de uma relação afectiva, estável, análoga à dos cônjuges.

Qk: Durante os meses em que durou o relacionamento verificou-se um vínculo de estabilidade afectiva análoga à dos cônjuges?

1k: A quase conjugalidade, mesmo que sem coabitação, exigida pela alínea b), n.º 1, do artigo 152.º do código penal não se mostra descrita na acusação do Ministério Público e, consequentemente, não se encontra na factualidade provada.

2k: Na fase de julgamento o julgador detectou a ausência dos factos probatórios o que o levou a uma alteração da qualificação jurídica dos factos para a ameaça agravada prevista e punida pelo artigo 153.º, n.º 1 e 155.º, n.º 1, alínea a), do código penal.

3k: As declarações da ofendida B que atestaram que durante o namoro não partilharam cama nem habitação tendo apenas partilhado algumas despesas de refeições afasta a qualificação do relacionamento amoroso da categoria de relação análoga à dos cônjuges.

Ak: Durante os breves meses que durou o namoro a factualidade provada não permite concluir que os mesmos mantinham uma relação estável análoga à dos cônjuges.

Ql: Dos factos provados pode aferir-se que o arguido A pretendia retomar a relação afectiva com a ofendida B?

1l: Não se conformando com o termo da relação os factos provados demonstram que as injúrias, ameaças e agressões perpetrados pelo arguido **A** foram uma forma de vingança após o termo da relação.

2l: Da conduta do arguido A e dos factos provados não resulta um poder de facto sobre a ofendida, resultante de uma qualquer situação de dependência emocional da mesma.

Al: Não ficou provado que o arguido A pretendesse reatar o relacionamento com a ofendida B.

Sm: Na situação descrita como de namoro e após o seu termo resulta que a ofendida não integra o círculo de vítimas de violência doméstica a que alude a alínea b), do n.º 1, do artigo 152.º do código penal, isto é, de pessoa de outro sexo com quem o agente tenha mantido uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação.

(iv) Análise de argumentos e razões justificativas

A decisão do tribunal faz referência à metodologia que vai utilizar durante a justificação da sentença. Refere que a sua convicção é formada a partir dos factos provados em conjugação com as regras de experiência comum e da lógica. Para tanto começa por estabelecer um conjunto de proposições (**Ab, Ac, Ad, Ae, Af e Ag**), a partir das quais formula as premissas que permitem justificar a sua posição quanto ao fim das relações de namoro.

Em relação à argumentação formal é possível identificar a lógica dedutiva nos passos fixados a partir da enunciação das proposições **Ab, Ac, Ad, Ae, Af e Ag**. É óbvia a formulação dedutiva das questões que se seguem, nomeadamente, a preocupação em relatar a anatomia do bem jurídico protegido pela norma do artigo 152.º, do código penal. Este encadeamento dedutivo formal encontra-se espelhado, precisamente, entre **Qh e Ql**.

A avaliação da argumentação material exige algumas precisões. Começamos pela seguinte consideração: Atienza (2009) alerta que ao tentarmos representar todos os elementos da argumentação judicial podemos identificar linhas de argumentação que não se dirigem, propriamente, à solução do problema, uma vez que uma grande parte dos enunciados refere-se a matérias jurisprudenciais e teóricas. É o que revela a presente decisão quando inicia a sua justificação com um elenco de posições doutrinárias e jurisprudenciais, anteriores à alteração ocorrida em 2007 que veio a cominar com a introdução do tipo penal de violência doméstica.

Das considerações materiais é possível identificar os seguintes pontos de justificação: (i) concretização do bem jurídico protegido pela norma penal do artigo 152.º, do código penal; (ii) esvaziamento material do tipo através do peso dos factos provados e de juízos valorativos. No que concerne a (i) são utilizados enunciados de natureza normativa. Repare-se em **1h, 1i, 2i, 3i e 1k** onde se aponta a previsão do artigo 152.º quanto às relações de namoro para daí tirar ilações sobre o que são (ou devem ser) as ditas relações. O tribunal conclui que a disposição normativa pretende abranger relações que revelem alguma estabilidade que possa ser considerada análoga à dos cônjuges. Neste ponto pensamos que existe uma interpretação material deficiente daquele preceito normativo. As relações de namoro estão contempladas no artigo 152.º, no seu n.º 1, alínea b) quando se estipula que os maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos

corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais podem ser infligidos “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.” O decisor menciona que a “quase conjugalidade” não foi apontada na acusação e não consta dos factos provados, daí não se pode considerar que, no caso concreto, a relação seja de namoro. Ora, esta dedução de natureza empírica (ausência de factos que provam o namoro) e normativa (só pode ter lugar a justificação em relação aos factos provados) não pode ser retirada da letra da lei. O escopo normativo determina (quanto a nós de forma clara) “com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro” daqui se retirando que o legislador pretendeu abranger relações afetivas íntimas que, ainda sem coabitação, podem ser palco de manifestações de poder e subordinação. Estas relações são (embora possam ser comparáveis) diferentes daquelas que a norma indica como “relações análogas à dos cônjuges” aqui caindo situações como as uniões de facto. Note-se o uso da conjunção alternativa “ou” que liga as várias orações: ou é uma relação de namoro com quem o agente mantém ou manteve uma relação de namoro ou é uma relação análoga à dos cônjuges com quem o agente mantém ou manteve uma relação afetiva. O que nos parece *in casu* é que não existem dúvidas que o arguido **A** e a ofendida **B** mantiveram uma relação de namoro. Isto mesmo resulta dos factos provados da decisão que, de resto, não mereceu, por parte do tribunal, relevância factual para demonstrar a existência daquela relação até 19/03/2010. Tirada esta ilação podemos concluir que a conduta do arguido **A** podia (devia) ser subsumida ao tipo penal do artigo 152.º, n.º 1, alínea b).

Em relação ao ponto (ii) o julgador tratou de encontrar argumentos para justificar o esvaziamento do crime de violência doméstica. A técnica encontrada formulou juízos de valor e razões empíricas com essa finalidade (**3k**, **1l** e **2l**). No entendimento do tribunal, para ser considerado uma relação de namoro havia que ter ficado provado a existência de uma relação estável análoga à dos cônjuges o que não foi possível verificar nos “breves” meses que aquela durou. Em primeiro lugar a valoração do termo “breves” parece deixar subjacente que a “brevidade” de um relacionamento não permite considerá-lo como de namoro. Situações existem em que as pessoas iniciam um relacionamento e passado pouco tempo logo decidem casar ou viver em união de facto. Em segundo lugar, é este raciocínio, assente ainda numa alegada não “conjugalidade”

da relação, que esvazia o preenchimento da conduta no crime de violência doméstica. Esta determinação tem implicações relevantes em vários domínios: a esfera da vítima, a esfera do agressor e, finalmente, a esfera da comunidade. Quanto à vítima, além das ameaças e injúrias, ficou provado a factos 5 e 6 que a mesma foi agredida fisicamente. Esta factualidade não foi considerada na argumentação. É que a primeira instância havia deixado cair a acusação de violência doméstica, entendendo que o arguido devia antes ser acusado por injúrias, ameaças e ofensa à integridade física. Ora, quanto a estes crimes verificou-se que a ofendida desistiu da queixa, o que veio a determinar o arquivamento do procedimento criminal quanto a uma parte dos factos apurados. Este não é um efeito apenas displicente. É que na esfera do agressor, o esvaziamento do crime de violência doméstica determinou, na prática, que o mesmo tenha sido condenado, apenas, num crime de ameaça agravada, numa pena de 110 dias de multa. Ora, em sede de julgamento, pode concluir-se pelos factos provados que a ofendida foi, efetivamente, agredida. Ou seja, o facto de não se ter prosseguido com o procedimento criminal quanto à violência doméstica foi determinante para a impunidade do agressor. Pensamos que este é o efeito mais perverso que se faz sentir na esfera da comunidade. Não deixa de constituir uma enorme perplexidade que uma instância judicial considere que um agente que persegue, ameaça, dirige insultos à vítima e a agride em duas ocasiões, vai até ao local de trabalho, fura os pneus do carro, e envia mensagens de teor ameaçador, acabe condenado, apenas, por um crime de ameaça porque pretendia, apenas, vingar-se por causa do fim da relação. Neste enquadramento e com base na factualidade apurada é possível defender que o agente pretendia não só vingar-se, mas, também, exercer um poder de subjugação (que não tem necessariamente que implicar o reatamento da relação) com a finalidade de a humilhar e vexar, circunstâncias que, a final, permitiriam o enquadramento no crime de violência doméstica e, talvez, equacionar na argumentação uma condenação mais musculada.

Caso 5

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de Setembro de 2017 (Processo n.º 1230/14.3PJPT.P1)

i) Narração sumária do caso

No presente caso um arguido **A** passou a viver, numa relação análoga à dos cônjuges com a uma mulher que já tinha quatro filhos. Durante o ano de 2015 o arguido **A** agrediu a ofendida com socos e puxões de cabelos. Numa dessas situações o menor **C** saiu em defesa da mãe quando o arguido desferiu a este um soco na face. O arguido injuriava a ofendida com frequência de forma intimidatória. O arguido já havia sido condenado pela prática de crimes de roubo, condução sem habilitação legal, roubo na forma tentada, furto qualificado, roubo agravado, um crime de ameaças e um crime de ofensas, um crime de ofensas e um crime de injúria qualificado e dois crimes de roubo. Refere o Acórdão que o arguido usou do seu direito ao silêncio. A vítima dos crimes, que deu origem por participação, a todo o processado não pretendeu prestar declarações. O recorrente – o arguido – coloca em causa questões de vícios na decisão proferida bem como a valoração que é atribuída a prova e pugna pela nulidade da decisão.

ii) A linha de argumentação jurídica

Pa: O Tribunal de recurso deve avaliar se estão verificados os vícios que motivam a declaração de nulidade da sentença do acórdão recorrido, se as penas de condenação deverão ser reduzidas e suspensas na sua execução.

Qb: O Acórdão recorrido deverá ser corrigido ao abrigo do disposto no artigo 380.º, n.º1, alínea b), do código de Processo Penal?

1b: O nome do arguido foi corrigido no Tribunal de primeira instância.

2b: O relatório do acórdão recorrido, de onde consta que não foi apresentada contestação, deverá ser corrigido de modo a que dele passe a constar a indicação sumária das conclusões das contestações que apresentou, nos termos do artigo 374.º, n.º 1, alínea d), do Código de Processo Penal.

Ab: Deve ser corrigido o acórdão recorrido de modo a que dele conste a indicação sumária das conclusões da contestação junta a fls. 366, nos termos das disposições conjugadas dos mencionados preceitos legais.

Qc: O Acórdão recorrido padece de erro notório na apreciação da prova nos termos do artigo 410.º, n.º 2, alínea c), do Código do Processo Penal?

1c: As lesões indicadas no acórdão recorrido estão indicadas como consequência de agressão ocorrida no verão de 2015 mas correspondem de facto a lesões descritas no relatório pericial que reporta a data de 23 de março de 2015.

2c: O filho da vítima aludiu a uma agressão que terá ocorrido no verão desse ano mas com características diferentes das que são descritas no elenco dos factos provados constante do acórdão recorrido. O depoimento da testemunha serve para concluir que as agressões do arguido para com a vítima eram recorrentes.

3c: O Ministério Público na sua resposta refere que estamos perante um lapso que não invalida a conclusão do acórdão recorrido quanto à prática do crime de violência doméstica por que o arguido foi condenado.

Ac: Tal lapso deverá ser corrigido ao abrigo do disposto no artigo 380.º, n.º 1, alínea b), do Código de Processo Penal.

Qd: O Acórdão recorrido padece de nulidade nos termos dos artigos 120.º, n.º 1, alínea d) e 122.º, n.º 1, do Código de Processo Penal por ter valorado as declarações do arguido e recorrente, prestadas em inquérito e não lidas ou reproduzidas em audiência contra o disposto nos artigos 355.º e 357.º do mesmo Código?

1d: A motivação do acórdão recorrido é feita uma alusão a essas declarações, prestadas nos termos do artigo 144.º, desse Código. Não pode dizer-se que tais declarações tenham sido valoradas de modo a influir na decisão sobre a prova dos factos.

Nd: Não se verifica a invocada nulidade e deverá ser negado provimento ao recurso quanto a este aspeto.

Qe: A factualidade provada não integra a prática de um crime de violência doméstica, previsto e punido pelo artigo 152.º, n.º 1, alínea d) e n.º 2, do Código penal na pessoa do menor **C** mas um crime de ofensas à integridade física, prevista e punida pelo artigo 143.º, n.º 1, deste Código?

1e: De acordo com Plácido Conde Fernandes o bem jurídico protegido através da incriminação em apreço é “a saúde enquanto manifestação da dignidade da pessoa humana e da garantia da integridade pessoal contra os tratos cruéis, degradantes ou desumanos, num bem jurídico complexo que abrange a tutela da sua saúde física, psíquica, emocional e moral.

2e: Para que uma conduta integre o crime em questão exige-se “uma intensidade do desvalor da ação e do resultado, que seja apta e bastante a molestar o bem jurídico

protegido – mediante ofensa da saúde física, psíquica, emocional ou moral, de modo incompatível com a dignidade da pessoa humana.

3e: Para André Lamas Leite “o fundamento último das acções abrangidas pelo tipo reconduz-se ao asseguramento das condições de livre desenvolvimento da personalidade de um indivíduo no âmbito de uma relação interpessoal próxima, de tipo familiar ou análogo”.

4e: Embora estejamos perante um ato isolado e que não envolve uma acentuada violência física, não podemos deixar de considerar a tenra idade do menor e, sobretudo, o relevante trauma psíquico que resulta do contexto em que ocorre a agressão.

Ae: Pode afirmar-se que a factualidade provada na douda sentença configura a prática de maus tratos físicos e psíquicos e, portanto, um crime de violência doméstica, previsto e punido pelo artigo 152.º, n.º 1, alínea d) e n.º 2, do Código penal.

Qf: As penas de condenação devem ser reduzidas e suspensas na sua execução?

1f: Os crimes de violência doméstica, previsto e punido pelo artigo 152.º, n.º 1, alíneas b) e d), e n.º 2, do Código penal, por que o arguido foi condenado, são puníveis com pena de prisão de dois a cinco anos.

2f: O arguido e recorrente foi condenado nas penas de dois anos de prisão (quanto ao crime praticado na pessoa do menor C...) e de dois anos e três meses de prisão (quanto ao crime praticado na pessoa da sua companheira D...). Em cúmulo jurídico, nos termos do artigo 77.º, n.ºs 1 e 2, do Código penal, foi condenado na pena de dois anos e seis meses de prisão.

3f: À luz do que dispõem os artigos 40.º, n.ºs 1 e 2, e 71.º, n.ºs 1 e 2, do Código penal, não pode ignorar-se os relevantes antecedentes criminais do arguido como circunstância agravante. As circunstâncias atenuantes invocadas não se revestem de acentuado peso. Não pode, por isso, considerar-se excessiva a pena em que o arguido foi condenado pela prática do crime de que foi vítima a sua companheira.

4f: Nos termos do artigo 50.º, n.º 1, do Código penal, o tribunal suspende a pena de prisão aplicada em medida não superior a cinco anos se, atendendo à personalidade do agente, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste, concluir que a simples censura do facto e a ameaça da prisão, realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição. O tribunal, se o julgar conveniente e adequado às finalidades da punição, subordina a suspensão da execução

da pena de prisão ao cumprimento de deveres ou à observância de regras de conduta ou determina que a suspensão seja acompanhada de regime de prova (n.º 2 desse artigo e artigos 51.º a 54.º).

5f: Preside ao instituto da suspensão da execução da pena de prisão um propósito de favorecimento de penas mais adequadas à prevenção especial positiva (reinserção social) do que a pena de prisão. É suposta uma prognose social favorável no sentido de que a censura do facto e a ameaça de pena de prisão sejam suficientes para afastar o arguido da criminalidade.

6f: É pressuposto da suspensão da pena de prisão que esta satisfaça outros fins da pena (artigo 50º, nº 1, *in fine*, do Código penal). De acordo com o artigo 40º, nº 1, do mesmo Código, a aplicação das penas visa a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade. A “proteção dos bens jurídicos” corresponde, fundamentalmente, à prevenção geral positiva no sentido do reforço da confiança comunitária na validade da ordem jurídica e na proteção que esta assegura aos bens que estruturam a vida social. Diante da violação da ordem jurídica e da agressão a esses valores, a consciência jurídica comunitária poderá ficar abalada se o sistema jurídico-penal não reagir, fechar os olhos a tal violação, ficando comprometida a referida confiança.

7f: A pena exerce, assim, uma função pedagógica de interpelação social que veicula uma mensagem cultural de chamada de atenção para a relevância de valores e bens jurídicos. Ora, a suspensão da pena pode ser interpretada pela consciência comunitária como uma forma de desvalorização de bens jurídicos a que dá particular importância e como um sinal de prática impunidade, uma mensagem contraditória com um propósito de tutela desses bens.

8f: O crime de violência doméstica reveste natureza pública e, por isso, não será o perdão da ofendida a afastar a condenação do arguido. Subjacente a esta opção legislativa está uma conceção da indisponibilidade do valor da dignidade da pessoa humana que é atingido com a prática deste crime e a consideração de dados empíricos que demonstram que por detrás do perdão da vítima de violência doméstica estão com frequência situações de particular vulnerabilidade, designadamente de dependência económica em relação ao agressor, que desvirtuam a autenticidade desse perdão.

9f: No caso em apreço a vítima não está numa situação de dependência económica em relação ao autor do crime. Não se vislumbra que o reatamento do relacionamento entre

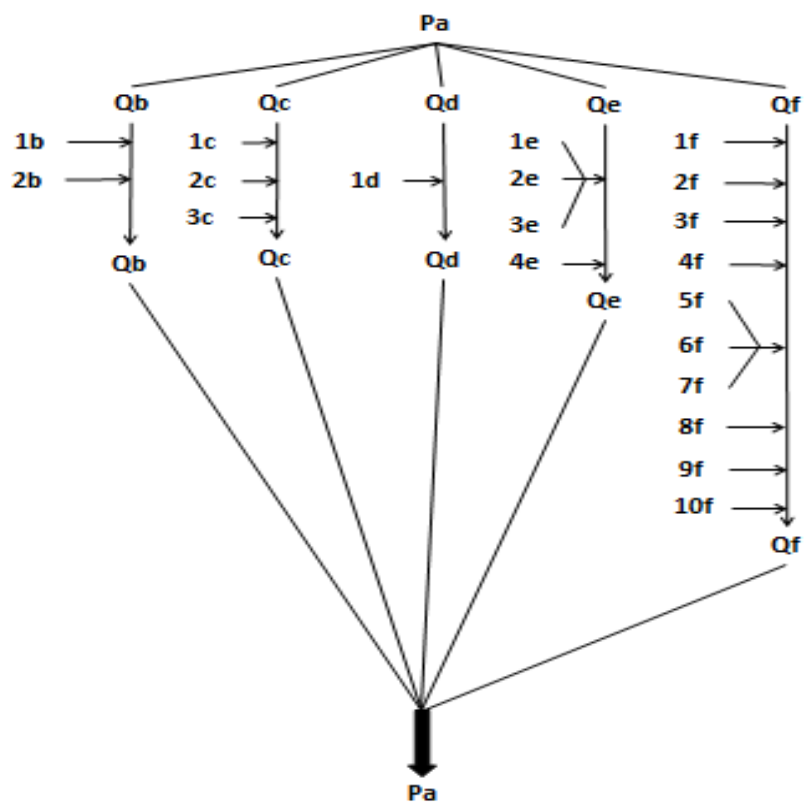
ambos seja forçado ou fruto de alguma situação de particular vulnerabilidade. Esse reatamento terá sido livre, como o foi a rutura subsequente à prática dos crimes em apreço.

10f: Por outro lado, a ilicitude dos crimes em apreço, e as suas consequências, não se revestem de acentuada gravidade. Tanto assim é que as penas respetivas se situam no mínimo legal ou muito próximo desse mínimo.

Af: Apesar dos antecedentes criminais do arguido, impõe-se concluir que as exigências de prevenção especial e de prevenção geral não reclamam, no caso em apreço, o cumprimento de uma pena de prisão efetiva. Não o reclamam as exigências de prevenção especial precisamente porque é a própria vítima que confia no comportamento futuro do arguido. Não o reclamam as exigências de prevenção geral precisamente porque a ilicitude dos crimes em apreço e as suas consequências não se revestem de acentuada gravidade.

Sf: No relatório do acórdão recorrido, onde se lê: “Não foi apresentada contestação e rol de testemunhas” deverá passar a ler-se: “O arguido apresentou contestação, oferecendo o merecimento dos autos e descrevendo a sua situação social e económica”. No elenco dos factos provados desse acórdão, onde se lê: “Em altura indeterminada do verão de 2015”; deverá passar a ler-se: “No dia 22 de março de 2015”. Acordam em conceder provimento parcial ao recurso, suspendendo a execução das penas em que o arguido e recorrente foi condenado, pelo período respetivo, sendo tal suspensão acompanhada de regime de prova, nos termos dos artigos 50.º, n.º 2, 53.º e 54.º do Código penal.

iii) Esquema da linha de argumentação



TRP - Processo n.º 1230/14.3PJPRT.P1

(iv) Análise de argumentos e razões justificativas

Este caso apresenta um desfecho que assenta no reatamento da relação entre a vítima e o agressor. Da leitura da sentença é possível retirar que à altura do julgamento, os sujeitos já se encontravam, novamente, juntos. Pensamos que este facto terá pesado na alteração da condenação da pena de dois anos e seis meses de prisão para uma condenação a pena suspensa. Vejamos que argumentos e razões conduziram, em concreto, o tribunal de recurso a determinar esta orientação.

A decisão, em termos formais, segue a técnica argumentativa dos casos precedentes, ou seja, parte da enunciação de premissas e conclusões através da lógica dedutiva. Esta constatação é simples de verificar no encadeamento:

Qb – 1b – 2b – Ab

Qc – 1c – 2c – 3c – Ac

Qd – 1d – Nd

Neste esquema note-se que o tribunal não teve dificuldade em sanar os vícios verificados na primeira instância e desvalorizou o pedido de nulidade. Em termos materiais a decisão justifica bem o enquadramento da conduta do agressor no tipo violência doméstica na linha argumentativa entre **Qe – 1e – 2e – 3e – 4e – Ae**. O recurso – interposto pelo agressor – havia colocado em causa a agressão praticada contra o menor, como violência doméstica, alegando que se tratava, antes, de uma agressão contra a integridade física. O tribunal não entendeu (e bem) assim. Recorrendo ao que se deve entender como bem jurídico a proteger pela norma, invocou razões, sobretudo, de natureza doutrinal. De facto, existe uma larga maioria de sentenças que citam Plácido Conde Fernandes (2008) e André Lamas Leite (2010). O primeiro autor defende que a norma do artigo 152.º, do código penal, protege a saúde física, psíquica, emocional e moral enquanto extensão da dignidade da pessoa humana e da garantia da sua integridade física. Já o segundo autor acrescenta que, com tal crime, fica também ferido o livre desenvolvimento da personalidade no âmbito de uma relação íntima. Nesta senda, o tribunal considerou que a agressão ao menor C constituiu, de facto, um crime de violência doméstica.

O conteúdo material a que gostaríamos de dedicar mais atenção refere-se ao argumento construído entre **Qf – 1f – 2f – 3f – 4f – 5f – 6f – 7f – 8f – 9f – 10f – Af**. Nesta sequência de enunciados o decisor construiu a justificação para alterar a condenação efetiva a uma

condenação suspensa. As razões apontadas são de natureza normativa – quando fundamenta através da letra da lei os mecanismos que pressupõem a aplicação da suspensão da pena – empírica, mas, sobretudo, valorativa. Aliás cremos que o peso argumentativo se encontra nas razões valorativas (7f – 8f – 9f – 10f). A decisão equaciona os fins das penas para dizer que a comunidade espera uma intervenção judicial que garanta a proteção dos bens jurídicos para que não se frustrem patamares mínimos de punição. A questão é que não é isto que o tribunal faz. Em 8f e 9f atribui-se um peso significativo à não dependência económica da vítima e ao reatamento do relacionamento para alterar o tipo de condenação do agressor. Ou seja, o decisor considera que não se trata de uma vítima vulnerável pelo facto de esta não depender economicamente do agressor e, simultaneamente, o ter perdoado. Pensamos que, neste ponto, a justificação devia fazer-se acompanhar de estudos sobre o que é uma vítima vulnerável, nomeadamente, quanto à questão psicológica. Não esqueçamos que a doutrina, acima referida, evidencia que o bem jurídico protegido é não só a saúde física, mas também a psíquica, emocional e moral. O agressor saiu beneficiado deste tipo de raciocínio porquanto viu a sua pena efetiva ser alterada para uma pena suspensa tendo, ainda, sido apreciado que a ilicitude não tinha uma gravidade muito acentuada uma vez que a condenação se situava nos patamares mínimos. Uma agressão praticada contra um menor por um agressor que tem antecedentes criminais é entendida, segundo este discurso, de pequena ilicitude porque a mãe do referido menor, perdoou o agressor.

Em conclusão, se nos primeiros encadeamentos de argumentos a lógica dedutiva e o conteúdo material apresentam uma estrutura argumentativa clara, já o discurso construído para a suspensão da pena não segue a mesma técnica. O tribunal está a tratar de um caso fácil com um corpo normativo e um conjunto de factos que proporcionam o alcance de uma subsunção correta. A primeira instância descortinou esta ilação ao contrário da segunda instância que veio a dar provimento ao recurso.

Caso 6

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 22/11/2017 (Processo n.º 1176/16.OPBCBR.C1)

(i) Narração sumária do caso

Na primeira instância o arguido **A** foi condenado a uma pena de 1 ano e 6 meses de prisão pela prática do crime de violência doméstica e ao pagamento de uma indemnização no valor de €1.000 euros à vítima **B**. A segunda instância é chamada a apreciar dois problemas: uma questão relacionada com impugnação da prova e outra com o preenchimento do tipo de violência doméstica. O Ministério Público defende a manutenção da pena decretada na primeira instância. De referir que o arguido é detentor de cadastro criminal onde consta uma condenação prévia do crime de violência doméstica agravada por um período de 3 anos de prisão suspensa na sua execução por igual período de tempo.

(ii) A linha de argumentação jurídica

Pa: O tribunal autonomiza os problemas suscitados como falta de fundamentação de matéria de facto dada como provada; a violação de uma regra processual, designadamente, o n.º 1, do artigo 355.º, do código de processo penal e a impugnação do enquadramento jurídico dos factos.

Ab: De acordo com o artigo 428.º, n.º 1 e 431.º, do código de processo penal as Relações podem alterar a decisão da matéria de facto quando fazem parte do processo todos os elementos de prova e quando esta tiver sido impugnada nos termos do n.º3, do artigo 412.º.

Qc: Há lugar à alteração da decisão sobre a matéria de facto provada?

1c: Quando impugne a decisão proferida sobre a matéria de facto, o recorrente tem de especificar os factos concretos que considera incorrectamente julgados e as concretas provas que impõem decisão diversa da recorrida.

Nc: Entendemos que a alegação do arguido não resulta a necessidade de verificar a conformidade da decisão e da prova pois em relação ao ponto 16 o que o arguido pretende é atacar as conclusões que o tribunal retira da prova. Em relação ao ponto 18 o arguido não coloca em causa o conteúdo, mas a legalidade do relatório social porque entende que o tribunal violou o artigo 355.º, n.º 1 do código de processo penal.

Qd: Verifica-se a violação por parte do tribunal a quo do artigo 355.º, n.º 1, do código de processo penal?

1d: O referido artigo fala sobre a proibição de valoração de provas e dispõe no n.º 1 que “não valem em julgamento, nomeadamente, para o efeito de formação da convicção do tribunal, quaisquer provas que não tiverem sido produzidas ou examinadas em audiência”.

2d: O dispositivo acrescenta no seu n.º 2 que “as provas contidas em actos processuais cuja leitura, visualização ou audição em audiência sejam permitidas, nos termos dos artigos seguintes”.

Nd: A norma não exige que todas as provas sejam produzidas e/ou reproduzidas em audiência, pois os documentos nos autos consideram-se examinados e produzidos em audiência independentemente de aí terem sido lidos, uma vez que constando do processo todos os intervenientes os podem analisar.

Ad: O que a norma determina é que não valem para a formação da convicção do tribunal as provas que não tenham sido apresentadas e feitas juntar ao processo com respeito pelo princípio do contraditório. Quer dizer um documento não lido nem examinado não pode ser usado como prova se a sua junção não tiver sido notificada aos sujeitos processuais interessados. Isto determina que o tribunal não cometeu qualquer ilegalidade.

Qe: Existem razões para impugnar o ponto 16 da matéria de facto que foi dado como provado?

1e: O legislador processual adoptou o princípio da não taxatividade dos meios de prova ao estabelecer no artigo 125.º, do código de processo penal que “são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei”.

Ae: Se uma concreta prova não constar do elenco das provas proibidas, significa que ela é permitida e pode ser legalmente considerada.

Qf: Que tipo de provas são admitidas?

1f: Uma das provas admitidas é a prova indirecta ou por presunção pois a demonstração do facto e da culpa do agente pode obter-se quer através de prova directa quer através de prova indirecta ou indiciária que se afirma através da presunção.

2f: A prova direta refere-se aos factos probandos e a prova indirecta aos factos diversos do tema da prova, factos estes que permitem, com recurso à presunção julgar provados outros factos.

3f: Resulta do artigo 349.º, do código civil, que o julgador pode julgar provado um facto desconhecido pelas ilações que retirou de facto conhecido.

Af: Entendemos não haver dúvida que perante o rol de factos constantes entre os pontos 1 e 15, o arguido agiu com o propósito de maltratar física e psiquicamente a companheira, ou seja, agiu com a motivação do ponto 16 sendo, portanto, admitida a prova por presunção.

Ag: Comete o crime de violência doméstica, nos termos do artigo 152.º, n.º 1, alínea b), do código penal, “quem, de modo reiterado ou não, infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações de 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”.

Qg: Como se afere o preenchimento do tipo legal?

1g: Para preenchimento do tipo legal exige-se uma relação de proximidade afetiva entre o agente e a vítima, análoga à dos cônjuges, atual ou entretanto terminada.

2g: Falando a norma em maus tratos físicos ou psíquicos, castigos corporais, privações de liberdade e ofensas sexuais, percebe-se que o bem tutelado seja a pessoa e a sua dignidade humana.

3g: A dignidade humana compreende a saúde, a integridade física e psíquica, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual e a honra, de tal forma que a violência desenvolvida pelo agente sobre a vítima redunde num abuso de poder daquele e numa situação de degradação e humilhação desta.

Qh: Que factos integram o tipo legal da violência doméstica?

1h: Os factos praticados devem ser apreciados à luz das circunstâncias concretas da vida familiar e a repercussão que têm na mesma.

2h: No crime de violência doméstica se não fosse considerada a especial ofensa à dignidade humana, tais factos seriam tratados atomisticamente e preencheriam outros tipos legais como os de ofensa à integridade física, ameaça, injúria, etc..

3h: É a questão da dignidade humana e a sua envolvente que determina que ações susceptíveis de integrar estes crimes sejam tratadas como uma unidade. No quadro legal estas acções ilícitas mantêm-se, mas perdem autonomia por via do concurso aparente entre estes vários crimes e o crime de violência doméstica.

Ah: Qualquer crime contra as pessoas atenta contra a sua dignidade, por isso, as ações que integram o tipo legal da violência doméstica têm de revelar uma especial ofensa à dignidade humana que determinou o surgimento deste tipo especial que a tutela.

Qi: Como se distingue a violência doméstica de outros tipos com os quais concorre?

1i: A jurisprudência considera que “o crime de violência doméstica é muito mais que uma soma de ofensas corporais não sendo as condutas que integram o tipo consideradas autonomamente, mas antes valoradas globalmente na definição e integração de um comportamento repetido revelador daquele crime” (Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 08/11/2011, processo 5752/09.0TDLSB).

2i: A distinção entre crime de violência doméstica e outros tipos legais faz-se com recurso ao conceito de maus tratos que exige o desprezo, humilhação, especial desconsideração pela vítima e a gravidade destas manifestações.

3i: Quando a ação é isolada a consumação do crime verifica-se quando o único acto assume “uma intensa crueldade, insensibilidade, desprezo pela consideração do outro como pessoa, isto é, quando o comportamento singular só por si é claramente ofensivo da dignidade pessoal” (Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 20/01/2016, processo 835/13.4GCLRA).

Ai: Entendemos que os atos praticados pelo arguido não são susceptíveis de configurar a ocorrência de um crime de violência doméstica porque não assumem a tal intensa crueldade, insensibilidade, desprezo, aviltamento da dignidade humana necessárias ao crime pelo qual foi condenado.

Qj: Que atos ilícitos estão em causa?

1j: O único acto ilícito que está em causa é o que consta do ponto 13 do qual resulta que no dia 25/09/2016 “o arguido... desferiu-lhe um pontapé na zona baixa lombar, várias palmadas na cabeça e face e vários puxões de cabelo...”.

2j: Existe um ambiente de conflitualidade entre arguido A e vítima B mas que não se pode considerar que integram factos ilícitos, designadamente, os pontos que constam a 14 e 15 onde se refere que o arguido disse à ofendida “levas um murro ou um pontapé

que ficas aqui estendida”, “Eu dou cabo da minha vida” e “Podes ir embora daqui a (...) metros ainda te apanho”.

Aj: Aceitaram-se imputações genéricas, pouco concretizadas, que foram relevadas criminalmente porque se cobriu toda a situação com a tal crueldade, insensibilidade, desprezo, típicas do tipo legal da violência doméstica. Não é aceitável que exista um menor rigor na descrição dos factos que integram a ação do arguido A por comparação com o que sucede em outros crimes menos graves.

Qk: O comportamento do arguido A pode redundar no preenchimento de outro tipo legal?

1k: O artigo 153.º, n.º 1, do código penal determina que “quem ameaçar outra pessoa com a prática de crime contra a vida, a integridade física, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual ou bens patrimoniais de considerável valor, de forma adequada a provocar-lhe medo ou inquietação ou a prejudicar a sua liberdade de determinação é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias”.

2k: O artigo 155.º, n.º 1, do código penal diz que se estes factos forem realizados por meio de ameaça com a prática de crime punível com pena de prisão superior a 3 anos a pena aplicável será de prisão até dois anos ou multa até 240 dias”.

3k: No Comentário Conimbricense do Código penal o bem jurídico protegido por este tipo legal é a liberdade de decisão e ação e as ameaças, ao provocarem um sentimento de insegurança, intranquilidade ou medo na pessoa ameaçada, afetam a paz individual essencial à verdadeira liberdade.

4k: Entende-se adequada a ameaça que, de acordo com a experiência comum, é suscetível de ser tomada a sério pelo ameaçado, tendo em conta as características do ameaçado e o conhecimento destas pelo agente.

Nk: Entendemos que as palavras do arguido não atingem o patamar mínimo que permita tê-las como ameaçadoras, no sentido jurídico-penal não esquecendo que tudo aconteceu no âmbito de uma discussão e de provocação da ofendida.

Ql: E quanto às agressões cometidas pelo arguido sobre a vítima?

1l: O arguido deu um pontapé na zona lombar e várias palmadas na cabeça e face da vítima e deu-lhe vários puxões de cabelo.

Al: O arguido cometeu um crime de ofensa à integridade física, do artigo 143.º, do código penal, punível com prisão até 3 anos ou com pena de multa.

Qm: Que razões sustentam esta asserção?

1m: Não se provou que o arguido seja incapaz de reger a sua pessoa.

2m: Não se provou que a vítima tivesse sobre ele um ascendente que o levasse a fazer o que ele não queria ou o induzisse a cometer factos que lhe fossem prejudiciais.

Am: A vítima não é responsável pelos atos do arguido, nomeadamente, pelo facto de este se ter alcoolizado, nem exonera o arguido da responsabilidade dos actos que cometeu. Logo, a sua ação está enquadrada na ofensa à integridade física, do artigo 143.º, do código penal.

Qn: Que pena deve ser aplicada ao enquadramento estabelecido?

1n: Determina o artigo 70.º, do código penal que “se ao crime forem aplicáveis, em alternativa, pena privativa e pena não privativa da liberdade, o tribunal dá preferência à segunda sempre que esta realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição”.

Nn: Quando se está em sede de escolha da pena há que ponderar as exigências de prevenção geral e especial que o caso reclama.

Qo: Quais são essas exigências?

1o: No caso as exigências de prevenção especial são prementes pois o arguido foi condenado por vários crimes, entre eles, crime de condução sem habilitação legal, furto, furto qualificado, crime de condução em estado de embriaguez, ofensa à integridade física e violência doméstica.

2o: Dispõe o artigo 71.º, n.º 1 que “a determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção”.

3o: Acrescenta o n.º 2 que na determinação concreta da pena o tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuseram a favor do agente ou contra ele, considerando o grau de ilicitude do facto, o modo de execução deste e a gravidade das suas consequências, bem como o grau de violação dos deveres impostos ao agente, a intensidade do dolo ou da negligência, os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que determinaram a conduta do agente.

Ao: A medida da pena é-nos dada pela necessidade de tutela de bens jurídicos ou pelas exigências de prevenção geral positiva.

Ap: As necessidades de prevenção especial de socialização do agente ou, sendo estas inexistentes, das necessidades de intimidação e de segurança individuais, determinam a concreta medida da pena surgindo, finalmente a culpa que indica o limite máximo da pena.

Qq: Que pena deve ser aplicada ao arguido?

1q: O arguido sofreu recentemente três condenações por crimes contra as pessoas, sendo que em duas delas foi-lhe aplicada pena de prisão, com execução suspensa.

2q: Nos termos do artigo 50.º, n.º 1, do código penal “o tribunal suspense a execução da pena de prisão aplicada em medida não superior a cinco anos se, atendendo à personalidade do agente, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste, concluir que a simples censura do facto e a ameaça de prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição”.

3q: O facto cometido revela pouca gravidade, inserindo-se na pequena criminalidade e, por outro lado as penas de prisão anteriores, nomeadamente a que puniu o crime de violência doméstica, viram a sua execução ficar suspensa.

Aq: Apesar das condenações entendemos que o crime aqui julgado não impõe um juízo de prognose desfavorável à suspensão dada a gravidade do mesmo e a conjuntura em que foi cometido. Ou seja, continuamos a entender que a suspensão da execução da pena é suficiente aos fins da punição.

Qr: Que razões justificam a não execução da pena neste caso concreto?

1r: Não obstante o passado criminal do arguido e a sua manifesta fuga à assunção de responsabilidades e indiferença por agir de acordo com o direito, entendemos que a execução da pena de prisão não se impõe dada a necessidade de considerar os efeitos nefastos da reclusão a par da necessidade de combater a execução das penas curtas de prisão.

Ar: Entendemos que os factos deste processo não exigem a execução da pena que vai suspensa em um ano.

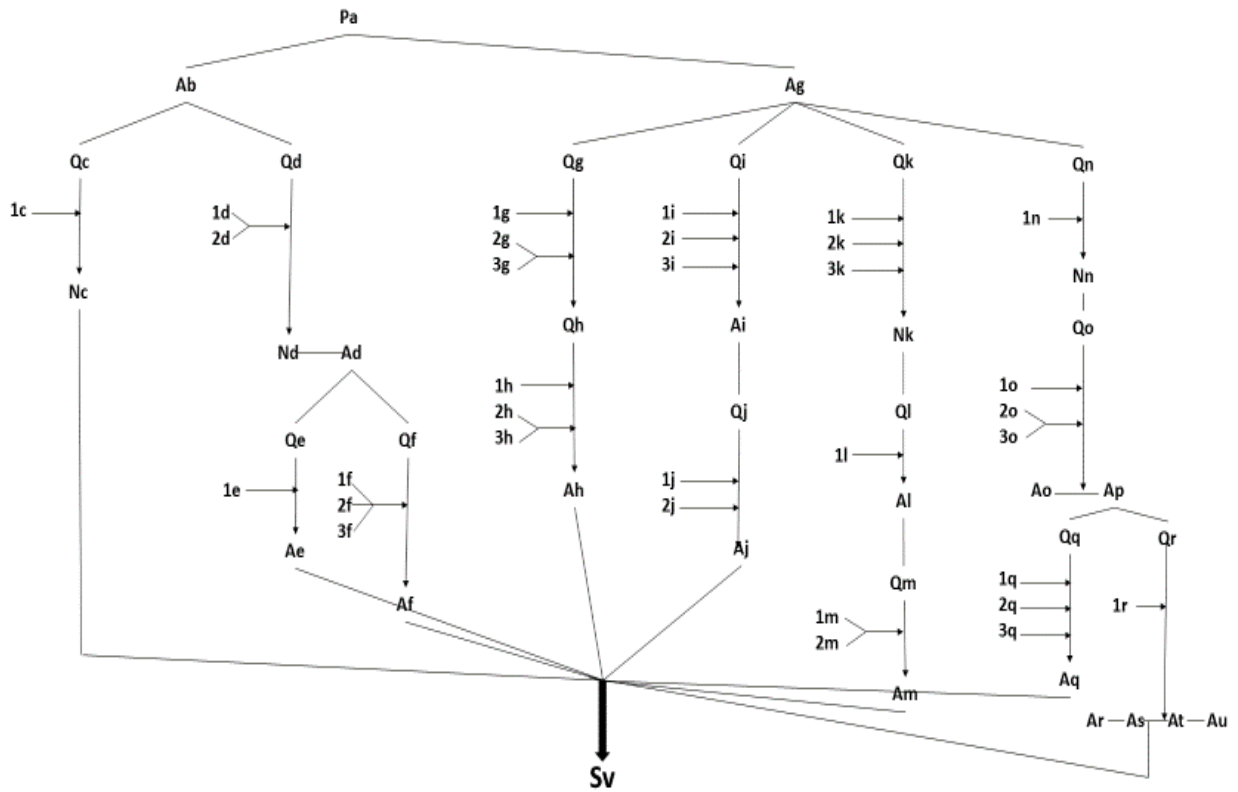
As: Entendemos que o aparente descontrolo comportamental do arguido terá que ser atalhado sob pena de ir num crescendo e ver, um dia destes, revogadas as suspensões decretadas.

At: O arguido deve perceber o mal que isto provocaria na sua vida, pelo desenraizamento familiar, social e laboral.

Au: Resulta do processo que o arguido não demonstra que interiorizou as condenações, no sentido de assumir os crimes cometidos e não participa o que pode ser considerado como contraditório com a decisão de suspensão, mas entendemos que não são pelas razões acima indicadas.

Sv: Determina-se que a suspensão decretada será acompanhada de regime de prova, com elaboração de plano de reinserção social com vista a alertar o arguido para a necessidade de controlar o seu comportamento e de assumir as suas responsabilidades pois destas depende a real inserção social e a atuação conforme o direito.

(iii) Esquema da linha de argumentação



TRC - Processo n.º 1176/16.OPBCBR.C1

(iv) Análise de argumentos e razões justificativas

A justificação desta decisão construiu um raciocínio dedutivo bastante evidente ao longo da formulação das premissas, a retirada de inferências e respetivas conclusões. Esta ilação pode ser aferida nas passagens entre **Q** e **A/N**. Formalmente a decisão encontra-se bem estruturada e com um raciocínio dedutivo mais patente quando comparada com as decisões que a precedem.

No que respeita à argumentação material é possível considerarmos que existem comentários importantes quanto à apreciação, o que nos permitirá propor pontos de correção à mesma e indagar sobre a adequação de decisão. Assim, o primeiro ponto a ser analisado diz respeito à questão da impugnação da prova. Notamos que as questões processuais são determinantes neste tipo de processo. O tribunal determina que a prova indireta (por presunção) é admissível para sustentar a prova de um determinado facto. Fá-lo através de ilações que retira de factos provados e que permitem, empiricamente, conduzir à conclusão. Esta interpretação material permitiu justificar a recusa da impugnação da matéria de facto levando o decisor a concluir que, efetivamente, o arguido quis e pretendeu maltratar a vítima. O esquema argumentativo demonstra que há uma preocupação, bem sustentada, com os factos provados e que estes, inclusive, podem levar à sustentação de outros factos. Quer dizer, neste concreto ponto de facto, o tribunal partiu de uma generalização de factos (observou a prática constante dos mesmos) e induziu a prática de uma intenção do agente daqui ficando evidenciado o racional indutivo.

No segundo ponto queremos destacar a questão da dignidade humana. O tribunal concretiza aquilo que entende como conteúdo da dignidade humana referindo que esta, no crime de violência doméstica, se encontra ferida quando é atingida a saúde física, a integridade física e psíquica, a liberdade pessoal e a autodeterminação sexual e a honra. Este tipo de lesão é praticado através do exercício de um poder sobre a vítima que a coloca numa situação degradante e humilhante. Ou seja, o decisor usa o critério da dignidade humana (uma ofensa especialmente grave) para determinar a violência doméstica como uma unidade de ações (prática de várias ofensas) e aferir a distinção de outros tipos de crime concorrentes como é o caso da ofensa à integridade física, ameaça, injúrias, maus tratos, etc. O argumento, que parece robusto, acaba por constituir um elemento que justifica o esvaziamento do crime de violência doméstica

para, logo depois, se enquadrarem as ações do agressor noutros tipos legais. É o que se retira de **Qi – 1i – 2i – 3i – Ai**. Daqui aferem-se efeitos (para o agressor) completamente distintos. Com a condenação por violência doméstica (ainda que fosse suspensa) o agressor teria que pagar uma indemnização à vítima e esta poderia beneficiar do regime estabelecido pela Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro. A condenação por ofensa à integridade física afasta todo o regime do artigo 152.º, do código penal (que prevê, por exemplo, a aplicação de medidas acessórias) complementado pela lei acima referida, que fica, também ela, arredada. Temos, portanto, uma vítima que sofre uma agressão física e não é compensada pelo dano causado. Mais, o ambiente de conflitualidade entre arguido e vítima é desvalorizado e acentuado o pormenor de discussão e provocação da vítima (**2j** e **Nk**). A vítima é entendida como um veículo de provocação que levou o agressor a ameaçá-la, insultá-la e agredi-la.

Há uma ideia generalizada e socialmente construída sobre a vítima (Beleza, 2004). Além da demonstração do vexame e humilhação, a vítima tem de demonstrar que está subordinada ao poder ascendente do agressor, não tem recursos económicos ou rede familiar de apoio. Esta será a verdadeira vítima de violência doméstica. Esta ideia do imaginário social tem que ser desconstruída. O tribunal revelou a preocupação de justificar o conteúdo da dignidade humana afeto à prática de agressões de natureza doméstica. A justificação judicial perde vigor quando usa aquele tipo de valoração, pressuposto de um ideário social construído com base em papéis estereotipados de género. A inferência indutiva usada pelo decisor serviu para determinar a intenção do agente maltratar a vítima e a potencialidade deste argumento perdeu-se com um argumento do tipo valorativo. O argumento perde vigor por considerar atribuir um peso mais relevante ao dano físico provocado à vítima e desconsiderar o ambiente de conflitualidade (que constatou factualmente através de expressões proferidas pelo agressor) e justificando-a com a provocação da vítima.

O terceiro ponto da argumentação material que merece destaque diz respeito à justificação da pena e da medida da pena. Este agressor acabou condenado por um crime contra a integridade física a seis meses de prisão suspensa pelo período de um ano. Para justificar este desfecho o tribunal deu especial importância às exigências de prevenção especial, uma vez que o arguido já tinha cadastro criminal onde constava uma condenação pelo crime de violência doméstica contra a mesma vítima. Curiosamente

justificou dizendo “Não obstante o passado criminal do arguido e a sua manifesta fuga à assunção de responsabilidades e indiferença por agir de acordo com o direito (...)”. Indica duas razões principais para decidir pela suspensão da pena: a primeira porque considera que a ação é de pequena criminalidade, a segunda porque é necessário combater a execução de penas curtas. Para complementar estas razões, o tribunal termina com um conjunto de afirmações semelhantes a uma espécie de admoestação ao agressor fazendo-lhe notar que se não se portar bem daí em diante pode ir parar à prisão. O discurso material está voltado para o agressor em detrimento da vítima. A ação, pela qual o arguido foi condenado, é considerada de pequena criminalidade (um pontapé na zona lombar, bofetadas na face, um murro e puxões de cabelo) e como tal a vítima terá de se conformar com os danos infligidos. A decisão não pondera os efeitos relevantes da conflitualidade existente entre os sujeitos, atribui um peso relativo aos antecedentes criminais do agressor (onde consta condenação por violência doméstica e todo um passado criminal que inclui prática de outros crimes contra as pessoas, como é o caso da ofensa à integridade física) apenas para justificar as exigências especiais ao nível da atribuição de medidas acessórias da pena e não dá peso ao lugar da vítima dentro do processo (abordando-a a passos largos) entendendo-a como provocadora e capaz de resistir ao poder que o agressor pretende impor sobre ela. O peso dos argumentos propostos foi determinante para convolar o crime pelo qual vinha condenado – a violência doméstica – para ofensa à integridade física. A partir daqui os efeitos jurídicos que se vão sentir na esfera da vítima e na esfera da comunidade são diferentes daquele que a lei pretende cominar.

Quando falamos de violência doméstica estamos perante um tipo de crime que tem repercussões no seio familiar e comunitário. Sob um ponto de vista pragmático a comunidade espera que as decisões judiciais, neste campo, estabeleçam mecanismos de proteção efetiva da vítima e de potenciais vítimas. Se o tribunal tem o cuidado de definir um conteúdo para a dignidade humana concretizando aspetos que a ferem no âmbito do crime da violência doméstica, terá depois de consolidar esta visão com argumentos que perspetivem a vítima e repercussões na vida desta e da comunidade. Um possível prisma pode ser sustentado por todo o elenco normativo que tem sido construído no combate à violência doméstica, quer no plano nacional quer no plano internacional. Na próxima decisão iremos analisar, precisamente, este ponto de vista.

Caso 7

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 21 de Fevereiro de 2018 (processo n.º 1119/16.1PTLSB.L1-3)

(i) Narração sumária do caso

O arguido A foi condenado num crime de violência doméstica, do artigo 152.º, n.º 1, alínea b) e n.º 2, do código penal. A pena fixada foi de 2 anos e 6 meses de prisão e uma pena acessória de proibição de contacto com a vítima, incluindo o afastamento da sua residência e do seu local de trabalho pelo mesmo período de 2 anos e 6 meses. O arguido **A**, também, foi condenado a pagar à vítima uma indemnização no valor de €3.000,00 euros por danos não patrimoniais. O arguido **A** manteve uma relação análoga à dos cônjuges com **B** durante um período de 12 anos, daqui nascendo uma filha. O arguido já havia sido condenado, anteriormente, pela prática de outro crime de violência doméstica contra a ex-companheira **B** na pena de 3 anos, com pena suspensa na sua execução, sujeita a regime de prova e obrigação de frequentar programa para agressores em espaço doméstico. Depois desta condenação que ocorreu em 2016, o arguido dirigia-se à vítima dizendo que a matava e rebentava com o café, ameaçava que lhe retirava a filha e apelidava-a de “puta” e “vaca”. Esta situação foi-se mantendo por diversas ocasiões. O teor desta decisão faz uma transcrição dos factos provados na sentença que condenou o arguido pelo crime de violência doméstica em outro processo (Tribunal da Relação de Lisboa, n.º 1393/14.8PTLSB) onde ficou demonstrado o clima de tensão e conflito em que viviam, mesmo depois do nascimento da filha. O arguido injuriava a vítima, ameaçava-a de morte e agrediu-a fisicamente por mais do que uma vez. O relatório social faz uma descrição do perfil psicológico do indivíduo tendo em conta o seu comportamento no contexto. Inconformado com a condenação a pena de prisão efetiva, o arguido apela ao tribunal da relação para suspender a execução.

(ii) A linha de argumentação jurídica

Pa: O tribunal tem de analisar o pedido que lhe é dirigido no sentido de revogar a condenação de pena efetiva por 2 anos e 6 meses de prisão suspendendo a sua execução e aplicando medidas acessórias de correção do seu comportamento.

Ab: A decisão da matéria de facto é crucial e esta importância pode aferir-se pela regra contida no artigo 127.º, do código de processo penal, que prevê “a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente”. O

tribunal é livre na apreciação da prova desde que não contrarie as regras comuns da lógica, da razão, das máximas da experiência e dos conhecimentos científicos.

Ac: A liberdade de apreciação corresponde a um dever de descobrir a verdade material compatibilizado com as garantias de defesa com consagração constitucional e um dever de fundamentação (conforme n.º 2, do artigo 374.º, do código de processo penal) que exige ao julgador desvendar o percurso lógico que trilhou na formação da sua convicção (indicando os meios de prova em que a fez assentar e esclarecendo as razões pelas quais lhes conferiu relevância).

Ad: O tribunal deve proceder à exposição dos motivos de facto e de direito fundamentadores da decisão, com indicação e exame crítico das provas que serviram para formar a sua convicção. Basta-se com o necessário para permitir avaliar cabalmente o porquê da decisão e o processo lógico-formal que serviu de suporte ao respetivo conteúdo.

Qe: Como ficaram provados os factos?

1e: A factualidade provada foi confirmada pela assistente cujas declarações se mostraram sinceras, espontâneas, sendo pautadas por coerência, clareza e assertividade.

2e: Não se detetou que a vítima por qualquer viés ou intenção, pretendesse prejudicar injustamente o arguido esforçando-se por relatar os factos de forma objetiva e exata sendo perceptível o seu desgaste e saturação que a situação lhe causa.

3e: No mesmo sentido depôs a testemunha C, amiga da vítima, que presenciou por diversas vezes o arguido a circular de carro e a olhar deliberadamente para o interior do café, a appear-se do seu carro e a dirigir-se à entrada do estabelecimento onde insultava a vítima e a ameaçava de morte. A mesma testemunha ouviu telefonemas graças ao sistema de alta voz accionado recordando-se que o arguido proferiu as seguintes expressões: “deixas a miúda por aqui e por acolá, andas com um traficante, vou-te matar, és uma puta, vaca”. Este depoimento evidenciou-se espontâneo, direto, objetivo, coerente e assertivo merecendo irrestrita credibilidade.

4e: Os restantes depoimentos também foram relevantes: a testemunha D viu um individuo a circular num carro e a vociferar insultos como “és uma puta”; ato contínuo constatou que a vítima chamou a Polícia tendo a percepção que o individuo estava muito nervoso; a testemunha E que trabalha no café da vítima constatou que o telefone não

parava de tocar e passados alguns instantes verificou que o arguido passava em frente ao café a conduzir uma viatura, a apitar, a apeiar-se, aproximar-se da porta do café e a gritar para a vítima que “ela o traía, que ela andava com um traficante”; a testemunha F, primo da vítima, que recebeu vários telefonemas do arguido onde este descorria “que as mulheres eram todas umas vacas e umas putas, a prima também o era e tinha destruído a vida dele, que tinha descoberto o homem com quem andava”. Esta testemunha declarou que a arguida, sua prima, passou a andar triste e abatida sendo normalmente uma pessoa alegre e bem-disposta.

5e: A convicção da matéria provada assentou no relatório social, na certidão do processo de regulação das responsabilidades parentais, no plano individual de reinserção social e relatório de anomalias e no certificado de registo criminal.

6e: A versão dos factos apresentada pelo arguido não obteve apoio em nenhum outro meio de prova. Os depoimentos das testemunhas de defesa foram irrelevantes. Por exemplo, a testemunha **G** referiu trabalhar com o arguido que lhe terá dito que ficava com a filha uma semana e que a ia levar à terra e depois pôr numa ama, que o arguido não conseguia falar com a filha porque a mãe (ex-companheira) não a deixava e que falava com a mulher ou com a filha ao telefone e depois ficava chateado, desconhecendo o teor das conversas entre eles. Outro colega H sublinhou a dificuldade do arguido falar com a filha e em relação à ex-companheira que esta só queria “estragar-lhe a vida”.

Ae: Os depoimentos das testemunhas do arguido são inidóneos a confirmar a versão por si sustentada e não conseguiu pôr em crise as declarações da vítima e os depoimentos das testemunhas cuja credibilidade permaneceu indemne.

Af: O recurso é restrito à matéria de direito cingindo-se à medida e natureza da pena de prisão aplicada ao arguido.

Qg: Como se determina a medida da pena?

1g: O crime praticado pelo recorrente é punido, nos termos do disposto no artigo 152.º, n.º 1, alínea b) e n.º 2, do código penal, com uma pena de prisão de 2 a 5 anos.

2g: A disciplina de determinação da medida da pena encontra-se condensada no artigo 71.º, do código penal, que estipula que a medida concreta da pena deve ser fixada em função da culpa do agente e das exigências de prevenção, e atender a todas as

circunstâncias que não fazendo parte do tipo de crime depuseram a favor do agente ou contra ele.

3g: A jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça ensina que “(...) o modelo de prevenção acolhido pelo código penal determina que a pena deva ser encontrada numa moldura de prevenção geral positiva e que seja definida e concretamente estabelecida em função das exigências de prevenção especial ou de socialização, não podendo em caso algum ultrapassar a medida da culpa”.

Qh: Como é que esta sentença do Supremo Tribunal de Justiça determina razões para a avaliação da medida da pena e da culpa do agente?

1h: As circunstância e critérios do artigo 71.º, do código penal, devem contribuir para co-determinar a medida adequada à finalidade de prevenção geral (a natureza e o grau de ilicitude do facto impõe maior ou menor conteúdo de prevenção geral, conforme tenham provocado maior ou menor sentimento comunitário de afetação dos valores), como para definir o nível e a premência das exigências de prevenção especial (as circunstâncias pessoais do agente, a idade, a confissão, o arrependimento), ao mesmo tempo que transmite indicações externas e objectivas para apreciar e avaliar a culpa do agente.

2h: As imposições de prevenção geral devem ser determinantes em função da reafirmação da validade das normas e dos valores que protegem, para fortalecer as bases da coesão comunitária e para aquietação dos sentimentos afetados na perturbação difusa dos pressupostos em que assenta a normalidade da vivência do quotidiano. Esses valores têm de ser coordenados com as exigências de prevenção especial quer para confrontar alguma responsabilidade para o direito do agente do facto, reintroduzindo o sentimento de pertença na vivência social e no respeito pela essencialidade dos valores afetados.

3h: Para avaliar a medida da pena há que indagar, no caso concreto, fatores que se prendam com o fato praticado e com a personalidade do agente que o cometeu. Como factores atinentes ao facto e por forma a efectuar-se uma graduação da ilicitude do facto, podem referir-se o modo de execução deste, o grau de ilicitude e a gravidade das suas consequências, a intensidade do dolo, o grau de perigo criado e o seu modo de execução.

4h: Para a medida da pena e da culpa, o legislador considera relevantes os sentimentos manifestados na preparação do crime, os fins ou motivos que o determinaram, o grau de violação dos deveres impostos ao agente, as circunstâncias de motivação interna e os estímulos externos.

5h: No que tange ao agente, o legislador manda atender às condições pessoais do mesmo, à sua condição económica, à gravidade da falta de preparação para manter uma conduta ilícita e a consideração de comportamento anterior ao crime.”

Ah: A sentença recorrida demonstra que houve uma ponderação atenta e pertinente a todas as circunstâncias atendíveis, designadamente, a intensidade do dolo, a ilicitude dos factos, as muito fortes exigências de prevenção especial

Qi: Quais foram as razões aduzidas pela sentença recorrida?

1i: O modo de execução dos factos e as suas consequências lesivas não revestem especial gravidade, sem menosprezo das consequências de vária ordem sofridas pela vítima, sobretudo ao nível da sua paz e sossego.

2i: O dolo do arguido é direto e intenso admitindo-se uma certa perturbação emocional em virtude dos sentimentos de abandono e rejeição (relatório social) dando origem a um comportamento de matriz obsessiva.

3i: As condutas do arguido foram reiteradas e ocorriam por diversas horas do dia, perturbando a vítima, a filha em comum de ambos, os pais da vítima e outros familiares; algumas delas verificaram-se em plena via pública propiciando a assistência de transeuntes e vizinhos acentuando o vexame e a vergonha sentidos pela assistente.

4i: A justificação de que tudo se teria ficado a dever à legítima preocupação com o bem-estar da filha não colhe, porquanto alguns dos comportamentos são claramente alheios a tal preocupação (v.g., insultos, ameaças) como mesmo aqueles em que se pode aceitar a existência dessa motivação o arguido excedeu o admissível com manifesto desprezo pelo equilíbrio emocional e vivencial não só da assistente, como também da própria filha do casal, em cuja presença ocorreram alguns episódios.

Ai: A responsabilidade do arguido é agravada de forma significativa em todas as frentes, i.e., culpa, prevenção geral e prevenção especial, a circunstância de ter atuado escassos meses após uma condenação em pena de prisão, suspensa na sua execução, pela prática de idêntico crime, cometido em relação à mesma vítima, existindo mesmo coincidência entre alguns modos de ação típica. O individuo mostrou indiferença em relação à

censura penal, incapacidade de contrição e de avaliação do torto das suas condutas bem como insensibilidade ao bem jurídico tutelado pelo preceito incriminador.

Qj: O recorrente tem razão quando manifesta que a pena aplicada foi excessiva porque não se teve em conta as condições pessoais, máxime as invocadas perturbações emocionais que condicionariam a sua conduta?

1j: As perturbações emocionais mencionadas não foram objeto de qualquer perícia, mas antes de encontram apenas descritas em relatórios psicossociais da responsabilidade da DGRSP, constituindo mera prova documental sujeita à livre apreciação do tribunal, nos termos do artigo 127.º.

2j: A circunstância de o recorrente ser autor dos factos dos autos depois de uma condenação penal pela prática de factos idênticos contra a mesma vítima, durante o período de suspensão da execução da pena e enquanto frequentava um programa de recuperação para agressores em situações de violência doméstica.

3j: O embotamento da sua consciência social não lhe permite ter consciência sobre a ilicitude dos seus atos;

Aj: Não é possível sustentar poder ser atenuada a pena que lhe foi aplicada.

Qk: Que outras razões podem ser aduzidas para manter a pena de condenação efetiva?

1k: A repetição duma conduta já judicialmente censurada e penalizada demonstra à sociedade inexistir qualquer falta de consciência de ilicitude como também, na mera hipótese académica da suposição da sua existência, a atenuação da pena estaria sempre afastada por a conduta atentar contra valores fundamentais da ética social, constitucionalmente consagrados e protegidos pelo direito internacional.

2k: Diz Paulo Pinto de Albuquerque “A lei prevê a atenuação especial facultativa da pena no caso de falta de consciência da ilicitude censurável. Desta faculdade estão excluídos os casos de hostilidade ao direito, em que o agente se pauta por valores radicalmente contrários aos valores constitutivos da ordem jurídica constitucional. Por exemplo, quando o desprezo por pessoas de certa raça é razão para o agente considerar que não tem o dever de auxílio de uma pessoa dessa raça, a falta de consciência da ilicitude (censurável) do agente não pode ser premiada com a atenuação da pena.”

3k: *In casu* a conduta violenta do recorrente, ocorrida num contexto intrafamiliar e dirigida contra a ex-companheira e mãe da sua filha, “com a intenção de molestar psicologicamente a assistente e de a perturbar nos seus sentimentos de liberdade e

segurança (...) pretendia intimidá-la, como efetivamente sucedeu, (...) com o propósito de causar medo e receio na assistente até pela sua própria vida.” Provocando que a assistente se tenha sentido “ publicamente humilhada e perturbada, receando pela sua vida e pelo seu bem-estar, físico e psicológico. Sentimentos e emoções que perduram até ao presente”, atentou gravemente contra o valor da dignidade da pessoa humana e da proibição de infligir de tratos cruéis e degradantes, consagrados nos artigos 1.º e 25.º da C.R.P. e violou de forma séria e profunda os valores protegidos pelos artigos 1.º, 4.º e 12.º da Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, vulgo Convenção de Istambul.

4k: Valores e condutas cuja violação têm sido objeto de amplas e sucessivas campanhas de opinião pública no sentido da reprovação social desta forma de criminalidade violenta, sendo facto público e notório o empenhamento do Estado na sua prevenção e punição.

Ak: Considera-se que a sentença recorrida ao fixar ao recorrente uma pena cuja medida concreta quase se não afasta do seu limite mínimo não pode sofrer as críticas e objeções que o recorrente lhe dirige, antes se mostra como justa e adequada aos fins por ela visados. Pelo que se conclui pela improcedência do alegado pelo recorrente.

Ql: A pena aplicada – 2 anos e 6 meses de prisão – deve ser substituída por uma pena de suspensão da execução da pena e acompanhada de medidas e condições acessórias?

1l: Ensina o Prof. Figueiredo Dias ⁽³⁾ “ A finalidade político-criminal que a lei visa com o instituto da suspensão é clara e terminante: o afastamento do delinquente no futuro, da prática de novos crimes e não qualquer «correção», «melhora» ou – ainda menos - «metanoia» das concepções daquele sobre a vida e o mundo.

2l: A aplicação desta pena de substituição está dependente da verificação simultânea de dois pressupostos: sendo um de natureza formal – que a pena de prisão já fixada não seja superior a 5 anos – e outro de natureza material, que se traduz na comprovação de factos relativos à personalidade do agente e às circunstâncias dos ilícitos em causa que possam fundar um juízo de prognose favorável relativamente à conduta futura do agente.

3l: A sentença recorrida funda a sua opção por uma pena detentiva na circunstância de os factos dados como assentes não permitirem fundar o juízo de prognose legalmente exigível: “(...) Do ponto de vista preventivo-especial não o permitem pois deles decorre

que a simples ameaça do cumprimento de uma pena de prisão não se mostrou suficientemente dissuasória da prática de idêntico crime.

4I: A aplicação de uma nova pena suspensa significaria uma espécie de branqueamento do comportamento do arguido e de autorização para continuar no mesmo registo.

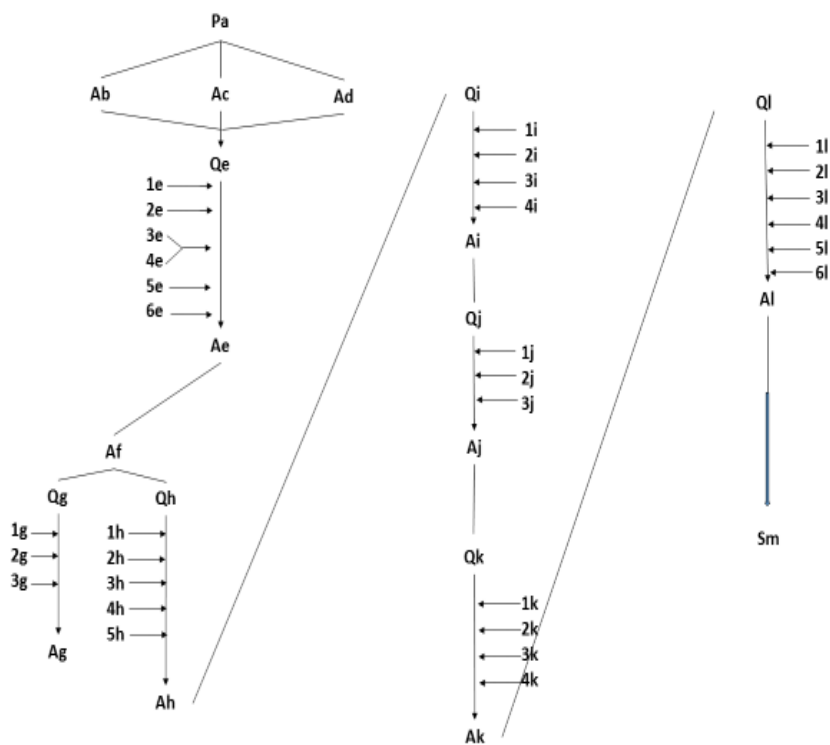
5I: Esse entendimento é, unanimemente, adotado pela Jurisprudência. Veja-se o acórdão do STJ, de 04/01/2017: “(...) Para aplicação da suspensão da execução da pena é necessário, em primeiro lugar, que a pena de suspensão da execução da prisão não coloque irremediavelmente em causa a necessária tutela dos bens jurídicos e a estabilização contrafáctica das expectativas comunitárias, ou seja, o sentimento de reprovação social do crime ou sentimento jurídico da comunidade.

6I: É necessário que o tribunal se convença, face à personalidade do arguido, comportamento global natureza do crime e sua adequação a essa personalidade, que o facto cometido não está de acordo com essa personalidade e foi simples acidente de percurso esporádico e que a ameaça da pena, como medida de reflexos sobre o seu comportamento futuro, evitará a repetição de comportamentos delituosos.

AI: Dos factos dados como assentes atinentes às condições pessoais e sociais do recorrente, à sua personalidade e ao seu previsível comportamento futuro, tendo em atenção que uma anterior pena de substituição não foi suficiente para o afastar da criminalidade violenta, conclui-se não estarem preenchidos os pressupostos fácticos em que possa assentar qualquer juízo favorável de prognose.

Sm: Conclui-se pela improcedência do alegado pelo recorrente.

(iii) Esquema da linha de argumentação



TRL - Processo n.º 1119/16.1PTLSB.L1-3

(iv) Análise de argumentos e razões justificativas

A linha argumentativa construída na presente decisão permite concluir que é bastante acertada e que representa uma boa justificação. Sem embargo da decisão final, cremos que alguns comentários podem complementar a apreciação.

A técnica da subsunção normativa é típica, na senda das decisões precedentes. De facto, podemos verificar que a sentença mostra um encadeamento de deduções lógicas, estabelecidas nas questões processuais que abordam a discussão da livre apreciação da prova e enquadramento da pena e da medida da pena.

No que concerne à questão material, das razões invocadas, deve referir-se que a estrutura argumentativa deixa explícita a relação entre os diversos argumentos e que convergem no sentido de apoiar uma determinada conclusão que não podia ser outra: a confirmação da condenação a uma pena efetiva, proveniente da primeira instância. As afirmações formuladas em **Ab**, **Ac** e **Ad** acabam por ser o fio condutor de toda a argumentação que justifica duas linhas fundamentais: (i) a validade da livre apreciação da prova feita pelo tribunal da primeira instância; (ii) a adequação da medida da pena aplicada e a sua justa e necessária reiteração.

Em (i) o tribunal demonstra cuidado na justificação entre a previsão dos enunciados normativos com a relação inequívoca com os factos perpetrados pelo arguido **A**. A técnica é construída num estilo dialético, pois percebe-se que o decisor elenca os depoimentos de ambas as partes com a finalidade de considerar qual delas tem maior peso para a decisão. Veja-se como o tribunal enuncia o relato das testemunhas da vítima e das testemunhas do arguido atribuindo, a final, o maior peso às primeiras. Ou seja, através de passagens concretas dos depoimentos, da coerência e objetividade dos inquiridos, o tribunal sustenta que não restam dúvidas sobre a prática dos factos e a intenção de os praticar. Esta passagem da argumentação, além de concretizar as razões que justificam um determinado entendimento do julgador, revela o seu lado pragmático. Quer dizer, o decisor não se limita a enumerar as várias razões. O decisor veste o traje de balança e distribui pelos pratos, de cada lado, pesos (razões) concretos de forma que se torne visível qual deles tem maior preponderância. O lado pragmático da argumentação judicial complementa a argumentação formal e material e constitui uma força motriz da decisão na medida em que a justificação é boa.

Entre **Qg** até **Ai** encontram-se configurados vários tipos de enunciados, desde os normativos, os jurisprudenciais, empíricos e valorativos. A decisão deixa perceber que existem linhas argumentativas muito semelhantes e que começam, justamente, no passo **Qg**. Refere Atienza (2009) que quando o tribunal utiliza um conjunto de argumentos que parecem revelar entre si uma espécie de subsidiariedade pode acabar por revelar uma incompatibilidade com a pretensão final da decisão. Neste caso entendemos que não é isso que se verifica. O discurso pode, outrossim, revelar-se como repetitivo, mas tendo em conta que encaramos um fenómeno (a violência doméstica) que tem ganho grande notoriedade no espaço público, compreende-se que o tribunal deseje salvaguardar todos os aspetos justificativos.

Esta posição é bastante perceptível no ponto (ii) que referenciámos acima. O decisor começa por usar razões de natureza normativa para determinar que existem critérios de prevenção geral e especial e que estes têm a finalidade de “aquietação dos sentimentos afetados na perturbação difusa dos pressupostos em que assenta a vida quotidiana”. As razões de natureza jurisprudencial têm um peso significativo quanto à justificação da medida da pena porque indagam sobre a personalidade do agente, o modo de execução da conduta, o grau de ilicitude, a intensidade do dolo e o perigo criado (**3h**). E apesar de a técnica argumentativa, repetimos, reiterar razões justificativas, pensamos que permite uma abordagem sistemática aos dois lados em litígio: por um lado sublinha com ênfase que as condutas do arguido são inaceitáveis não só porque era reincidente mas também porque o seu comportamento revelava pouca consciência crítica sobre as suas ações e o valor do resultado que provocou; por outro lado, realça o papel da vítima e as consequências que a violência doméstica provocou na sua esfera de vida pessoal bem como o impacto que se repercute na sociedade (**Qh – 1h – 2h – 3h – 4h – 5h – Ah**) e (**Qi – 1i – 2i – 3i – 4i – Ai**). Ou seja, novamente, um estilo dialético que admite um convencimento do auditório através da evidenciação inequívoca das posições das partes.

O comentário final está reservado ao enunciado de tipo normativo que faz referência à violação de direitos fundamentais, consagrados na Constituição da República Portuguesa (artigo 1.º e artigo 25.º) e a normas de carácter internacional dispostas na Convenção de Istambul (1.º, 4.º e 12.º) que vinculam o Estado português no combate à violência de género. Quanto a esta razão parece ser usada num estilo de

subsidiariedade, nos termos que referimos acima. Se as razões expostas anteriormente não fossem aceites, então, sempre haveria razões normativo-constitucionais que se imporiam sobre a adequação da pena. Há um juízo valorativo, expresso em **4k**, sobre “a reprovação social e o empenhamento do Estado no combate e prevenção” da violência doméstica. Esta aceção permite que, quer o escopo das normas constitucionais, quer o corpo normativo, da Convenção de Istambul sejam usadas a título principal quando está em causa este tipo de crime. Nesta ótica defendemos que, quando se verifica o preenchimento do dispositivo do artigo 152.º, do código penal, o decisor deve considerar os princípios ínsitos quer na Constituição da República Portuguesa quer na Convenção de Istambul.

Caso 8

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 15/10/2008 (Processo n.º 639/08.6GBFLG.G1)

(i) Narração sumária do caso

O arguido **A** viveu, em condições análogas às dos cônjuges, com a ofendida **B**. Do relacionamento nasceram duas filhas, menores. Na sequência de uma discussão o arguido apertou o pescoço à ofendida quando se encontravam na rua. A ofendida deslocou-se, em outra ocasião, ao hospital recebendo tratamento para pequenas escoriações que apresentava nos joelhos. Já depois de terminada a relação conjugal, o arguido injuriou a ofendida quando esta seguia na via pública. O arguido apresenta antecedentes criminais por condenações em penas de multa por condução sem habilitação legal, por furto simples, crimes de injúria, ameaça e difamação e crime de dano. O arguido **A** foi condenado, numa pena unitária de 150 dias, à taxa diária de 6 euros, num total de 900 euros. O arguido **A** foi condenado por um crime de injúrias e um crime de ofensa à integridade física simples praticados contra a ofendida **B**. A ofendida interpôs recurso para o Tribunal da Relação de Guimarães requerendo a impugnação da matéria de facto, a existência dos vícios previstos no artigo 410.º, n.º 2, alíneas a) e c), do código penal e o pedido de condenação pelo crime de violência doméstica previsto e punido pelo artigo 152.º, n.º 1, do código penal. O principal problema levantado nesta fase de recurso diz respeito à condenação do arguido **A** pelo crime de violência doméstica ou pelo crime de injúrias e ofensa contra a integridade

física simples. Foram, também, colocados incidentes referentes a vícios normativos e à impugnação da matéria de facto.

(ii) A linha de argumentação jurídica

Pa: O recurso formula pedido de impugnação da matéria de facto por considerar que se verificaram vícios na sua.

Qb: Existem razões que sustentam a impugnação da matéria dada como provada na primeira instância?

1b: Os vícios do artigo 410.º, n.º 2, do código de processo penal, têm que resultar do texto da decisão recorrida, por si ou conjugada com as regras da experiência comum, circunstâncias que decorrem do corpo da norma.

2b: A demonstração dos vícios não pode resultar de elementos externos, designadamente, declarações prestadas ou documentos juntos durante o inquérito, a instrução ou até mesmo no julgamento, conforme acórdão, de 19/12/1990, do STJ.

Ab: Sem necessidade de mais considerações, conclui-se pela improcedência da invocação destes vícios.

Qc: Existem razões para a impugnação de um bloco de 44 factos dados como não provados?

1c: O recurso interposto assenta no equívoco de que a Relação pode fazer um novo julgamento da matéria de facto decidindo, através da consulta do registo da prova e dos elementos dos autos, quais os factos que considera “provados” e “não provados”.

2c: Para o Professor Germano Marques da Silva “o recurso em matéria de facto não se destina a um novo julgamento, constituindo apenas um remédio para os vícios do julgamento em primeira instância”. É que “o julgamento a efectuar em 2ª instância está condicionado pela natureza própria do meio de impugnação em causa, isto é, o recurso... Na verdade, seria manifestamente improcedente sustentar que o recurso para o tribunal da Relação da parte da decisão relativa à matéria de facto devia implicar necessariamente a realização de um novo julgamento, que ignorasse o julgamento realizado em 1ª instância. Essa solução traduzir-se-ia num sistema de “duplo julgamento”.

3c: As alíneas a) e b) do n.º 3, do artigo 412.º, do código de processo penal, dispõem que a impugnação da matéria de facto implica a especificação dos “concretos” pontos de facto que o recorrente considera incorrectamente julgados e das “concretas” provas

que impõem decisão diversa. Este ónus tem de ser observado para cada um dos factos impugnados, ou, ao menos, para cada conjunto de factos que integram o mesmo “episódio”. Em relação a cada um têm de ser indicadas as provas concretas que impõem decisão diversa e em que sentido devia ter sido a decisão.

4c: O recurso da matéria de facto não se destina a postergar o princípio da livre apreciação da prova, que tem consagração expressa no artigo 127.º, do código de processo penal. A decisão do tribunal há-de ser sempre uma “convicção pessoal – até porque nela desempenham um papel de relevo não só a actividade puramente cognitiva, mas também elementos racionalmente não explicáveis (v.g. a credibilidade que se concede a um certo meio de prova) e mesmo puramente emocionais” de acordo com o Professor Figueiredo Dias.

5c: A livre apreciação da prova é indissociável da oralidade com que decorre o julgamento em primeira instância. De acordo com o Professor Alberto dos Reis “a oralidade, entendida como imediação de relações (contacto directo) entre o juiz que há-de julgar e os elementos de que tem de extrair a sua convicção (pessoas, coisas, lugares), é condição indispensável para a actuação do princípio da livre convicção do juiz, em oposição ao sistema de prova legal”. E concluía aquele Professor, citando Chiovenda, que “ao juiz que haja de julgar segundo o princípio da livre convicção é tão indispensável a oralidade, como o ar é necessário para respirar”.

Ac: Na realidade, os recorrentes fazem a sua própria análise crítica da prova para concluir que deveria ser alterada a decisão quanto àqueles 44 factos. A impugnação da decisão da matéria de facto não se destina à repetição, agora por escrito, do que então terá sido dito. Mantém-se, pois, a decisão quanto à matéria de facto.

Pd: Como delimitar os casos de violência doméstica daqueles em que a acção apenas preenche a previsão de outros tipos de crime, como a ofensa à integridade física, a injúria, a ameaça ou o sequestro?

Ae: A solução está no conceito de “maus tratos”, sejam eles físicos ou psíquicos.

Qf: Qual é a definição de maus tratos?

1f: Há “maus tratos” quando, em face do comportamento demonstrado, for possível formular o juízo de que o agente manifestou desprezo, desejo de humilhar ou especial desconsideração pela vítima.

2f: Poderá haver maus tratos se, por exemplo, um cônjuge esbofetear o outro na presença de filhos menores de ambos. Aqui prevalece o juízo de que o agressor foi indiferente à imagem com que os filhos ficam do outro progenitor.

Af: Os maus tratos revelam um comportamento que deseja ver o abaixamento do ofendido, sendo que as regras mínimas de civilidade impõem que cada um dos progenitores preserve a imagem do outro.

Qg: A ofendida B. sofreu maus tratos por parte do arguido A?

1g: Em Março de 2009 a ofendida B. estava grávida da filha mais nova quando o arguido A a abordou, na via pública, chamando-a de “puta”, “filha da puta” e “porca”.

2g: O comportamento do arguido A foi especialmente humilhante para a ofendida B pois as expressões não foram proferidas dentro de qualquer tradição cultural do povo.

3g: A lei portuguesa reconhece há décadas a igualdade entre o homem e a mulher.

Ag: Sim. O juízo enunciado reforça a existência de maus tratos.

Ph: A conduta do arguido pode preencher o tipo legal da violência doméstica previsto e punido no artigo 152º, do Código penal?

Ai: O juízo de maus tratos fica reforçado e é suficiente para a condenação por violência doméstica.

Qj: O arguido A praticou actos dos quais se pode concluir que integram a prática de um crime de violência doméstica?

1j: Em Julho de 2008, em pleno dia e em local público, o arguido apertou o pescoço à ofendida provocando-lhe dor, dificuldades respiratórias e escoriações na face esquerda do pescoço.

2j: Apertar o pescoço é bem mais grave do que dar uma bofetada.

3j: Pressupõe uma maior frieza do agressor e é mais humilhante para a vítima.

Aj: Sim. O arguido A. deve ser condenado por um crime de violência doméstica previsto e punido pelo artigo 152º, n.º 1, alínea b), do Código penal em vez dos crimes de injúria e de ofensa à integridade física simples por que foi condenado na primeira instância.

Qk: As condutas praticadas pelo arguido A. são censuráveis?

1k: O crime de violência doméstica é punido com a pena de prisão de um a cinco anos.

2k: A culpa, entendida como o juízo de censura ético-jurídica dirigida ao agente por ter actuado de determinada forma, quando podia e devia ter agido de modo diverso é de grau médio.

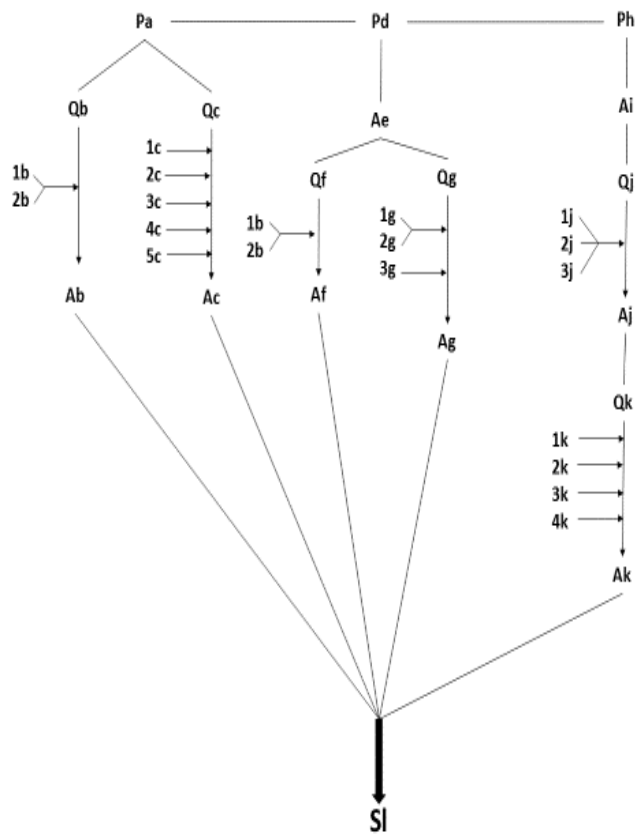
3k: A ilicitude é pequena pois estão apenas em causa dois comportamentos.

4k: O arguido já foi condenado por crimes como condução ilegal, furto, injúrias, ameaça, difamação, ofensa à integridade física e dano, o que revela uma personalidade pouco contida.

Ak: Sim. O arguido deve ser condenado em um ano e seis meses de prisão.

Sl: O arguido A. vai condenado pela prática de um crime de violência doméstica, previsto e punido pelo artigo 152º, n.1º, do Código penal, com a pena que se fixa em um ano e seis meses de prisão suspensa pois o arguido tem uma boa inserção social, as condenações foram posteriores à prática dos factos e o arguido já pagou a multa em que foi condenado. Assim, a censura do facto e a ameaça de prisão são suficientes para o afastar da prática de novos crimes.

(iii) Esquema da linha de argumentação jurídica



TRG - Processo n.º 639/08.6GBFLG.G1

(v) Análise de argumentos e razões justificativas

A sentença apresenta um campo de justificação, relativamente, sumário quando comparada com as decisões anteriores. Porém, consideramos interessante o exercício de análise tendo em conta que a decisão converte a condenação da primeira instância (por injúria e crime contra a integridade física) para uma condenação por violência doméstica. Vejamos com mais detalhe que razões justificam aquela alteração e que diferenças apresentam relativamente a outras decisões que fazem o raciocínio contrário (por exemplo, o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 22/11/2017 (processo n.º 1176/16.OPBCBR.C1).

A abordagem da técnica argumentativa, sob o ponto de vista formal, é semelhante às decisões anteriores. A técnica é ilustrativa quando aborda a questão da impugnação da prova onde se estabelece, de forma inequívoca, a ausência da identificação dos concretos pontos de facto a impugnar, logo, o pedido deve improceder. Esta técnica retrata o exercício do silogismo subsuntivo e que no problema a resolver (a impugnação da matéria de facto da primeira instância) resulta como eficaz, simples e válido.

Já quanto ao aspeto material interessa destacar os dois problemas principais da decisão: (i) o concurso entre os casos de violência doméstica e (ii) como é que a conduta do arguido **A** preenche o tipo legal de violência doméstica.

No que concerne a (i) o tribunal marca o peso dos argumentos através de razões que implicam a definição do conceito de “maus tratos” e a ponderação de atos concretos da agressão, de forma a configurá-los como os maus tratos que se verificam no crime de violência doméstica. No caso desta decisão recorre-se a um apuramento daquele conceito por técnica comparativa. Veja-se quando o tribunal refere que apertar o pescoço ao cônjuge em frente de um filho menor é mais grave do que esbofeteá-lo. E acrescenta o especial ensejo em humilhar e vexar a vítima. Este argumento é construído através da associação **Qj – 1j – 2j – 3j – Aj** e **Qk – 1k – 2k – 3k – 4k – Ak**. O decisor acrescenta um juízo valorativo de censura considerando os antecedentes criminais e a pequena ilicitude das condutas do arguido **A** para concluir que, com estas razões, fica preenchido o crime de violência doméstica.

Sem embargo do resultado da decisão, pensamos que as razões enunciadas são merecedoras de uma apreciação. A justificação acaba por convolar um crime de injúria e um crime contra a integridade física em crime de violência doméstica. Cremos que o

raciocínio prático é incipiente embora, atentos aos factos provados do caso concreto, se verifiquem razões para justificar o preenchimento daquele crime. Por exemplo, a análise da argumentação jurídica que decorre do acórdão do tribunal da Relação de Coimbra, de 22/11/2017 (processo n.º 1176/16.OPBCBR.C1) apresentou razões que permitiram concretizar o conteúdo do princípio da dignidade humana enquanto corolário que decorre da proteção de vários bens jurídicos como a saúde física e psíquica, a integridade física, a liberdade pessoal, a liberdade e a autodeterminação sexual. Acrescentou o referido raciocínio que devia verificar-se uma especial ofensa a estes bens para que resultasse ferida a dignidade humana e que essa especial lesão se devia apurar através do abuso de poder e subjugação sobre a vítima. Como se viu, o critério animou o decisor a fazer o contrário do presente caso, ou seja, o agressor havia sido condenado pelo crime de violência doméstica e viu a condenação alterada para ofensa à integridade física.

As duas decisões justificaram o problema do concurso de crimes que a norma da violência doméstica suscita. A decisão do tribunal da Relação de Coimbra de 22/11/2017 (processo n.º 1176/16.OPBCBR.C1) apresenta razões robustas, mas com uma solução inadequada. As razões da decisão que, ora analisamos, mostram justificações franzinas, mas com uma solução ajustada. Os tribunais demonstram a ausência de uma posição sistémica quanto ao dilema do concurso no âmbito da violência doméstica o que pode originar resoluções tão diversas quanto as que agora discutimos. Não colocamos em causa esta possibilidade – duas decisões podem justificar, de forma distinta, o preenchimento do crime e concluir por uma configuração idêntica, como também há a possibilidade de chegarem a soluções diferentes. Os tribunais revelam um discurso claro (bastante formal) no que respeita a apreciação da prova invocando razões normativas, de acordo com a lógica formal, para negar (a maior parte das vezes) os pedidos de impugnação que resultam dos pedidos de recurso. O que argumentamos é que as razões justificativas devem demonstrar uma abordagem judicial estruturada que, nos termos do princípio da livre apreciação da prova, deixe perceptível o valor que atribui a cada facto para o ver preenchido na respetiva tipologia criminal. A técnica da justificação argumentativa exige que sejam analisados facto a facto, depoimento a depoimento, por forma a retirar as ilações que permite concluir, inequivocamente, a prática do crime de violência doméstica. O que notamos é que o peso da justificação cai sobre o valor que

se atribui à inflição dos danos físicos. Pouco se discute a questão dos danos psicológicos da vítima e quando é abordada, a perspectiva resulta generalizada e não concretizada ao sujeito vitimizado. Por outro lado, os “pequenos” danos físicos (bofetadas, empurrões, insultos, ameaças) tendem a ser minimizados e desvalorizados através do critério de intensidade que, frequentemente, é determinante para o enquadramento da conduta na violência doméstica. Vejamos, na próxima decisão, como é tratada a questão da “intensidade” e dos danos psíquicos.

Caso 9

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 12/04/2018 (Processo n.º 3/17.6GCIDN.C1)

(i) Narração sumária do caso

O arguido A foi condenado pela prática de um crime de violência doméstica, na pena de 2 anos e 2 meses de prisão, suspensa na respetiva execução por igual período de tempo, condicionada ao dever de não contactar, por qualquer meio, com a ofendida e acompanhada de regime de prova. Foi, também, condenado na pena acessória de proibição de contactos com a ofendida pelo mesmo período da condenação. O arguido A foi condenado, igualmente, ao pagamento de €700 a título de indemnização. O recurso solicita ao tribunal que decrete a nulidade da sentença da primeira instância e que não se encontra preenchido o crime de violência doméstica.

(i) A linha de argumentação jurídica

Pa: O tribunal é chamado a resolver um pedido de nulidade, formulado pelo recorrente por terem sido dados como provados factos que não lhe foram previamente comunicados.

Qb: Assiste razão ao recorrente?

1b: O código de processo penal estabelece no artigo 379.º o regime de nulidade da sentença. De acordo com o n.º 1 só ocorre em caso de: a) a ausência das menções referidas no n.º 2 e na alínea b) do n.º 3 do artigo 374.º (inexistência de fundamentação); b) a condenação por factos diversos dos descritos na acusação ou na pronúncia; e, c) a omissão ou o excesso de pronúncia.

2b: O artigo 32.º, n.º 5 da Constituição da República Portuguesa confere ao nosso processo penal estrutura acusatória sustentada pelo princípio da investigação.

3b: O princípio do acusatório significa que só se pode ser julgado pela prática de um crime mediante prévia acusação que o contenha, deduzida por entidade distinta do julgador. Tal princípio constitui uma garantia fundamental do julgamento imparcial do *due process of law* (artigo 20.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa), pela qual se confere ao tribunal a tarefa de julgar os factos da acusação e não, de proceder officiosamente à sua investigação conforme Gomes Canotilho e Vital Moreira.

4b: No sistema processual penal a estrutura acusatória exige o exercício pleno de todas as garantias de defesa (cfr. artigo 32.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa) exige a necessária correspondência ou correlação entre a acusação e a sentença.

5b: A lei admite que na sentença por razões de economia processual e da paz do arguido, podem ser considerados factos novos resultantes da discussão da causa ainda que constituam alteração dos constantes da acusação, observadas que sejam determinadas formalidades previstas no Código de Processo Penal, nos seus artigos 1.º, 358.º e 359.º.

Ab: Estaremos perante factos novos e perante a alteração dos factos descritos na acusação ou na pronúncia, quando se modifica o concreto “pedaço de vida” que constitui o objecto do processo, dando-lhe uma outra imagem.

Qc: Que distinção deve fazer-se entre alteração substancial e alteração não substancial de factos?

1c: O artigo 1.º, alínea f), do código de processo penal define “alteração substancial dos factos” como aquela que tiver por efeito a imputação ao arguido de um crime diverso ou a agravação dos limites máximos das sanções aplicáveis. O primeiro requisito é que ocorra uma modificação dos factos, considerando-se facto o acontecimento ou ocorrência, passada ou presente, susceptível de prova. Depois, é necessário que a modificação ocorra em factos relevantes para a imputação de um crime ou para a agravação dos limites máximos das sanções aplicáveis.

2c: A alínea a), do mesmo artigo, define «crime» como o conjunto de pressupostos de que depende a aplicação ao agente de uma pena ou de uma medida de segurança criminais. O crime que para este efeito releva, é o crime diverso, entendido, não como diferente tipo legal, em sentido substantivo, mas no sentido de facto diferente, situado para além dos limites do «pedaço da vida» que constitui o objecto do processo e portanto, um crime novo.

3c: A “alteração não substancial dos factos” define-se por exclusão de partes, comungando desta qualidade toda a alteração de factos que, não sendo substancial, tenha relevo para a decisão da causa (cfr. art. 358.º, n.º 1 do C. Processo Penal).

4c: A disciplina da “alteração substancial dos factos” encontra-se fixada no artigo 359.º, do código de processo penal que exigem (i) acordo dos sujeitos processuais e (ii) falta dele. Existindo acordo entre o Ministério Público, o arguido e o assistente quanto à continuação do julgamento pelos novos factos, e não determinando estes a incompetência do tribunal, prossegue o julgamento, devendo aqueles ser considerados para efeitos de condenação (n.º 3 do artigo citado). Não existindo acordo, os novos factos não podem ser considerados pelo tribunal para o efeito de condenação, nem implica a extinção da instância (n.º 1 do artigo citado).

5c: A disciplina da “alteração não substancial dos factos” encontra-se fixada no artigo 358.º, n.º 1, do código de processo penal e consiste na sua comunicação ao arguido e na concessão do tempo estritamente necessário para a preparação da defesa, considerada em toda a sua amplitude.

6c: Confrontando os factos constantes da acusação com aqueles que foram dados como provados na sentença recorrida percebe-se que a narração do “pedaço de vida” que integra a acusação pública começa pela descrição da cláusula geral onde é imputada ao recorrente, desde o início da coabitação com a ofendida, a prática, quase diária, de injúrias, ofensas à integridade física e ameaças, bem como a indicação do modo e execução das individualizadas condutas do arguido. As expressões “és uma puta” e “andas com outros homens” foram sujeitas a uma redução temporal e passaram a referir-se a datas entre 2002/2003 e em especial desde 2016.

Ac: Constando a matéria levada ao ponto 9 dos factos provados da acusação, onde nesta, se integrava num contexto factual mais amplo, não existe facto diverso que devesse ser comunicado ao recorrente, nos termos do disposto no artigo 358.º, n.º 1, do código do processo penal pelo que, não padece a sentença recorrida da nulidade prevista no artigo 379.º, n.º 1, b) do mesmo código.

Pd: Alega o recorrente que deve ser absolvido uma vez que a acusação foi omissa quanto aos factos integradores do elemento subjetivo do crime de violência doméstica.

Qe: Verifica-se a omissão do elemento subjetivo do crime de violência doméstica?

1e: O artigo 152.º, do código penal, prevendo e punindo o crime de violência doméstica, dispõe no seu n.º 1, a) que “Quem, de modo reiterado ou não, infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações de liberdade e ofensas sexuais, ao cônjuge ou ex-cônjuge, é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.”

2e: O crime tutela o bem jurídico saúde física, psíquica, mental e moral enquanto manifestação da dignidade da pessoa humana de acordo com Américo Taipa de Carvalho e Plácido Conde Fernandes. Paulo Pinto de Albuquerque acentua a natureza pluri ofensiva do tipo protegendo os bens jurídicos integridade física e psíquica, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual e a honra.

3e: A lei não define o conceito de maus tratos físicos ou psíquicos, apenas esclarece que nele se integram castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais. Assim, incluem-se no conceito de maus tratos físicos todas as condutas agressivas que visam atingir directamente o corpo do ofendido, v.g., bofetadas, murros, pontapés, joelhadas, puxões de cabelos, empurrões, apertões de braços e pancadas ou golpes desferidos com objectos portanto, acções que, normalmente, preenchem o tipo do crime de ofensa à integridade física. E integram o conceito de maus tratos psíquicos, entre outras acções, as injúrias, as críticas destrutivas e/ou vexatórias, as ameaças, as privações da liberdade, as restrições, perseguições e as esperas não consentidas.

4e: A qualificação de uma determinada acção como mau trato não depende da sua aptidão para preencher um outro tipo de ilícito, da mesma forma que a aptidão de uma determinada acção para preencher o conceito de mau trato não significa, sem mais, a verificação do “crime de violência doméstica, tudo dependendo da respectiva situação ambiente e da imagem global do facto” segundo Nuno Brandão.

5e: A violência doméstica não é, apenas, o mero somatório das acções, típicas ou não, praticadas pelo agente contra a vítima, mas o que deste conjunto de acções, globalmente considerado, resulta, a relação de domínio daquele sobre esta, relação esta apta a afectar de forma significativa a saúde física, psíquica e moral da vítima e, por esta via, a sua dignidade.

6e: Tendo presente que, na violência doméstica, o conceito de reiteração deve conduzir a um estado de agressão permanente (o que não significa que as agressões tenham que ser constantes), revelador de uma relação de domínio do agente sobre a vítima,

proporcionada pelo ambiente familiar, deixando-a esmagada e indefesa e portanto, numa situação humanamente degradante, o direito ao contraditório, à defesa e ao processo equitativo fica assegurado quando, na impossibilidade da datação de todas as condutas ofensivas, integradoras dos maus tratos, se fixarem apenas balizas temporais da sua verificação (cfr. Plácido Conde Fernandes, ob. cit., pág. 306 e 307).

Ae: Conclui-se que o balizamento temporal das condutas do arguido se mostra feito com o mínimo de concretização exigido pelo efectivo exercício do direito de defesa. A situação concreta descrita, pelo nível de pormenorização, permitia o exercício daquele direito.

Af: O quadro resultante da matéria de facto provada demonstra a assunção pelo arguido de condutas repetidas no tempo, com violência, pelo menos, psicológica, de baixa intensidade, contra a ofendida, durante o casamento. Embora seja baixa a intensidade da violência empregue em cada concreta conduta, consideradas individual e conjuntamente, integra o conceito de maus tratos psíquicos, o padrão de comportamento, a imagem global do facto caracteriza a relação de domínio, de sobreposição do agente sobre a vítima, apta a afectar, de forma relevante, a dignidade da ofendida enquanto ser humano, pela afectação da sua saúde física, psíquica e moral. Está, pois, preenchido o tipo objectivo do crime de violência doméstica.

Qg: Está preenchido o tipo subjetivo do crime de violência doméstica?

1g: No ponto 16 dos factos provados refere-se que “O arguido agiu livre, voluntária e conscientemente, com o propósito alcançado de ofender a honra e consideração da ofendida, bem como de provocar-lhe receio de vir a sofrer acto atentatório da sua integridade física, bem sabendo que a sua conduta era adequada a causar-lhe tal resultado, como efectivamente causou, e não se abstendo de praticar os actos descritos na residência de ambos.”

2g: O dolo é o conhecimento e vontade de praticar o facto, com consciência da sua censurabilidade. O elemento intelectual do dolo (conhecimento do facto) traduz-se na representação pelo agente, no momento em que pratica a acção, de todos os elementos do tipo de ilícito objectivo, sendo necessário e suficiente o conhecimento tido por indispensável para que a sua consciência ético-jurídica possa solucionar, correctamente, a questão da ilicitude da conduta, sendo que, relativamente aos elementos normativos do tipo, é irrelevante o desconhecimento do seu exacto sentido e qualificação, bastando

o conhecimento correspondente ao cidadão comum, a valoração paralela na esfera do leigo. O elemento volitivo do dolo (a vontade de praticar o facto) significa que o agente dirige a sua vontade para a realização do tipo de ilícito objectivo ou, pelo menos, que a sua vontade se conforma com tal realização. E aqui, perante as várias atitudes psicológico-volitivas do agente relativamente à realização do tipo objectivo, a lei distingue entre dolo directo (artigo 14.º, n.º 1, do código penal), dolo necessário (n.º 2, do mesmo artigo) e dolo eventual (n.º 3 do mesmo artigo).

3g: No caso da violência doméstica, o tipo descrito no artigo 152.º, n.º 1, a), do código penal, não exige a verificação de um dolo específico, sendo suficiente para o preenchimento do tipo subjectivo o dolo genérico, traduzido no conhecimento e vontade de infligir maus tratos físicos ou psíquicos ao cônjuge, com consciência da sua censurabilidade desta conduta. A este propósito, Américo Taipa de Carvalho observa que é “necessário o conhecimento da relação subjacente à incriminação da violência doméstica e o conhecimento e vontade da conduta (caso, p. ex., das ofensas sexuais) e do resultado (caso, p. ex., das ofensas corporais), consoante os comportamentos subsumíveis ao âmbito teleológico-normativo do artigo 152.º configurem tipos de crimes formais ou materiais.

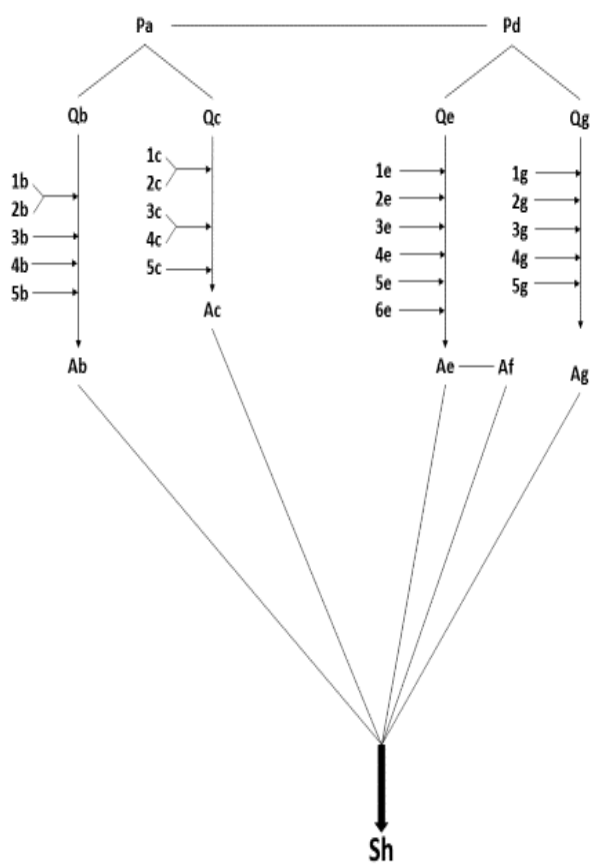
4g: Na verdade, a afirmação do dolo não exige a consciência reflexiva. Queremos com isto significar que o agente tem que conhecer que injuria e ameaça e portanto, que maltrata, e tem que querer injuriar e ameaçar e portanto, querer maltratar.

5g: Acresce que a relação de domínio será sempre uma conclusão de facto a extrair da imagem global do facto dada pelas condutas concretas em causa.

Ag: A circunstância de a omissão da descrição do dolo não constar dos factos provados da sentença recorrida não significa que não se tenha por preenchido o tipo subjectivo do crime na medida em que, referindo-se tal matéria ao dolo de injuriar e ao dolo de ameaçar, lógica e necessariamente, se refere também ao dolo de maltratar psiquicamente.

Sh: Nega-se provimento ao recurso e, em consequência, confirma-se a sentença recorrida.

(ii) Esquema da linha de argumentação



TRC - Processo n.º 3/17.6GCIDN.C1

(iii) Análise dos argumentos e razões justificativas

Quando confrontada com as decisões anteriores resulta evidente o interesse da presente decisão quanto à análise material das razões aduzidas, relativamente, ao conteúdo de maus tratos enquanto condutas lesivas da condição física ou psíquica do sujeito. Na senda das decisões precedentes, novamente, a questão dos factos provados. No pedido de recurso suscita-se a omissão de notificação, ao arguido, de factos dados como provados e em relação aos quais não terá tido exercido o seu direito de defesa. Ora, o tribunal sustenta a sua decisão em razões de natureza normativa e doutrinária. As razões de natureza processual encontram-se sempre escoradas no corpo normativo, apoiadas pelas posições da doutrina, a partir das quais se reclamam distinções que não podem deixar de se clarificar. É o caso da diferença que se estabelece entre “alteração substancial dos factos” e “alteração não substancial dos factos”. Veja-se a passagem entre **Qc – 1c – 2c – 3c – 4c – 5c – 6c – Ac**, linha de argumentação onde se explica os efeitos daquele regime jurídico. Nesta sequência de enunciados a justificação tem o cuidado de enumerar as várias hipóteses do quadro normativo para, a final, fazer o exercício de enquadramento do problema: a alteração temporal dos insultos que o arguido dirigia à ofendida não importa na alteração substancial dos factos provados na sentença e, logo, esta não padece de qualquer nulidade. A posição de justificação que gostaríamos de evidenciar, neste argumento, diz respeito à visão geral sobre as condutas agressivas. Este ponto, em termos materiais de justificação é crucial no entendimento da prova. Interessa ter um entendimento genérico dos comportamentos do agente que correspondem ao “pedaço de vida” dos sujeitos e que provam os maus tratos.

A justificação doutrinária recorre, de novo, à posição de doutrinadores como Américo Taipa de Carvalho, Plácido Conde Fernandes ou Paulo Pinto de Albuquerque para escarpelizar o bem jurídico que a norma do artigo 152.º, do código penal, pretende proteger. De novo aferimos que o bem jurídico protegido pela norma é a saúde física e psíquica e que o tipo se vê preenchido quando o agente inflige na vítima maus tratos físicos, psíquicos, mentais ou morais. Este âmbito de interpretação (não encontramos na lei uma definição do que são maus tratos físicos ou psíquicos) permite inquirir sobre a dimensão das condutas que provocam tais maus tratos. Quer dizer: uma bofetada disferida entre dois agentes que mantêm uma relação afetiva é um mau trato nos

termos do artigo 152.º? Afirmar que a vítima é feia, burra ou incompetente, constituem mau trato segundo aquela disposição? Ou trata-se de injúrias? A sentença avança com uma posição justificativa interessante aferida através do entendimento de maus tratos. Defende Nuno Brandão que, nestes casos, tudo depende da situação e do momento (o autor é citado na decisão). É uma posição cautelosa e admissível, mas não deixa de ter uma latitude, em certa medida cética. É que a dimensão dos maus tratos é avaliada através da posição dominante que o agente tem sobre a vítima. Esta razão é visível em 5e e 6e: o conjunto das ações resulta numa relação de domínio sobre a vítima, de tal forma que afetam de forma significativa a sua saúde física, psíquica e moral, portanto, conduz ao preenchimento do crime de violência doméstica. Tal como se verifica em sentenças anteriores, deixa-se aqui a ideia que a relação de poder coloca a vítima numa situação indefesa, esmagada e humanamente degradante. Este entendimento, quanto à vítima desarmada e frágil pode dar lugar à formação de ideias estereotipadas sobre as vítimas e contribuir para que os casos de violência doméstica sejam balizados para os sujeitos que se encaixarem naquele padrão. Ficam, assim, de fora casos em que a vítima resiste à relação de domínio ou veste o papel de “provocadora”, situações que, enquadradas dentro daquela noção de avaliação geral do ambiente e da globalidade das ações, podem construir razões que esvaziam o crime de violência doméstica e, consequentemente, a sua finalidade punitiva.

Um outro aspeto, associado a esta abordagem da relação de poder de agente sobre a vítima diz respeito à razão “intensidade”. Já a vimos aqui antes e remetemos para as considerações aí feitas. Porém, sempre acrescentamos que esta sentença, apesar de usar o termo “baixa intensidade” conclui que as ações do agressor, avaliadas individual e conjuntamente, integram “indubitavelmente o conceito de maus tratos psíquicos (...) apta a afetar, de forma relevante, a dignidade da ofendida enquanto ser humana”. A justificação dá relevo aos maus tratos psíquicos, circunstância menos visível em razões enunciadas nas decisões anteriores.

Finalmente, uma linha de argumento que pensamos merecer apontamento é a que se refere à justificação que é dada quanto ao preenchimento do elemento subjetivo do tipo (o dolo). Além das razões normativas e doutrinárias o decisor estabelece um juízo valorativo quando afirma que “o dolo não exige a consciência reflexiva”. Quer dizer, o agente tem que saber que maltrata, tem que querer maltratar, mas não tem que querer

e saber se as suas ações são idóneas a causar danos na saúde física, psíquica e moral da vítima. Diz o tribunal que o agente “muitas vezes não o saberá, quanto mais não seja, por meras razões culturais”, mas que isso não significa que deixou de atuar sem dolo. Ou seja, o argumento aqui construído, evidencia a importância do “saber” e do “querer” e estes serão indispensáveis ao preenchimento do elemento subjetivo do tipo, no entanto, a relação reflexiva de ter consciência que as ações provocaram danos na vítima, não é um ponto crucial, tão pouco afasta o dolo. O reparo que anotamos diz respeito, mais uma vez, à percepção de relação de domínio que se associam a este tipo de razões justificativas e que podem condicionar essa mesma justificação. Na próxima decisão indagaremos na sua análise a questão do bem jurídico.

Caso 10

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 10 de Setembro de 2012 (processo n.º 1011/11.6GBBCL-G1)

(i) Narração sumária do caso

O arguido A foi acusado pelo Ministério Público da prática de um crime de violência doméstica previsto e punido pelo artigo 152.º, n.ºs 1, alínea a) e 2, do código penal. A ofendida B veio requerer pedido de indemnização cível, em virtude dos factos praticados, no valor de €2.500,00, para reparação de danos não patrimoniais. Em sentença de 1ª instância, o arguido A foi absolvido quer da incriminação quer do pagamento da indemnização.

O arguido A foi casado com a ofendida B e têm uma filha em comum. Em 2010, o casal divorciou-se por mútuo consentimento. Em Junho de 2011, no âmbito de um processo-crime, assumiram o compromisso de não estabelecer contacto físico e verbal. No processo da 1ª instância ficou provado que o arguido **A** se dirigiu, por diversas ocasiões, à ofendida **B**, na casa de morada de família. Numa das situações a ofendida B solicitou a intervenção da GNR (Guarda Nacional Republicana). A ofendida B mudou a fechadura da casa com o objetivo de impedir que o arguido acesse à casa de morada de família, que no divórcio havia sido atribuída a ambos. Depois da audiência de julgamento o arguido foi absolvido pelo Tribunal de 1ª instância quer da prática do crime de violência doméstica quer do pagamento da indemnização cível. A ofendida decidiu interpor recurso para o Tribunal da Relação de Guimarães (TRG). O Ministério Público

bem como o arguido responderam ao recurso sustentando a absolvição. O problema colocado diz respeito à subsunção das condutas do arguido à previsão do artigo 152.º do Código penal, n.º 1, alínea a) e 2, do código penal. Os factos provados formaram na convicção do julgador que aquelas condutas não podem subsumir-se a este crime. O recurso pretende impugnar a apreciação da prova por considerar que os factos foram erroneamente apreciados pelo Tribunal de 1ª instância.

(ii) A linha de argumentação jurídica

Pa: Um ex-cônjuge que assume o compromisso judicial de não contactar quer física quer verbalmente a sua ex-mulher pratica um crime de violência doméstica no caso de vir a estabelecer esse contacto por diversas ocasiões dirigindo-se à casa de morada de família?

Nb: Não. As declarações do arguido afiguram-se credíveis no que diz respeito aos factos provados sendo corroboradas pelas declarações do agente da GNR que verificou que a ofendida se encontrava perturbada mas limitou-se a afirmar que o arguido não podia ali estar não tendo acusado o mesmo de qualquer conduta de natureza violenta de ordem física ou psicológica.

Qc: A apreciação da prova foi erroneamente interpretada?

1c: A impugnação da prova deve verificar-se através dos requisitos do artigo 410.º, n.º 2 e do artigo 412.º, n.ºs 3, 4 e 6, do código de processo penal.

2c: O artigo 410.º, n.º 2 alude aos vícios decisórios cuja indagação resulta da fundamentação da decisão recorrida conjugada com as regras de experiência comum.

3c: O artigo 412.º, n.ºs 3, 4 e 6 refere-se à análise do que pode ser extraído da prova documentada e produzida em audiência, com base na audição de gravações que possam demonstrar erros ou incorrecções da decisão recorrida.

4c: O artigo 412.º, n.º 3 impõe o ónus ao recorrente de indicar os concretos pontos de facto que considera incorrectamente julgados; as concretas provas que impõem decisão diversa da recorrida e as provas que devem ser renovadas.

Ac: A reapreciação da prova implica a análise de concretos pontos de facto que o recorrente especifique como incorrectamente julgados.

Qd: O recorrente indicou os concretos pontos de facto onde baseia a sua fundamentação para a impugnação da matéria de facto de acordo com o artigo 412.º, n.º 3, do código de processo penal?

1d: Não é suficiente que o recorrente pretenda fazer uma revisão da convicção do julgador. É imperiosa a demonstração de que as provas indicadas impõe outra convicção.

2d: O recorrente deve demonstrar que a convicção do julgador é uma impossibilidade lógica, uma impossibilidade probatória, uma violação de regras de experiência comum ou uma utilização errada de presunções naturais.

3d: O tribunal da Relação deve analisar o processo de formação da convicção do julgador e concluir pela sua razoabilidade.

4d: O recorrente não indicou os concretos pontos de facto que considerava incorrectamente julgados nem as passagens em que se funda a impugnação.

Ad: O recorrente não cumpriu com o seu ónus, quanto à impugnação da matéria de facto, nomeadamente pela falta da sua motivação específica e conclusões de recurso.

Ae: A reapreciação da prova quanto à matéria de facto deverá ser feita com o cuidado e ponderação necessárias, face aos princípios da oralidade, imediação e livre apreciação da prova.

Qf: A formação da convicção do julgador da 1ª instância foi a adequada?

1f: O tribunal da Relação deve analisar o processo de formação da convicção do julgador apreciando, com base na prova gravada e demais elementos de prova, se as respostas dadas apresentam erro evidenciável e/ou têm suporte razoável nas provas e nas regras da lógica, experiência e conhecimento comuns.

Af: A fundamentação da livre convicção do julgador com base nas regras de experiência comum, obtida com o benefício da imediação e oralidade, só pode ser afastada se ficar demonstrado que é inadmissível a sua utilização pelas mesmas regras de lógica e experiência comum.

Ag: O crime da violência doméstica, previsto no artigo 152.º, n.º 1, do código penal estabelece que: “1. Quem, de modo reiterado ou não, infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais: a) Ao cônjuge ou ex-cônjuge; (...) é punido com pena de prisão de um a cinco anos (...)”.

Qh: Após um compromisso judicial prévio em que o arguido se compromete a não contactar, quer física quer verbalmente, a ofendida, encontra-se preenchido o crime de violência doméstica se aquele arguido contactar, por diversas vezes, a ofendida com a finalidade de se inteirar do estado de saúde da filha de ambos?

1h: O crime de violência doméstica pode ser cometido mesmo que não haja reiteração de condutas, embora só em situações excepcionais o comportamento violento único preencha o tipo de ilícito.

2h: Na descrição típica da violência doméstica recorre-se às ideias de reiteração e intensidade para esclarecer que não é imprescindível uma continuação criminosa.

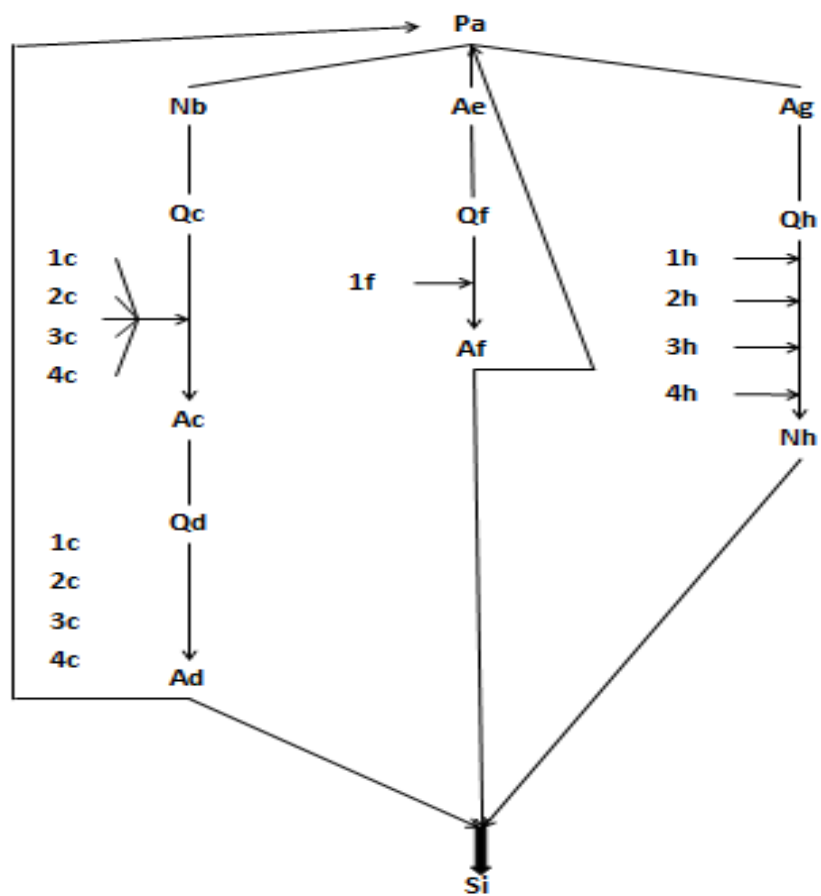
3h: O bem jurídico protegido por este tipo de crime é a saúde que abrange a saúde física, psíquica e mental.

4h: O bem jurídico, enquanto materialização da dignidade da pessoa humana, implica que a norma incriminadora apenas preveja as condutas efectivamente maltratantes, que colocam em causa a dignidade da pessoa humana.

Nh: Não é suficiente qualquer ofensa à saúde física, psíquica, emocional ou moral da vítima, para o preenchimento do tipo legal.

Si: A análise dos factos provados conduz à conclusão de que não ficaram demonstrados os elementos constitutivos do tipo legal do crime de violência doméstica que foi imputado ao arguido.

(iii) Esquema da linha de argumentação



TRG - Processo n.º 1011/11.6GBBCL-G1

(iv) Análise dos argumentos e razões justificativas

A justificação do presente caso espelha um caso simples em que o decisor recorre a enunciados do sistema normativo para categorizar as várias razões justificativas. O julgador conclui pelo não preenchimento do tipo de crime (violência doméstica) após discorrer sobre as questões de natureza processual (prova) e as que dizem respeito ao bem jurídico protegido pela norma. No que concerne a apreciação da prova, a técnica argumentativa é semelhante à utilizada nas decisões prévias. O decisor judicial considera a prova um ponto sensível na argumentação e conduz o fio da razoabilidade de acordo com os preceitos normativos. Podemos observar que as razões que sustentam a recusa da impugnação da prova de matéria de facto encontram-se no sistema normativo (artigos 127.º, 410.º e 412.º, do código de processo penal). Devemos deixar nota que são os próprios preceitos jurídicos que impõem a aplicação de critérios de razoabilidade com base nas regras da lógica e da experiência comum (**Af**). O entendimento do que é a lógica e a experiência comum pode encontrar-se bem justificado, em termos formais, mas pode discutir-se em termos materiais. O reparo que fazemos não coloca em causa a razoável justificação do tribunal, na medida em que fica demonstrado a não identificação dos concretos pontos de facto que o recorrente visava impugnar. E, assim sendo, não resta outra técnica que não a da subsunção. Ainda assim, gostaríamos de deixar uma nota no que respeita ao critério da lógica e da razoabilidade da experiência comum. Na presente decisão, o tribunal da Relação não aduz razões ao que considerou ter sido justificado segundo aquele critério. O que faz é ater-se aos mecanismos processuais do litígio. A primeira instância, relativamente aos factos provados, estabeleceu a seguinte lógica: a ofendida, na presença da polícia, referiu que o arguido não podia estar na sua casa exibindo um “papel” que demonstrava a sua afirmação. Face a esta situação, o tribunal concluiu que a conduta da ofendida “não se coaduna com as regras da experiência comum, porquanto acaso tivesse sido exercida alguma violência sobre si, tê-lo-ia dito imediatamente à polícia.” Esta suposição da regra da experiência comum assenta num pressuposto comportamental que desconsidera os efeitos de receio e vergonha que atingem as vítimas de violência doméstica. A regra de experiência comum, na sociedade contemporânea, não pode deixar de considerar as consequências que a cultura paternalista tem na aplicação da lei. Refere Vaz Serra (2000,

p.190) que “Ao procurar formar a sua convicção acerca dos factos e das regras da experiência, conclui que esse facto denuncia a existência de outro facto.” A ação de julgar deve envolver um compromisso essencial com a fundamentação dos juízos probatórios. Nas regras de experiência comum verifica-se a aplicação da lógica indutiva. Apreender uma realidade através daquilo que é normal significa que deverão considerar-se todos os critérios que definem importantes conotações no caminho da investigação. Isto mesmo defende Mendes (2009, p. 1011) “as regras da experiência servem para produzir prova de primeira aparência (...) na medida em que desencadeiam presunções judiciais simples (...) mas se baseiam apenas na experiência de vida.”. A Conselheira Teresa Féria (2017) discorre sobre as questões estereotipadas no processo de julgar, invocando os mitos que subsistem no sistema judicial e que afetam, numa larga representatividade as mulheres. A autora defende a introdução de uma perspetiva de género, no ato de julgar, como método que potencia o ultrapassar daquele tipo de questões.

A segunda linha de argumentação (**Qh – 1h – 2h – 3h – 4h – Nh**) justifica o não preenchimento do tipo legal. A justificação elenca as habituais razões de natureza normativa e doutrinal acerca da proteção do bem jurídico. Os tribunais entendem que não é qualquer conduta que preenche o crime de violência doméstica e que, em caso de não reiteração, só em casos excecionais o comportamento violento preenche o tipo. Pensamos que o decisor podia ter ido mais longe na sua justificação. Em particular, entendemos que a correlação que se estabelece entre a lesão do bem jurídico saúde física e psíquica com a ofensa especial à dignidade humana merece maior fundamentação. Esta técnica já pode ser observada quer na decisão do caso 6 e caso 7. As exigências de uma motivação adequada são cada vez maiores face ao fenómeno da violência doméstica. O julgador das instâncias superiores deve evitar, sumariamente, fundamentar a decisão com base em puros formalismos. Se, perante um problema de interpretação, o/a juiz/juíza burocratiza o sistema motivacional, então, a sua linguagem tem como resultado um conjunto de enunciados impercetíveis aos seus destinatários. A racionalidade das decisões judiciais deve ser capaz de demonstrar que a resolução de P (problema) tem por base a formulação de enunciados racionais que, em consequência, devem entender-se de uma determinada maneira. Na decisão que acabámos de analisar

percebemos que a técnica formalista é dominante nas linhas de argumentação estabelecidas. Vejamos, de seguida, outro exemplo formalista.

Caso 11

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10 de julho de 2013 (processo n.º 413/11.2GBAMT.P1)

i) Narração sumária do caso

Um Tribunal de 1ª instância proferiu sentença em que decidiu condenar o arguido B pela prática de um crime de violência doméstica previsto e punido pelo artigo 152.º, n.1, alínea a) do Código penal, na pena de um ano de prisão. A execução da pena é suspensa por igual período e condicionada à total proibição de contactos ofensivos ou disruptivos com a ofendida. Desta decisão o arguido interpôs recurso alegando que dos factos provados não podia concluir-se que a sua conduta é subsumível ao crime de violência doméstica, mas que integram, antes, o crime de ameaça e injúria, previstos e punidos pelos artigos 153.º e 181.º do Código penal, invocando assim um erro notório de incriminação por parte do *tribunal a quo*. Ademais invoca, ainda, o recurso que as condutas do arguido não são suficientes ou idóneas para lesar o bem jurídico protegido pelo crime de violência doméstica, pois não constituem uma situação de maus tratos, da qual resultem riscos sérios para a integridade física ou psíquica, requerendo, portanto, a absolvição do mesmo quanto ao crime de violência doméstica. Esta fundamentação tem por base as condutas do arguido que, estando já divorciado da ofendida por período superior a um ano, em espaços públicos proferiu contra a mesmas palavras injuriosas, ao mesmo tempo que tentava agredi-la. O Tribunal da Relação vê-se confrontado com o problema de ajuizar um recurso que alega que condutas injuriosas e ameaças, entre ex-cônjuges, não são subsumíveis ao crime de violência doméstica tal como se encontra previsto no artigo 152.º do Código penal. Está, por conseguinte, em causa analisar o bem jurídico lesado pela referida norma penal.

ii) A linha de argumentação jurídica

Pa: Há erro de interpretação na subsunção dos factos ao direito no caso de serem proferidas ameaças e condutas injuriosas reiteradas, por parte de ex-cônjuge, integrando aquelas o crime de violência doméstica previsto e punido pelo artigo 152.º, do código penal?

Ab: O artigo 152.º, nº.1, alínea a), do código penal prevê que “Quem, de modo reiterado ou não, infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade ou ofensas sexuais: a) ao cônjuge ou ex-cônjuge é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.”

1b: O bem jurídico que a norma protege é a pessoa individual na sua dignidade humana;

2b: O bem jurídico é a saúde, bem jurídico complexo que abrange a saúde física, psíquica e mental que pode ser afectado por toda a multiplicidade de comportamentos.

Qc: A conduta do ex-cônjuge afecta a saúde física e psíquica da ofendida?

1c: O crime de violência doméstica pressupõe uma determinada relação entre os sujeitos activo e passivo.

2c: O tipo objectivo de ilícito preenche-se com a acção de infligir maus tratos-físicos ou maus tratos psíquicos.

3c: Os maus tratos psíquicos consistem em humilhações, provocações, molestações e ameaças.

4c: Os maus tratos psíquicos são uma conduta de mera actividade bastando o dolo de perigo para afectar a saúde, o bem-estar psíquico e a dignidade humana do sujeito passivo.

Ac: O arguido não atinge a integridade física mas infligiu maus tratos psíquicos ao seu ex-cônjuge.

Qd: As condutas do ex-cônjuge são praticadas de forma reiterada contra a ofendida?

1d: A 25 de Abril de 2011 o arguido proferiu, num baile do quartel de Bombeiros Voluntários insultos e ameaças à ofendida, ao mesmo tempo que tentava agredi-la;

2d: No dia 24 de Abril de 2011 o arguido dirigiu-se ao automóvel onde se encontrava a arguida com o actual companheiro e ameaçou-a com uma navalha;

3d: O arguido telefonou, repetidamente, à ofendida proferindo insultos e ameaçando a sua integridade física caso a encontrasse na rua.

Ad: O arguido dirigiu à ofendida, por diversas vez, insultos e ameaças em espaços públicos e perante terceiros.

SPe: Suponhamos que o ex-cônjuge pratica, apenas, uma conduta de ameaças.

1e: O crime em apreço também se preenche mesmo que não haja reiteração quando são infligidos maus tratos físicos ou psíquicos.

Ne: Não é exigível para o preenchimento do tipo legal do crime a reiteração da conduta.

Qf: A conduta do arguido integra o conceito de maus tratos psíquicos?

1f: O arguido causou, com a sua conduta, à ex-cônjuge medo e ansiedade para além de a humilhar e rebaixar diante de terceiros.

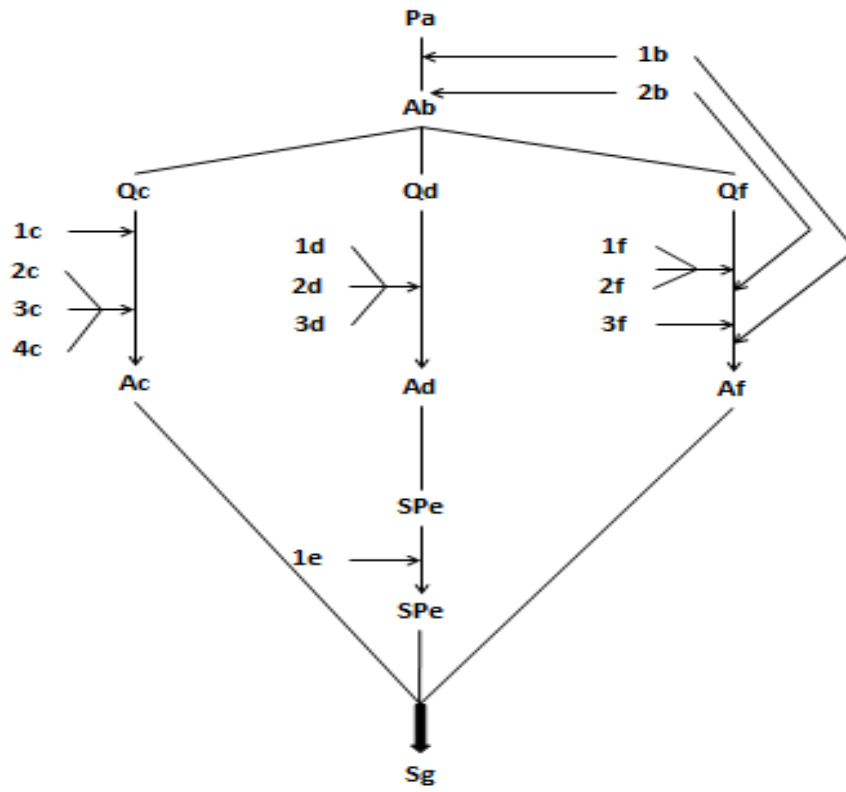
2f: O arguido colocou em causa a honra e consideração da ofendida;

3f: O arguido também violou a liberdade de determinação e decisão da ofendida.

Af: A sua conduta configura a típica modalidade de infligir maus tratos-psíquicos ficando claro que lesou o bem jurídico, saúde física e psíquica, protegido pelo crime de violência doméstica.

Sg: Não há qualquer erro de interpretação na subsunção dos factos ao direito integrando a conduta do arguido os pressupostos objectivos e subjectivos do crime de violência doméstica.

(iii) Esquema da linha de argumentação



TRP - processo n.º 413/11.2GBAMT.P1

(iv) Análise de argumentos e razões justificativas

A decisão revela, tal como referimos acima, uma abordagem formalista da técnica interpretativa. A questão do bem jurídico aparece resguardada pela posição normativa do artigo 152.º, do código penal e o típico entendimento doutrinário. Estamos, portanto, na presença de razões sedimentadas no sistema normativo e doutrinário que dão corpo à sua justificação interna. Tal como defendemos na análise de outras sentenças, em termos de argumentação material, as razões que suportam a proteção do bem jurídico devem ser explícitas e desenvolvidas num sentido mais claro, para que os destinatários (não os agentes envolvidos no litígio, mas a comunidade de cidadãos em geral) consigam apreender o significado material da decisão. Na presente sentença o julgador elencou, também, razões de natureza empírica. Entre **Qd – 1d – 2d – 3d – Ad** e **Qf – 1f – 2f – 3f – Af** o tribunal enumerou as condutas factuais do arguido (insultos e ameaças) para as enquadrar no conceito de maus tratos físicos e psíquicos. Neste ponto, a justificação devia apresentar razões que estabelecessem uma estreita correlação dos insultos e ameaças com os maus tratos psíquicos bem como os efeitos de desgaste na vida quotidiana da vítima. A motivação resultaria mais clara e precisa quanto ao que o tribunal considera como mau trato no plano psíquico e, por conseguinte, como lesão do bem jurídico tutelado pela norma penal. Surge, novamente, a razão do medo, da ansiedade e do vexame, fatores que os tribunais parece considerarem não só indissociáveis da infligência de maus tratos, mas imprescindíveis para o enquadramento do tipo. Ora, em relação a esta abordagem há que considerar que uma vítima de violência doméstica não deixa de se vítima porque resiste ou não tem medo do agressor.

A sentença apresenta um resultado adequado (a decisão da primeira instância foi confirmada) mas a justificação externa carece de uma motivação mais robusta. Não se percebe, por exemplo, o efeito pragmático porque as razões materiais não concretizam aspetos fulcrais quanto à capacidade persuasiva. Quanto a este ponto que arguimos vejamos a análise da próxima decisão.

Caso 12

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 29 de Fevereiro de 2012 (Processo n.º 368/09.3PQPRT.P1)

(i) Narração sumária do caso

O arguido A foi casado com a ofendida B. Em 2007 foi diagnosticado ao arguido uma doença bipolar. A ofendida B padece de fibromialgia desde 2000. Em 2009, quando já dormiam em quartos separados, o arguido impediu a ofendida de dormir, retirando-lhe a roupa da cama e fazendo-lhe vários telefonemas para o telemóvel por forma a acordá-la. O arguido tirava a roupa da cama, as roupas do vestuário, importunando o descanso da ofendida. Noutra altura o arguido retirou o puxador da porta do quarto da ofendida para a impedir de sair do quarto. Em Julho de 2009 ambos decidiram divorciar-se. O arguido pretendia repartir a casa, no entanto, a ofendida decidiu sair já que não era possível manter um convívio saudável. Nesse período o arguido fazia reparos sobre a condição física da ofendida perante terceiros. A ofendida, numa condição precária, conseguiu ficar a viver numa casa que o seu irmão lhe arranjou. O arguido A ficou a residir na casa de morada de família e com a guarda da filha de ambos. A ofendida sentiu-se vexada e humilhada em consequência das condutas do arguido que lhe infligiram sofrimento psíquico. O arguido foi condenado pela prática de um crime de violência doméstica, previsto e punido pelo artigo 152.º, nº 1, alíneas a) e c), n.º 2, n.º 3 e n.º 6 do código penal, na pena de 1 ano e 6 meses de prisão cuja execução ficou suspensa. Também foi condenado ao pagamento de uma indemnização cível no valor de €2.500. Inconformado o arguido A interpõe recurso pugnando pela sua absolvição ou substituição da pena por um ano de prisão, suspensa por igual período de tempo.

(ii) A linha de argumentação jurídica

Pa: A matéria de facto deve ser reexaminada?

Ab: A matéria de facto só é susceptível de ser alterada, em sede de recurso, quando a racionalidade do julgamento da matéria de facto, corresponda a um juízo desrazoável ou arbitrário da apreciação da prova produzida.

Qc: Estão preenchidos os requisitos legais para a apreciação da prova, em sede de recurso?

1c: O artigo 431.º, do código de processo penal determina que a decisão do tribunal de 1.ª instância sobre a matéria de facto pode ser modificada se a prova tiver sido impugnada, nos termos do artigo 412.º, n.º 3, do mesmo código.

2c: De acordo com o artigo 412.º, n.º 3 “quando impugne a decisão proferida sobre matéria de facto, o recorrente deve especificar: a) os concretos pontos de facto que considera incorrectamente julgados; b) as concretas provas que impõem decisão diversa da recorrida; c) as provas que devem ser renovadas.”

3c: O reexame da matéria de facto não visa a realização de um novo julgamento, mas apenas sanar eventuais erros procedimentais ou decisórios.

4c: A reapreciação implica uma avaliação sobre a razoabilidade da convicção formada pelo tribunal “a quo”.

Ac: O juízo decisório da matéria de facto só é susceptível de ser alterado quando a racionalidade do julgamento anterior corresponda, de modo objectivo, a um juízo desrazoável ou arbitrário da apreciação da prova, juízo esse subordinado às regras de experiência comum.

Qd: A matéria de facto, indicada pelo recorrente, deve ser impugnada através de uma nova apreciação da prova?

1d: Ninguém presenciou os factos ocorridos entre o arguido e a ofendida, porém, apenas esta relatou a versão dos factos, tendo o arguido exercido o direito ao silêncio.

2d: Apenas existe uma versão do ocorrido restando nesta fase o reexame dos factos provados e se a credibilidade dada pelo tribunal recorrido se mostra irrazoável ou arbitrária.

3d: Os conflitos e episódios factuais mais marcantes ficam “entre muros” ou no “silêncio” dos seus intervenientes e só mais tarde ganham forma e exposição.

4d: As agressões psíquicas têm repercussões invisíveis e, aparentemente, dissociadas da sua causa.

Nd: O recorrente não cumpriu com o seu ónus, quanto à impugnação da matéria de facto, nomeadamente pela falta da sua motivação específica e conclusões de recurso.

Pe: O arguido praticou um crime de violência doméstica?

Af: O artigo 152.º, n.º 1, do código penal, pune “Quem, de modo reiterado ou não, infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações de

liberdade e ofensas sexuais (...)", o que sucederá quando tal suceder "a) Ao cônjuge ou ex-cônjuge".

Qg: O que se pretende tutelar com este tipo de crime?

1g: A tutela penal situa-se no núcleo irredutível da dignidade humana.

2g: A dignidade humana tem uma consagração constitucional nos seus artigos 1.º, 24.º, n.º 1 e 25.º, da Constituição da República Portuguesa e é uma referência inabalável dos direitos humanos – artigo 5.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem; artigo 3.º, n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

3g: O relacionamento entre casais e a coabitação gera relações de dominação e de subalternidade decorrentes de uma posição de superioridade de um dos parceiros em relação ao outro estando este sujeito a uma certa violência individual.

4g: Existe uma nova consciência da gravidade que tais comportamentos violentos têm na ruptura do relacionamento em sociedade.

Ag: Trata-se de uma tutela especial e reforçada da vítima que pretende proibir os maus tratos conducentes à violação ostensiva da saúde física ou psíquica. A partir do bem jurídico tutelado os maus tratos no crime de violência doméstica têm sempre subjacente o tratamento degradante ou humilhante da pessoa.

Qh: Qual o alcance dos maus tratos psíquicos?

1h: O caso em apreço situa-se na existência de maus tratos psíquicos que dizem respeito à violência do homem sobre a mulher.

2h: Os maus tratos psíquicos estão associados à posição de controlo e dominação do agressor sobre a vítima.

3h: A posição de vulnerabilidade foi reconhecida à mulher no que é conhecido como violência de género, de modo a sobressair a sua dimensão cultural e histórica.

4h: Na declaração das Nações Unidas respeitante à eliminação da violência contra a mulher considera-se como acto de violência "todo aquele que possa ter como resultado um dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico para a mulher, assim como as ameaças de tais actos, a coacção, a privação arbitrária da liberdade, tanto aquela que se produza na vida pública como na vida privada."

Ah: São enquadrados nos maus tratos psíquicos todo o constrangimento, seja realizado de modo directo ou expesso, seja de modo indirecto ou implícito, temporalmente

concentrado ou distribuído que, pelo menos e de modo ostensivo, atemorize a vítima com vista a afectar a sua integridade psicológica.

Qi: As condutas do arguido integram o tipo de maus tratos psíquicos e, por isso, preenchem o tipo legal do crime de violência doméstica?

1i: Nos factos provados encontram-se dois episódios ocorridos em Abril de 2009 quando arguido e ofendida já viviam em quartos separados.

2i: No primeiro episódio o arguido retirou as roupas da cama onde dormia a mulher e atirou-as para a banheira. Molhou o colchão. Tirou o colchão o que fez com que a ofendida se deitasse no chão. Acabou por voltar o colchão com a parte molhada para baixo e arrastou-o para cima da ofendida.

3i: No segundo episódio o arguido, depois de telefonar insistentemente para a ofendida que se havia fechado no quarto, retirou o puxador da porta deixando-a ali retida.

Ai: As condutas do arguido vexaram e humilharam a mulher de modo direto e expresso, atemorizando e condicionando a mesma, reduzindo a ofendida a um mero objeto de dominação, atos que são perfeitamente integradores de maus tratos psíquicos exigidos pelo crime de violência doméstica.

Qj: A pena de condenação deve ser reduzida para um ano?

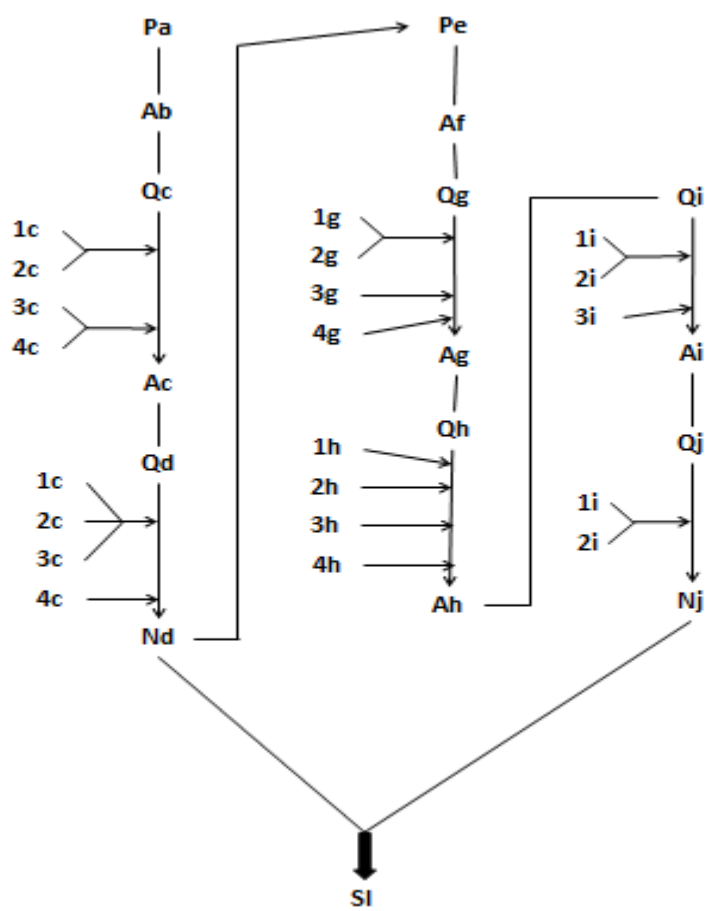
1j: A moldura penal do crime de violência doméstica da previsão do artigo 152.º, n.º 1, alínea a), do código penal situa-se numa pena de prisão de 1 a 5 anos.

2j: A finalidade da aplicação de qualquer pena está contida no artigo 40.º, n.º 1, do Código penal que prevê a “protecção dos bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade” acrescentando que “em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa”.

Nj: É equilibrada a sentença de 18 meses de prisão, ainda que suspensa, pois a culpa do arguido mostra-se num patamar razoável considerando a sua conduta perversa.

SI: O arguido praticou um crime de violência doméstica e atentos à factualidade provada a pena de condenação não deve ser alterada.

(iii) Esquema de argumentação jurídica



TRP - processo n.º 368/09.3PQPRT.P1

(iv) Análise de argumentos e razões

A sentença é equilibrada no campo da justificação interna e externa. Sem embargo do resultado que se conseguiu sustentar, deixamos algumas notas apreciativas sobre os argumentos de natureza material e o que lograram no aspeto pragmático.

Os elementos de dedução lógica formal encontram-se, à semelhança das outras posições jurisprudenciais já analisadas, espelhadas na questão da impugnação da prova. A linha de argumento que se estabelece entre **Ab – Qc – 1c – 2c – 3c – 4c – Ac** enumera razões de carácter normativo que permitem a subsunção formal à norma face à ausência da “falta de motivação e conclusões de recurso” do recorrente. No entanto, verifica-se um aspeto material importante neste conjunto de razões e que não foram detetadas em outras decisões. O tribunal acentua a dificuldade da prova quando se refere à circunstância dos factos (violência conjugal) ocorrerem “entre muros” e, consequentemente deixarem “repercussões invisíveis” (**4d**). Esta ilação já acrescenta um ponto de vista valorativo sobre o efeito das agressões (físicas ou psicológicas) no seio da vivência conjugal, o que não observámos anteriormente. A constatação da invisibilidade das consequências, quer físicas quer psicológicas, entre os agentes em conflito é um fator que contribui para a dificuldade da apreciação da prova. Assim, para que as razões justificativas sobre a apreciação da prova devem considerar o contexto de tensão, conflitualidade e violência através de meios técnicos (perícias) que sirvam de sustentação ao apuramento cabal da verdade material.

O segundo problema desta decisão diz respeito ao enquadramento do tipo penal. O decisor discorre sobre conceitos normativos pontuado por referências à Constituição da República Portuguesa e à Declaração Universal dos Direitos Humanos para autonomizar a relevância dos maus tratos psíquicos (as condutas do arguido não implicaram a infligção de agressões físicas). Em **4g** o raciocínio prático estabelece uma clara associação entre a dimensão normativa e o valor que “a consciência da gravidade que tais comportamento violentos têm na ruptura do relacionamento da sociedade”. Este mesmo raciocínio repete uma fórmula que já vimos antes, quando afirma que os maus tratos psíquicos devem espelhar “uma relação de dominação” e “subalternidade” (**3g**), uma “posição de controlo e dominação do agressor” (**2h**) e uma “posição de vulnerabilidade” da vítima (**3h**). Para reforçar esta visão usa o conceito de violência da declaração das Nações Unidas que a declara como todo o ato “que possa ter como

resultado um dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico para a mulher, assim como as ameaças de tais actos, a coacção, a privação arbitrária da liberdade, tanto aquela que se produza na vida pública como na vida privada”.

As razões que aqui são aduzidas são capazes de estabelecer um âmbito concreto de dano quando estejam em causa os maus tratos psíquicos. Esta técnica é conseguida porque na linha de argumentação entre **Qi – 1i – 2i – 3i – Ai** enumeram-se os fatos empíricos que permitem retirar aquela conclusão, que as condutas do arguido traduzem-se, efetivamente, em maus tratos psíquicos. Daqui resulta uma formulação argumentativa mais forte na medida em que se percebe que o efeito dos maus tratos psíquicos não se cinge ao que se passa entre quatro paredes, mas tem, igualmente, consequências nefastas na comunidade. No nosso entendimento trata-se de uma justificação racional que aponta um efeito pragmático no sentido que consegue persuadir com boas razões (as normativas, as empíricas e as factuais). Percebe-se que o discurso, apesar de recorrer à habitual fórmula jurisprudencial na tutela do bem jurídico da norma penal, usa uma técnica persuasiva quanto à amplitude do conceito de maus tratos psíquicos.

Um último ponto desta análise refere-se à atribuição da pena (**Qj – 1j – 2j – Nj**). O arguido foi condenado a uma pena de 1 ano e seis meses de pena suspensa na sua execução. Cremos que as razões materiais mereciam uma abordagem menos burocratizada. As ilações que se tiram da adequação da pena encaixam no preceito normativo do artigo 40.º, do código penal, sem mais considerações que aquelas que aduz através da “pena equilibrada” em virtude da conduta pérfida do agressor. Neste caso, a razão material que soluciona a confirmação da pena não é muito clara. Não é porque se limita a fazer uma generalização da conduta do arguido sem ponderação dos efeitos que a sua perfídia causou na vítima. Dada a linha de argumentação construída em torno da dimensão dos maus tratos psíquicos e a inferência da conduta “pérfida” do arguido seria de supor uma pena mais gravosa. Ou seja, no âmbito da condenação o tribunal aligeira a motivação cingindo-se ao tradicional formalismo burocrático.

A boa decisão judicial deve ser capaz de identificar, claramente, as várias partes que a compõem bem como o problema que o tribunal é chamado a resolver, as questões de prova, de interpretação ou qualificação, as respostas a essas questões e as razões em que se baseiam tais respostas. Na presente decisão, a várias linhas de argumentação

encontram-se bem estruturadas, no entanto, na última parte parece-nos mais deficiente pelos motivos que acabámos de enunciar.

Caso 13

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

(i) Narração sumária do caso

O arguido **A** vem condenado, pela primeira instância, em concurso efectivo, pela prática de um crime de violência doméstica agravada, nos termos do artigo 152.º, n.º 1, alíneas a) e b) e no n.º 2, ambos do código penal, estando também condenado na sanção acessória de proibição de contactos com a vítima e de proibição de uso e porte de armas e de obrigação de frequência de programas específicos de prevenção da violência doméstica, por força dos n.ºs 4 e 5, do referido artigo, na pena de 3 anos de prisão; vem, igualmente, condenado pela prática de 3 crimes de violação agravada, prevista e punida pelo artigo 164.º, n.º 1, alínea a) e 177.º, n.º 1, alínea b), ambos do código penal, nas penas de 4 anos e 6 meses de prisão.

A pena única de prisão, decorrente do cúmulo jurídico é de 7 anos e 6 meses de prisão. O arguido fica, também, condenado à proibição de contacto com a vítima, afastamento da residência e local de trabalho, durante o período de 2 anos a seguir ao cumprimento da pena.

Os principais factos provados contam que arguido e ofendida passaram a coabitar desde 2014 e que, desde o início do relacionamento, aquele a agredia com bofetadas, murros e pontapés, cuja frequência foi variando ao longo do tempo, chegando a ser diária. O arguido também apelidava a ofendida de “Sua vaca! Sua cabra! Sua puta! Queres-me pôr fora de casa para receber velhos! És uma bêbada! Andas com amantes! Olha queavas! Dou-te já! Desfaço-te!” Tal como resultam dos factos provados, entre junho e julho de 2014 agrediu a ofendida com bofetadas, socos e pontapés. Este ambiente de conflitualidade e agressões físicas perdurou até 2016. O arguido forçou a vítima a manter com ele relações sexuais, com uso de violência, em três situações. A vítima acabou por ingressar numa casa de abrigo em abril de 2016. O arguido já havia sido condenado, em 2010, pelo crime de violência doméstica, cuja vítima foi outra companheira e no qual foi condenado a 3 anos de pena suspensa na sua execução.

(i) A linha de argumentação jurídica

Pa: O pedido de recurso do arguido invoca a violação do princípio *in dubio pro reo* por erro notório da apreciação da prova.

Qb: Verifica-se a violação de tal princípio?

1b: O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de Janeiro de 2008 (processo n.º 07P4198) afirma: “IV- Não haverá, na aplicação da regra processual da “livre apreciação da prova” (artigo 127.º, do CPP), que lançar mão do princípio *in dubio pro reo* exigido pela constitucional presunção de inocência do acusado, se a prova produzida, depois de avaliada segundo as regras da experiência e a liberdade de apreciação da prova, não conduzir – como aqui não conduziu – «à subsistência no espírito do tribunal de uma dúvida positiva e invencível sobre a existência ou inexistência do facto”.

2b: O *in dubio pro reo* “parte da dúvida, supõe a dúvida e destina-se a permitir uma decisão judicial que veja ameaçada a concretização por carência de uma firme certeza do julgador” (Monteiro, Cristina Líbano «In Dubio Pro Reo», Coimbra). Até porque “a prova, mais do que uma demonstração racional, é um esforço de razoabilidade” (idem, pág. 17): “O juiz lança-se à procura do ‘realmente acontecido’ conhecendo, por um lado, os limites que o próprio objecto impõe à sua tentativa de o ‘agarrar’ (idem, pág. 13)”.

3b: Haverá violação do princípio *in dubio pro reo* se for manifesto que o julgador, perante uma dúvida relevante, decidiu contra o arguido, acolhendo a versão que o desfavorece ou quando da análise e apreciação objectiva da prova produzida, à luz das regras da experiência e das regras e princípios em matéria de direito probatório, resulta que as deveria ter (Neste sentido os acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27/5/2010 e 15/7/2008).

Nb: A decisão não revela que optou por decidir contra o arguido ou que chegou a um estado de dúvida insanável pelo que não se vislumbra a ocorrência de tal vício ou erro. A dúvida que possibilita a aplicação do princípio *in dubio pro reo*, é uma dúvida insanável: por não ter sido possível ultrapassar o estado de incerteza após aplicação de todo o empenho e diligência no esclarecimento dos factos; dúvida razoável: sendo uma dúvida séria, racional e argumentada; e dúvida objectivável: porque justificável perante terceiros excluindo as dúvidas arbitrárias ou as meras conjecturas ou suposições.

Qc: Ocorre dúvida nos termos do princípio do *in dubio pro reo*?

1c: O acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 29 de abril de 2009 (processo n.º 89/06.9PAVCD.P1) declara que “... o princípio *in dubio pro reo* é, ... uma imposição dirigida ao juiz, segundo a qual, a dúvida sobre os factos favorece o arguido”.

2c: O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 8 de Janeiro de 2014 “Se a decisão recorrida não manifestou qualquer incerteza, nem qualquer dúvida acerca das condenações impostas aos arguidos, o tribunal não decidiu “*in malam partem*” não se verificando violação do dito princípio”.

Nc: A dúvida não ocorre e não existindo essa dúvida, por esta via também não é possível alterar a matéria de facto. Improcede assim esta questão.

Pd: O arguido alega que inexistente o crime de violação agravada. O arguido vem acusado da violação das normas dos artigos 164.º, n.º 1, alínea a) e 177.º, n.º 1, alínea b), do código penal.

Qe: Verifica-se o preenchimento dos elementos tipo do crime violação agravada, por ausência de força física?

1e: O acórdão do tribunal *a quo* refere o artigo 164.º, sob a epígrafe “Violação”, no seu n.º 1, alínea a), do código penal: 1 - Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa: a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; (...) é punido com pena de prisão de três a dez anos.”

2e: Por sua vez, reza assim o artigo 177.º, sob a epígrafe “Agravação”, no seu n.º 1, alínea. b), do mesmo diploma legal: “1 - As penas previstas nos artigos 163.º a 165.º e 167.º a 176.º são agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se a vítima (...) b) Se encontrar numa relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho do agente e o crime for praticado com aproveitamento desta relação.”

Qf: Que bem jurídico está protegido pela norma do artigo 164.º, do código penal?

1f: No crime de violação, previsto no artigo 164.º, do código penal, está em causa a liberdade sexual, a auto-conformação da vida e prática sexuais da pessoa, afrontada pelo constrangimento daquela a suportar ou praticar os actos descritos nos seus n.ºs 1 e 2. O bem jurídico protegido, no crime de violação, é o da liberdade de determinação sexual da vítima, e da auto-conformação da vida e das práticas sexuais da pessoa.

2f: Em sede geral, cada pessoa (adulta) tem o direito de se determinar como quiser em matéria sexual, seja quanto às práticas a que se dedica, seja quanto ao momento, ao lugar ou parceiro, com quem as partilha – pressuposto que aquelas sejam levadas a cabo em privado e este nelas consintam. A liberdade sexual decorre do direito do indivíduo a dispor do seu corpo, parte integrante da sua autonomia pessoal; a liberdade sexual é ainda um elemento fundamental do direito à intimidade e vida privada.

3f: A sexualidade é, para Daniel Borrilo, apresentada como o “locus” privilegiado da autonomia da vontade do ser humano. “O direito penal deve intervir para regular a vida em ordem à protecção da pessoa, dos seus direitos e liberdades, mas respeitando sempre o livre arbítrio do cidadão”. Daí que este ramo do direito não deva tutelar valores morais ou de uma qualquer moral.

Af: O tipo objectivo de ilícito no crime de violação consiste em o agente constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral, por meio de violência, ameaça grave ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir. A conduta típica traduz-se num acto de coacção imediatamente dirigido à prática, activa ou passiva, de um acto sexual de relevo (no caso a cópula).

Qg: O que é a coacção enquanto meio típico da violação?

Ag: A coacção é, antes de tudo, a violência, e no contexto do artigo 164.º, apenas o uso da força física (como vis absoluta ou como vis compulsiva) destinada a vencer uma resistência oferecida ou esperada.

Qh: Por que razão é assim entendida a coacção, como a violência destinada a vencer a resistência esperada?

1h: O código penal de 1852 dispunha no seu artigo 394.º: “Aquelle que tiver cópula illicita com uma mulher, posto que não seja menor, nem honesta, contra sua vontade, por meios de violência, ou por meios fraudulentos tendentes a suspender o uso dos sentidos, ou a tirar o conhecimento do crime, será degradado por toda a vida pelo crime de violação”.

2h: O código penal de 1982 veio dispor no artigo 201.º: “1. Quem tiver cópula com mulher, por meio de violência, grave ameaça ou, depois de, para realizar a cópula, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir ou ainda, pelos mesmos meios, a constranger a ter cópula com terceiro, será punido com prisão de 2 a 8 anos”.

3h: O decreto-lei n.º 48/95 de 15.03 veio dar nova redacção ao crime de violação, estabelecendo-se no artigo 164.º: "1. Quem tiver cópula com mulher, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para realizar a cópula, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, ou, ainda, pelos mesmos meios, a constranger a tê-la com terceiro, é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos; 2. Com a mesma pena é punido quem, nos termos previstos no número anterior, tiver coito anal com outra pessoa, ou a constranger a tê-lo com terceiro".

4h: Em 02 de setembro de 1998, a Lei n.º 65/98 alterou o artigo 164.º, do código penal, passando a dispor: "1 - Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos".

5h: A redacção do artigo 164.º, do código penal, em vigor à data dos factos, foi introduzida pela Lei n.º 59/2007, de 04.09 e dispõe: "1- Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa: a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou b) A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos; é punido com pena de prisão de três a dez anos".

6h: A violência tem uma certa corporalidade mas não é necessário que deva qualificar-se como pesada ou grave. Figueiredo Dias refere que sob certas circunstâncias concretas como a debilidade física ou psíquica, o carácter temeroso ou assustadiço da vítima pode bastar. É aqui decisiva a perspectiva da vítima. Não se torna indispensável uma resistência efetiva bastando que devesse contar-se com ela e o uso da violência a destine a vencê-la.

7h: A jurisprudência defende que "A violência, quando a mesma é exigida para a verificação do crime de violação, e também no de atentado ao pudor, não pode ser dirigida contra as coisas, mas sim contra as pessoas, e tem de se traduzir na prática de actos que tenham como resultado o constranger a vítima a suportar uma conduta que não quer, numa construção da figura em que o constrangimento corresponde a um ter de suportar uma determinada actuação, contra a vontade e sem possibilidade do exercício de uma reacção com recurso aos meios normais de defesa contra tal" (STJ, 25/11/1992).

Ah: Crê-se que o uso da força se reporta à utilização de força física como meio de vencer a resistência oferecida ou esperada por parte da vítima como reacção à actuação do agente. Força essa que não tendo que revestir características específicas há-de revelar-se como meio adequado e idóneo a vencer a resistência real ou presumível que a vítima oponha à acção.

Qi: O que deve entender-se por cópula para efeitos dos crimes de estupro e de violação?

1i: Consideramos que de acordo com a norma do artigo 164.º, n.º1 e a sua teleologia, deve considerar-se cópula apenas a penetração da vagina pelo pénis, embora não se exija a ejaculação dentro da própria vagina. No que concerne à verificação deste crime no seio conjugal, nada impede que o mesmo se verifique, preenchidos que estejam os elementos típicos atrás analisados.

Ai: No caso *sub judice* e tendo em consideração a matéria de facto provada, logo se conclui que se verifica em concreto o requisito do uso de violência, por parte do arguido, com vista ao constrangimento da assistente no sentido de com ela praticar cópula em cada uma daquelas três situações ali descritas.

Qj: Quais são as razões que justificam esta afirmação?

1j: A factualidade descrita nos pontos 29) a 40) e 48) a 50) dos factos provados.

Aj: Vistos estes factos, inexistente qualquer dúvida de que ocorre a violência física com vista ao acto sexual e no seu decurso, pelo que ocorre este elemento típico, tal como ocorre a circunstância agravante do artigo 177.º, n.º 1, alínea. b), do código penal, porquanto a vítima se “encontrar numa relação familiar” dado que o arguido e a vítima são (e eram à data) casados, e os actos em causa ocorreram com aproveitamento dessa relação e por causa dela, em casa e no ambiente familiar.

Pk: O terceiro problema dá conta da punição do arguido em concurso real pelo crime de violência doméstica e três crimes de violação.

Ql: Como tem sido tratada esta questão do concurso relativamente à violência doméstica?

1l: Paulo Pinto de Albuquerque opina que “O crime de violência doméstica é uma forma especial do crime de maus tratos (...). Ele está também numa relação de especialidade com os crimes de ofensas corporais simples ou qualificadas, os crimes de ameaças simples ou agravadas, o crime de coacção simples, o crime de sequestro simples, o crime de coacção sexual previsto no artigo 163.º, n.º 2, o crime de violação previsto nos termos

do artigo 164.º, n.º 2, o crime de importunação sexual, o crime de abuso sexual de menores dependentes previsto no artigo 172.º, n.º 2 ou n.º 3 e os crimes contra a honra. Portanto, a punição do crime de violência doméstica afasta a destes crimes.”

2I: O autor refere que “O crime de violência doméstica está numa relação de concurso aparente (subsidiariedade expressa) com os crimes de ofensas corporais graves, contra a liberdade pessoal e contra a liberdade e autodeterminação sexual que sejam puníveis com pena mais grave do que a prisão até 5 anos. Isto é a punição por estes crimes, afasta a da violência doméstica”.

3I: Catarina Sá Gomes é diversa, defendendo esta “tratar-se de um caso de subsidiariedade nos maus tratos com ofensas corporais graves e de um caso de concurso efectivo nos maus tratos com sequestro ou com violação.”

4I: Taipa de Carvalho defende “Entre o crime de violência doméstica (...) e os crimes de ofensa à integridade física simples ..., de ameaça, ...contra a honra, de coacção...de sequestro simples...de coacção sexual ... de violação (artigo 164.º, n.º 2) de importunação sexual existe uma relação de concurso aparente sendo o agente punível apenas pelo crime de violência doméstica. A mais adequada qualificação da relação entre as normas em confronto é a de relação de consumpção: a gravidade do ilícito da violência doméstica consome ou absorve o ilícito de ofensas corporais simples, etc.”. Quando se trata de uma única ofensa corporal simples que configure violência doméstica, “não há incorrecção alguma em afirmar-se que nesse caso concreto, há entre a violência doméstica e a ofensa corporal simples ... uma relação de especialidade”, sendo que defende que toda a relação de especialidade é uma relação de consumpção segundo um critério teleológico material. Adianta todavia que “Entre o crime de violência doméstica e os crimes de ofensa à integridade física grave... sequestro qualificado... coacção sexual (artigo 163.º, n.º 1), de violação (artigo 164.º, n.º 1) há uma relação de subsidiariedade expressa aplicando-se somente a pena prevista para cada um destes crimes” de acordo com o qual apenas se aplicaria a pena mais grave sem qualquer agravamento, ficando “sem relevância legal-penal a referida relação especial; ou seja em termos de pena legal tudo se passará como se tivesse sido um qualquer estranho a cometer o crime”, com o que teria a lei criado um paradoxo.

5I: Já para M.M. Garcia e J.M. Castela Rio “ A violência doméstica chama a terreiro (...) situações de especialidade (ofensas corporais simples ou qualificadas, ameaça, coacção,

sequestro nas suas diversas modalidades, o crime de violação do artigo 164.º e mesmo o crime de injúria) e subsidiariedade (subsidiariedade expressa com os crimes de ofensa à integridade física grave, contra a liberdade pessoal e contra a liberdade e autodeterminação sexual, puníveis com pena superior à do artigo 152.º n.º1).”

6l: O acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 5 de maio de 2010, refere que “O crime de violência doméstica encontra-se numa relação de especialidade com os crimes de ofensa à integridade física simples e de ameaça em que a punição do crime de violência doméstica afasta a destes crimes.

7l: O acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 21 de março de 2013 “III – O crime de violência doméstica está numa relação de especialidade com o crime de ofensas corporais, pelo que a condenação por este crime, relativamente a factos que constavam da acusação, não importa qualquer alteração de factos, substancial ou não substancial.”

8l: O acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 1 de outubro de 2013 “IV. – Por força do disposto no n.º 1, do artigo 152.º do Código penal, em que se prescreve que quem, de modo reiterado ou não, infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais (...) é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal, os factos caracterizadores do crime de violação que tenha ocorrido no contexto espaço-temporal em que decorreu a violência doméstica separam-se e dão origem à verificação do crime de violação. Se após esta separação, restarem mais factos ou outros factos relativos à violência doméstica, eles continuarão a integrar e a dar corpo a esse crime de violência doméstica e à sua respectiva punição, em concurso real com a da violação.”

Qm: considerando estas posições doutrinárias e jurisprudenciais que tipo de situações concretas importa reter e que relação jurídica pode ser estabelecida?

1m: ocorrendo factos integradores do crime de violência doméstica consubstanciados em outros ilícitos como sejam os castigos corporais, privações de liberdade e ofensas sexuais e outros como injúrias e coacção, punidos com pena até 5 anos de prisão, ocorre uma relação de especialidade (ou de consumpção, ao estilo de Taipa de Carvalho) sendo os factos apenas integradores e punidos pelo crime de violência doméstica.

2m: Se os mesmos factos são integradores de crimes puníveis com penas superiores a 5 anos de prisão aí entra em acção a regra da subsidiariedade, do n.º 1, do artigo 152.º,

do código penal, o que aconteceria entre o crime de violência doméstica e o de violação, do artigo 164.º, n.º1, alínea a), do código penal (pena de 3 a 10 anos de prisão) ou do n.º 2 (pena de 1 a 6 anos de prisão), sendo punível com a pena do crime mais grave, pois a relação de subsidiariedade determina que “certas normas só se aplicam subsidiariamente, ou seja quando o facto não é punido por outra norma mais grave” (Leal Henriques et alli, O código penal de 1982, 1986, Vol. 1, pág. 206), ou “ uma disposição penal só é aplicável secundariamente, isto é, só reivindica validade para o caso em que uma outra já não intervenha” (Wessels), ou “ um tipo legal de crime deva ser aplicado somente de forma auxiliar ou subsidiária, se não existir outro tipo legal, em abstracto também aplicável, que comine pena mais grave” (Figueiredo Dias).

3m: Ocorrendo o crime de violação, num contexto que este crime integraria os elementos típicos do crime de violência doméstica tal conduta seria punida pelo crime de violação independentemente da diversidade dos bens jurídicos protegidos por cada crime.

4m: Esta regra não se aplica se dos maus tratos físicos ou psíquicos resultarem ofensa à integridade física grave ou a morte, caso em que a pena é a estabelecida pelo artigo 152.º, n.º 3 (2 a 8 anos ou 3 a 10 anos de prisão). Neste caso o crime é agravado pelo resultado e imputável a título de negligência.

Am: No caso em apreço os actos de violação, embora integrados no ambiente familiar do casal (porque entre cônjuges), revestirem autonomia indo para além do ambiente de violência doméstica (maus tratos) até aí existente e que só por si constituía o crime de violência doméstica, o certo é que a lei no artigo 152.º, n.º 1, do código penal quis criar essa relação de subsidiariedade entre o crime de violência doméstica e o crime que implicaria pena mais grave, sendo apenas punido por esta. Não cabendo ao Juiz, resolver o paradoxo que o legislador assim criou de deixar “sem pena” uma série de actos, resta apenas aplicar a lei. Deve assim ser punido pela prática, em autoria material, de um crime de violência doméstica, p. e p. pelo artigo 152.º, n.º 1, alínea b) e n.º 2, do código penal, em concurso aparente com um crime de violação, p. e p. pelo artigo 164.º, n.º 1, alínea a), do código penal, não havendo lugar à aplicação da pena acessória dado que este normativo não prevê este tipo de penas e é a pena deste artigo 164.º, do código penal, aplicável.

Qn: Considerando o enquadramento qual deve ser a determinação da pena?

1n: Na determinação da medida da pena concreta atende-se ao disposto no artigo 71.º, do código penal.

2n: Defende Cavaleiro Ferreira que “A culpa é o pressuposto e fundamento da responsabilidade penal. A responsabilidade é a consequência ou efeito que recai sobre o culpado. (...) Sendo pressuposto e fundamento da responsabilidade deve ser também a sua medida, (...). O domínio do facto pelo agente é o domínio da sua vontade racional e livre, e é esta que constitui o substrato da culpa”. Figueiredo Dias acrescenta que o princípio da culpa é a “consequência da exigência incondicional da defesa da dignidade da pessoa humana que ressalta dos artigos 1.º, 13.º, n.º 1 e 25.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa”.

3n: O processo de determinação da pena concreta seguirá a seguinte metodologia: a partir da moldura penal abstracta procurar-se-á encontrar uma sub-moldura para o caso concreto, que terá como limite superior a medida óptima de tutela de bens jurídicos e das expectativas comunitárias e, como limite inferior, o *quantum* abaixo do qual já não é comunitariamente suportável a fixação da pena sem pôr irremediavelmente em causa a sua função tutelar.

An: Vistos os factos apurados na sua globalidade, atendendo às regras e princípios supra expressos, os antecedentes criminais à data e a personalidade do arguido, percebe-se uma expressa anti juricidade reiterada e em que todos os factos se interconexionam (todos contra a esposa, por violência doméstica e os demais relativos à vivência familiar) e por causa dela abrangendo a intencionalidade dolosa toda essa acção, que tem em conta o modo de ser do arguido afigura-se-nos que a pena a aplicar não deve ser inferior a cinco anos de prisão.

Qo: Deve haver lugar à suspensão da pena?

1o: Nos termos do artigo 50.º, n.º 1, do código penal, para que a suspensão da pena seja possível é necessário “... concluir que a simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição”.

2o: O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 3 de junho de 1993, citando Jescheck: “na base da decisão de suspensão da execução da pena deverá estar uma prognose favorável ao agente, baseada num risco prudencial. A suspensão da pena funciona como um instituto em que se une o juízo de desvalor ético-social contido na sentença com o

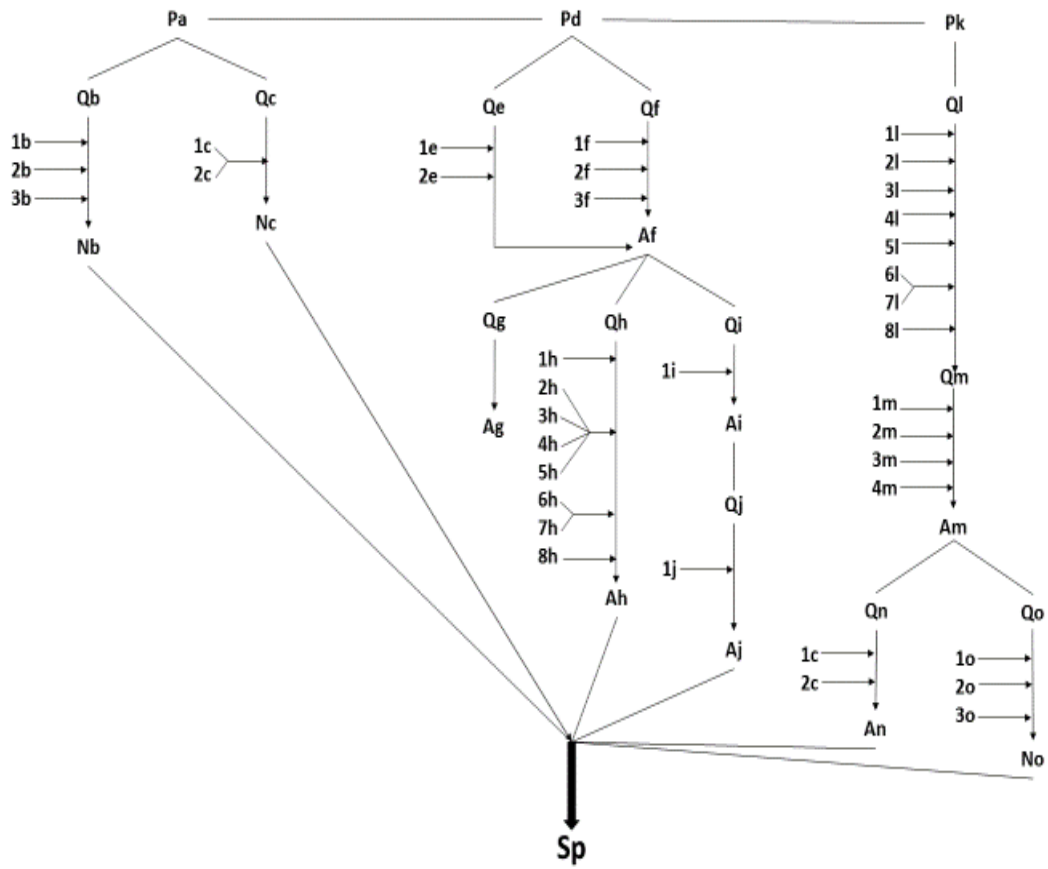
apelo, fortalecido pela ameaça de executar no futuro a pena, à vontade do condenado em se integrar na sociedade.”

3o: O tribunal deve emitir um juízo de prognose favorável à reinserção social do arguido considerando a sua personalidade, condições de vida, conduta anterior e posterior ao crime e o modo e circunstâncias, de forma que seja possível concluir que a suspensão da pena satisfaz as exigências de prevenção especial (reinserindo o arguido na sociedade) de modo a que não cometa mais crimes (prevenção da reincidência) e proteja os bens jurídicos ou seja essa pena seja sentida como suficiente pela comunidade que mesmo assim vê a validade da norma restabelecida.

No: Vistos os factos e as anteriores condenações, incluindo em pena suspensa pelo mesmo crime, resulta não ser possível emitir um juízo de prognose favorável à suspensão da pena. As condenações anteriores não se revestiram de qualquer eficácia preventiva e não preveniram a reincidência. Também, não protegeram eficazmente o bem jurídico violado nem as expectativas da comunidade em face da reiteração criminosa e no caso não há que atender a exigências de prevenção especial de ressocialização, visto que o arguido não manifesta intenção de se emendar e não cometer novos crimes, e a tal se opõem de igual modo as exigências de prevenção geral, pois a comunidade/ sociedade não compreenderia na situação dos autos a condenação em nova pena suspensa face à ineficácia das anteriores.

Sp: Julga-se, parcialmente, o recurso interposto pelo arguido e em consequência alterando o acórdão recorrido, condena-o como autor material de um crime de violência doméstica, p. e p. pelo artigo 152.º, n.º 1, alínea b) e n.º 2, do código penal, em concurso aparente, em regime de subsidiariedade, com um crime de violação, p. e p. pelo artigo 164.º, n.º 1, alínea a), do código penal, na pena de cinco anos de prisão.

(ii) Esquema da linha de argumentação



TRP - processo n.º 1342/16.9JAPRT

(iii) Análise dos argumentos e razões justificativas

O presente caso relata uma situação em que o agressor de violência doméstica veio, também, condenado pelo crime de violação. A questão problemática que nos interessa analisar, em termos argumentativos, diz respeito ao concurso real entre aqueles dois crimes. Um primeiro olhar permite notar um raciocínio prático que trata, essencialmente, de enunciados do tipo doutrinário e jurisprudencial. As razões justificativas da sentença são construídas a partir daí. Existem manifestações pontuais quanto a razões de natureza empírica, nomeadamente, aquelas que se referem aos factos provados.

O tribunal divide a sua argumentação em três linhas: a apreciação do princípio do *in dubio pro reo*; o preenchimento do tipo legal da violação; e a discussão sobre concurso real/concurso aparente entre violação e violência doméstica.

Quanto ao primeiro problema o decisor começa por estabelecer as razões pelas quais entende que não foi violado o princípio *in dubio pro reo*. Verifica-se que são razões de natureza jurisprudencial e doutrinária (**Pa – Qb – 1b – 2b – 3b – Nb; Qc 1c – 2c – Ac**). Este exemplo retrata a metodologia formal do silogismo subsuntivo. O julgador conclui que não subsistiram dúvidas no seu espírito, nos termos impostos pela lei, e daí conclui que o pedido de nulidade, interposto pelo arguido, não merece provimento.

O segundo problema, que trata de demonstrar o preenchimento típico do crime de violação, parte das premissas normativas. Não nos alongaremos, neste ponto, sobre o tipo de argumentação, mas sempre se deve acrescentar que o raciocínio jurídico tem uma grande preocupação em recuperar (por exemplo) todos os antecedentes normativos – podem operar como razões para o enquadramento fáctico – mas dedica pouca atenção aos factos praticados. A análise demonstra uma grande preocupação com os enunciados normativos e jurisprudenciais em detrimento da enunciação fáctica. Esta encontra-se presente em **Qj – 1j – Aj**, constituindo uma abordagem generalizada às condutas violentas uma vez que daqueles factos também fazem parte as ações atinentes à violência doméstica.

O terceiro problema (aquele que nos importa) analisa a questão do concurso real e concurso aparente entre a violação e a violência doméstica. O arguido veio condenado pelos dois crimes e contesta essa condenação com base no que vem preceituado no artigo 152.º, n.º 1, parte final, que estipula “(...) é punido com pena de prisão de um a

cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.” A doutrina entende que a letra da lei expressa um comando de subsidiariedade que, na prática, significa que, num cômputo geral das ações violentas, a violência doméstica é afastada pela norma com a pena mais grave. Albuquerque (2015, p. 594) afirma “O crime de violência doméstica está numa relação de concurso aparente (subsidiariedade expressa) com os crimes de ofensas corporais graves, contra a liberdade pessoal e contra a liberdade e autodeterminação sexual que sejam puníveis com pena mais grave do que 5 anos. Isto é, a punição destes crimes afasta a da violência doméstica”. A jurisprudência enuncia semelhante posição. O acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12 de dezembro de 2016 (processo n.º 1152/15.OPBAMD-5) entende que “O n.º 1, do artigo 152.º, do Código Penal, ao terminar com a expressão ‘se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal’ consagra a regra da subsidiariedade, significando que a punição por este crime apenas terá lugar quando ao crime geral a que corresponda a ofensa não seja aplicada uma pena mais grave (...)”. Foi este o entendimento da presente decisão. O crime de violência doméstica sumiu-se para dentro do crime de violação. Sem embargo da interpretação sobre a aplicabilidade da regra, entendemos que, no processo, consta uma enunciação fáctica que permitiria traçar outro tipo de justificação racional, em termos materiais, o que conduziria, potencialmente, a um resultado diferente, designadamente, à condenação em concurso real. Conforme Faria (2017) a decisão sobre a unidade ou pluralidade de ilícitos depende da valoração global dos factos. A doutrina apela a uma avaliação contextual das condutas porque nem todas as ações integrarão, sem mais, o ilícito de violência doméstica (Fernandes, 2008; Leite, 2010). Esta tem de ser feita pelo julgador que deve estabelecer uma relação inequívoca entre a ação e o ilícito penal. Ora, por um lado, o julgador mostrou uma preocupação evidente na abordagem à violação (em termos doutrinários e jurisprudenciais) mas não revelou igual interesse pelo enquadramento material da violência doméstica (em termos fácticos).

O concurso real tem lugar quando se verifica a prática de uma pluralidade de ações que correspondem a uma pluralidade de crimes. No ponto 4, dos factos provados é referido que desde o início da união o arguido agredia a vítima com bofetadas, murros e pontapés. No ponto 6) indica-se que a referida atuação variou ao longo do tempo, chegando a ser diária. No ponto 9) refere-se que o arguido desferiu vários murros na

vítima atingindo-a em diferentes partes do corpo. E vários são os factos relacionados com estas agressões, nomeadamente, o 11), 12), 13), 15), 16), 23). Ou seja, estamos perante ações autonomizáveis da ação descrita nos pontos 29), 30), 31), esta que consubstancia a violação. O critério para o concurso aparente determina que a conduta do agente preenche vários tipos de crime, mas por recurso à interpretação das normas conclui-se que, em determinadas situações, essa conduta é absorvida por um só tipo de crime. Ora, parece-nos que no caso presente, a interpretação do elemento teleológico da norma permite a representação de atos autonomizáveis do crime de violência doméstica daqueles que foram praticados no crime de violação, apesar da relação de subsidiariedade que se verifica entre ambos. Na relação de especialidade é possível estabelecer elementos de conexão entre os vários tipos de crime mercê da regra *lex specialis derogat legi generali*. (Carvalho et al., 2012) Este vínculo especial verifica-se entre o crime de violência doméstica e crimes como a ofensa à integridade física simples, a coação, a ameaça, a perseguição, as injúrias defendendo os autores que se não tivesse lugar a aplicação do crime de violência doméstica, nesta relação de especialidade se teria criado um verdadeiro paradoxo legal. Quer dizer, o que releva, enquanto vínculo especial, é uma concreta especificidade que une os agentes num vínculo afetivo.

Já na relação de subsidiariedade expressa não pode ter estado presente no espírito do legislador fazer uma interpretação da letra da lei que reflete uma invisibilidade dessa norma no processo judicial. E esta invisibilidade é substantiva: é que condenando o arguido, apenas, pelo crime de violação desaparece a cominação estabelecida para a aplicação das sanções acessórias do crime de violência doméstica, uma penalização crucial que pretende acautelar a segurança da vítima muito para além dos eventos consumados. Ou seja, a aplicação da medida da pena não tem somente em vista os pressupostos de prevenção geral e especial. Vai mais além – envolve um pressuposto de segurança para a integridade pessoal da vítima. A fundamentação da decisão deixou de considerar este aspeto. A aplicação da regra da subsidiariedade expressa determina que certas normas se aplicam quando os factos não são punidos por outra mais grave. Esta é a cominação estabelecida na regra da violência doméstica. Para que se verifique o concurso real entre o crime de violência doméstica e o crime de violação é, então, necessário apurar na matéria de facto que a conduta do agente congrega condutas autonomizáveis, que se separam daquelas que atentam contra a

liberdade sexual da vítima, possibilitando a configuração de um verdadeiro concurso efetivo com uma pluralidade de ações. Tal como diz Fernandes (2008, p. 213) verifica-se uma “perda simbólica preventiva proclamada para a nova incriminação”. Nesta linha Faria (2017, p. 352) fala de uma “lógica óbvia de abuso do direito” para esclarecer que uma visão de unidade das condutas pode beneficiar o arguido e revitimizar a vítima.

O julgador entendeu justificar o concurso aparente com a regra da subsidiariedade expressa na letra lei e enquadra assim o seu pensamento “Não cabendo ao Juiz resolver o paradoxo que o legislador assim criou de deixar ‘sem pena’ uma série de atos. Resta aplicar a lei.” Ora, atendendo ao elemento teleológico da norma esta justificação acaba por ser bastante discutível. Seguindo uma das premissas de Atienza (2009) as sentenças não devem ser escritas como peças de um trabalho de dogmática. Apesar de esta visão ser importante no entendimento do discurso judicial as finalidades de um trabalho de ciência jurídica e de uma sentença são distintas. A justificação não é razoável por não ser capaz de explicar porque é necessário deixar cair uma proteção específica de vítimas de violência doméstica que a própria lei consigna. Uma coisa é apresentar uma decisão racional. Outra coisa é apresentá-la de forma racional e justificada. Isto mostra que, tal como defende Alexy (1992), uma teoria do discurso não substitui de modo algum a justificação ao produzir um mero consenso. No nosso entendimento a construção dos argumentos exige não só uma metodologia, mas também a comparação entre os argumentos esgrimidos. Alexy (1992a) discute uma dimensão institucional que abarca as características do positivismo e a eficácia de lei e uma dimensão discursiva que corresponde a um elemento de correção.

A próxima decisão mostra como a posição jurisprudencial em relação ao concurso de crimes não é consensual e aponta argumentos justificam a autonomização do crime de violência doméstica, condenado em concurso real. Analisemos a natureza das razões argumentativas do próximo caso.

Caso 14

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 1 de outubro de 2013 (processo n.º 258/11.0GAOLH.E1)

(i) Narração sumária do caso

No presente caso o Arguido **A** foi condenado, em primeira instância por crime de violência doméstica, p. e p. pelo artigo 152.º, n.º 1 alíneas b) e c) e 2, do código penal, na pena de 3 anos de prisão; um crime de violação, p. e p. pelo artigo 164.º, n.º 1, alíneas a) e b), do código penal, na pena de 6 anos de prisão; um crime de violação, p. e p. pelo artigo 164.º, n.º 1, alínea a), do código penal, na pena de 4 anos de prisão; um crime de violação, p. e p. pelo artigo 164.º, n.º 1, alínea a), do código penal, na pena de 4 anos de prisão; um crime de roubo, p. e p. pelo artigo 210.º, n.º 1, do código penal, na pena de 1 ano e 6 meses de prisão; quatro crimes de ameaça agravada, cada um p. e p., pelos artigos 153.º, 155.º, alínea a), 145.º, n.º 1 e 2 e 132.º, n.º 2, alínea d), do código penal, na pena de 6 meses de prisão; um crime de detenção de arma proibida, p. e p., pelo artigo 86.º, n.º 1, alínea d), por referência aos artigos 2.º, n.º 1, alínea m), 3.º, n.º 1 e 2, alínea f) e 4.º, n.º 1, todos da lei n.º 5/2006, de 23 de Fevereiro (Regime Jurídico das Armas e Munições), na pena de 9 meses de prisão; três crimes de perturbação da vida privada, p. e p., pelo artigo 190.º, n.º 2, do código penal, na pena de 1 ano de prisão; um crime de dano, p. e p., pelo artigo 212.º, n.º 1, do código penal, na pena de 9 meses de prisão.

O arguido foi condenado à pena única de 12 anos de prisão considerando à aplicação do cúmulo jurídico. Além desta condenação, o arguido **A** foi, também, condenado nas penas acessórias de proibição de contactos com a vítima e de proibição de uso e porte de arma, p. e p., pelo artigo 152.º, n.º 4, do código penal, pelo período de 5 anos, com início quando o arguido for colocado em liberdade.

De forma sumária os factos provados relatam que o arguido **A** e a vítima **B** viveram juntos cerca de quatro anos e têm uma filha menor. Durante a vivência em comum e depois da separação o arguido **A** insultava a ofendida chamando-a de “puta”, “vaca”, “cabra” e acusava-a falsamente de ter amantes. Era constantemente humilhada e ameaçada de morte pelo Arguido. Este empunhava, frequentemente, facas, objetos com aparência de armas de fogo e um sabre que chegou a encostar ao pescoço e cabeça da ofendida. Durante a vivência em comum o arguido **A** obrigou a ofendida a manter

relações sexuais contra a sua vontade e obrigava-a a consumir cocaína. O arguido afirmava que pretendia “desfeiar” a ofendida para que ninguém tivesse interesse por ela caso o deixasse. Para isso causava-lhe hematomas nos seios e introduzia na vagina da ofendida, a mão, o pulso e o braço, assim como, objetos (garrafas e pepinos). O arguido **A** agredia a ofendida quando esta chegava mais tarde a casa e puxava-lhe os cabelos, dava-lhe pontapés e esmurrava-a. A ofendida separou-se, em dezembro de 2009. Após este período o Arguido A forçou a vítima a manter relações sexuais com ele, contra a sua vontade. Durante um período em que o Arguido esteve emigrado em França, telefonava à ofendida e aos seus pais dirigindo-lhes ameaças e insultos. Em agosto de 2010, a ofendida e o arguido A reataram o relacionamento e voltaram a viver juntos. As agressões, ameaças e insultos continuaram com puxões de cabelo, pontapés e socos por todo o corpo, em pelo menos quatro ocasiões. A ofendida voltou a sair de casa em março de 2011 e não voltou a reatar com o arguido A. Mesmo assim este continuou a perseguir-la e à família da ofendida. Em julho de 2011 foram aplicadas medidas de coação ao arguido de proibição total de contactos com a ofendida, proibição de frequência das imediações da residência e do trabalho e proibição de aquisição de qualquer tipo de arma. Depois disto, o arguido continuou a contactar a vítima. Em outubro de 2011 o arguido foi colocado em vigilância eletrónica, mas, ainda assim, persistiu em contactar a ofendida para o seu telefone e para o telefone fixo da casa dos pais. Em novembro de 2011 o arguido cortou a pulseira de vigilância eletrónica e entrou no interior da residência dos pais da ofendida durante a madrugada. Já no interior do quarto da ofendida acordou-a, exibiu-lhe uma faca e martelo e perguntou-lhe “de que forma é que queres morrer”. De novo, obrigou a ofendida a manter relações sexuais com ele, ameaçando-a. O arguido foi detido nesse dia e foi declarada prisão preventiva. Os problemas que o tribunal de recurso foi solicitado a avaliar são: (i) o tribunal a quo avaliou mal a prova produzida, tendo condenado o arguido em violação do princípio *in dubio pro reo*; (ii) que não se fez prova dos maus tratos físicos à ofendida e que as sms enviadas não são graves ao ponto de atentarem contra a dignidade da pessoa humana daquela e, portanto, aquelas condutas não integram os maus tratos psíquicos preceituados no artigo 152.º, n.º 1, do código penal; (iii) que o arguido não devia/podia ser condenado pelo crime de violência doméstica e pelos 5 crimes de ameaça em virtude

da subsidiariedade da norma; (iv) que não podia ser condenado pelos crimes de violação e violência doméstica devido ao concurso aparente.

O tribunal da relação é, também, chamado a analisar problemas relacionados com o preenchimento de outros tipos de crime, como é o caso do dano, detenção de arma proibida, incapacidade temporária em virtude do consumo de álcool e estupefacientes; roubo, perturbação da vida privada e violação de domicílio. Dado que a pertinência da nossa investigação recai sobre os factos de violência doméstica e as circunstâncias em que pode ter lugar o concurso de crimes, a nossa análise incidirá sobre estas circunstâncias e não outras.

(i) A linha de argumentação jurídica

Pa: O primeiro problema consiste em analisar a questão da prova produzida em julgamento no *tribunal a quo* e considerar se teve lugar a violação do princípio *in dubio pro reo*.

Ab: O arguido A juntou ao processo um documento com a motivação do recurso e pretende que o tribunal a tenha em conta.

Qc: Deve este tribunal considerá-lo?

1c: O artigo 410.º, n.º 1, estabelece que sempre que a lei não restringir a cognição do tribunal ou os respectivos poderes, o recurso pode ter como fundamento quaisquer questões de que pudesse conhecer a decisão recorrida.

2c: Diz o artigo 165.º, n.º 1, que o documento deve ser junto no decurso do inquérito ou da instrução e, não sendo isso possível, deve sê-lo até ao encerramento da audiência. Da audiência da 1.ª Instância.

3c: Os artigos 425.º e 651.º, n.º 1, do código de processo civil, que em certas condições permitem a junção de documentos com as alegações dos recursos cíveis, não têm aplicação no processo penal por via do artigo 4.º deste último código. O artigo 4.º destina-se a suprir os casos omissos e o caso que estamos a tratar está expressamente regulado nos artigos 164.º e 165.º do código de processo penal; não se trata pois de um caso omissos. O legislador é que deliberadamente não quis para o processo penal o regime contido nos mencionados artigos 425.º e 651.º, n.º 1, do código de processo civil.

4c: O artigo 412.º do código de processo penal estabelece que, quando impugne a decisão proferida sobre a matéria de facto, o recorrente deve especificar, além do mais que agora não interessa ao caso, as concretas provas que impõem decisão diversa da

recorrida, está a referir-se a provas já produzidas no julgamento da 1.^a Instância e que o recorrente entende terem sido mal valoradas, não se está a referir a novas provas que o recorrente no entretanto angarie.

Ac: Tem-se por irrelevante a junção de tal documento. A apresentação de um documento seja pela acusação ou pela defesa, tem de ser sujeita ao contraditório e pode suscitar as mais variadas reacções de contraprova pela parte contrária. Ora essa actividade tem que ter lugar na primeira instância e não nesta Relação, que não possui mecanismo processual adequado a lidar com essa situação.

Pd: O tribunal da relação tem de avaliar se a prova produzida na primeira instância foi mal produzida durante o julgamento. O arguido alega que a sua prática não foi presenciada havendo apenas o arguido a negar a sua prática e a ofendida a descrevê-la. O tribunal não podia condenar o recorrente com base em tal prova por causa do princípio *in dubio pro reo*.

Ae: Os crimes foram praticados dentro dos muros da residência conjugal, contudo existem terceiros que constataram sequelas do seu cometimento ou pormenores da sua ocorrência e houve outros que foram presenciados por terceiros.

1e: A testemunha I, patroa da ofendida no café aonde esta era empregada de mesa ouviu o arguido a chamar nesse estabelecimento “puta” e “vaca” à assistente, (o que confirma parte do ponto 3 dos factos provados e o ponto 39 dos factos provados); que a assistente lhe confidenciava que o arguido a forçava a manter consigo, contra a sua vontade, relações sexuais, já que se recusasse, era agredida pelo mesmo (o que confirma o ponto 11 dos factos provados); que a viu uma vez com um olho negro, um ombro arranhado e a escorrer líquido e uma nódoa negra na perna (o que contribui para confirmar os pontos 20 e 43 a 49 dos factos provados); presenciou a caixa com a faca espetada no envelope e os dizeres nele apostos (o que confirma o ponto 22 e 23 dos factos provados).

2e: A testemunha MM, pai da ofendida, e de cujo resulta ter visto ao arguido uma pistola, que este lhe disse ser de plástico, tendo a testemunha ficado convencido de que realmente não se tratava de uma arma a sério (o que contribui para confirmar parte do pontos 6 e 25 dos factos provados); presenciou os telefonemas mencionados nos pontos 73, 74, 84, 99 e 100 dos factos provados; foi ele quem pagou o arranjo do carro e pelo montante referido no ponto 78 dos factos provados; ouviu o arguido ameaçar de morte

a ofendida e proferir expressões ofensivas da sua honra (o que contribui para confirmar os pontos 3 e 5 dos factos provados); viu marcas na coxa, anca e perna da filha uma ocasião (o que contribui para confirmar os pontos 20 e 42 a 49 dos factos provados).

3e: A testemunha AP, colega de trabalho da assistente, e de cujo depoimento resulta ter visto em uma ocasião a assistente com um olho negro e em outra ocasião o braço esfolado e com nódoa negra (o que contribui para confirmar os pontos 20 e 42 a 49 dos factos provados).

4e: A testemunha M, mãe da ofendida, e de cujo depoimento resulta ter visto a sua filha surgir na sua residência a chorar com hematomas na face e olhos e com o vestuário rasgado (o que contribui para confirmar os pontos 20 e 42 a 49 dos factos provados); presenciou os telefonemas e as ameaças de morte mencionados nos pontos 73, 74, 84, 99 e 100 dos factos provados; confirmou que por o arguido subir às janelas das traseiras da casa aonde a assistente se acolhia para a apoquentar, foram colocadas grades nas mesmas, tendo a última entrada ocorrido pela parte da frente da residência (o que contribui para confirmar parte do teor do ponto 74 dos factos provados).

5e: A testemunha AG amiga do arguido, e de cujo resulta que numa ocasião se deslocou à residência do arguido e ali encontrou muitos objetos partidos e tudo revoltado (o que contribui para confirmar que factos como os descritos na parte final do ponto 44 e na 2.ª parte do ponto 59 dos factos provados ocorreram efectivamente).

6e: A testemunha E, companheiro da filha do arguido, e de cujo depoimento resulta a prova de partes do episódio descrito nos pontos 64 a 72 dos factos provados.

7e: A testemunha L, cunhado da ofendida, militar da GNR, e de cujo depoimento resulta ter ficado provado o teor do ponto 73 dos factos provados; ter presenciado as rondas e esperas à residência da queixosa mencionadas no ponto 74 dos factos provados, o envio de várias mensagens para o telemóvel da sua mulher, a testemunha AM., a que aludem os pontos 75 e 76 dos factos provados, o desassossego dos telefonemas mencionados nos pontos 99 e 100 dos factos provados e o estado de medo em que se encontrava a ofendida após a ocorrência descrita nos pontos 86 a 94 dos factos provados.

8e: A testemunha AM, irmã da assistente, e de cujo depoimento resulta ter ficado provado o teor do ponto 73 dos factos provados; recebeu as várias mensagens de telemóvel a que aludem os pontos 75 e 76 dos factos provados; viveu o desassossego dos telefonemas mencionados nos pontos 99 e 100 dos factos provados, presenciou o

estado de medo em que se encontrava a ofendida após a ocorrência descrita nos pontos 86 a 94 dos factos provados, viu as marcas no corpo da sobrinha mencionadas no ponto 72 dos factos provados, bem como recebeu telefonemas da assistente relatando agressões físicas do arguido e constatando depois a existência de ferimentos na zona ocular, na face, no peito e nos braços da assistente (o que contribui para confirmar os pontos 20 e 42 a 49 dos factos provados).

9e: A testemunha FF, médico psiquiatra, que acompanha o arguido no estabelecimento prisional, e de cujo depoimento resulta que o arguido, ao praticar as ocorrências descritas na matéria de facto assente como provada, sabia bem o que estava a fazer e era mesmo aquilo que ele queria fazer.

Ae: Em relação aos episódios ocorridos com a assistente, a prova da sua ocorrência não se deve pura e simplesmente às declarações que a assistente prestou. Não é por o arguido negar a prática dos crimes e a assistente relatar que aconteceram que, não havendo outros testemunhos presenciais, aqueles dois depoimentos se anulam um ao outro ou fazem automaticamente intervir o princípio do "in dubio pro reo".

Qf: Porquê?

1f: A atividade judicatória na valoração dos depoimentos atende a uma multiplicidade de factores, que têm a ver com as garantias de imparcialidade, as razões de ciência, a espontaneidade dos depoimentos, a verosimilhança, a seriedade, o raciocínio, as lacunas, as hesitações, a linguagem, o tom de voz, o comportamento, os tempos de resposta, as coincidências, as contradições, o acessório, as circunstâncias, o tempo decorrido, o contexto sócio cultural, a linguagem gestual (como por exemplo os olhares) e até saber interpretar as pausas e os silêncios dos depoentes.

2f: Segundo recentes pesquisas neurolinguísticas, numa situação de comunicação presencial, apenas 7% da capacidade de influência é exercida através da palavra, sendo que o tom de voz e a fisiologia, ou seja, a postura corporal dos interlocutores, representam, respectivamente, 38% e 55% desse poder – vide Lair Ribeiro, "Comunicação Global", Lisboa, 1998, pág. 14.

3f: Se a audição de uma gravação permite fruir com fidelidade aqueles 7% de capacidade de influência exercida através da palavra e ainda, mas nem sempre, os 38% referentes ao tom de voz, sobram os 55% referentes à fisiologia, ou seja, a postura corporal dos interlocutores, a que o tribunal de 2.ª Instância nunca terá acesso. É que há sempre

coisas que os juízes de julgamento viram enquanto ouviam e não ficaram na gravação e às quais, por isso, o tribunal de recurso nunca terá acesso.

Af: A percepção dos depoimentos só é perfeitamente conseguida com a oralidade e a imediação das provas, sendo certo que o julgamento da matéria de facto pode não ter correspondência directa nos depoimentos concretos, resultando antes da conjugação lógica de outros elementos probatórios, que tenham merecido a confiança do tribunal. A prova testemunhal não é, pois, para ser avaliada aritmeticamente.

Qg: Como deve ser avaliada a prova?

1g: Refere o Professor Cavaleiro Ferreira (Curso de Processo Penal II, 27) que as regras ou normas da experiência "são definições ou juízos hipotéticos de conteúdo genérico, independentes do caso concreto, *sub judice*, assentes na experiência comum, e por isso independentes dos casos individuais em cuja observação se alicerçam, mas para além dos quais têm validade" e a livre convicção "é um meio da descoberta da verdade, não uma afirmação infundamentada da verdade, portanto, uma conclusão livre porque subordinada à razão e à lógica e não limitada por prescrições formais exteriores".

2g: A livre apreciação da prova não é livre arbítrio ou valoração puramente subjectiva, mas apreciação que, liberta do jugo de um rígido sistema de prova legal, se realiza de acordo com critérios lógicos e objectivos, que determina dessa forma uma convicção racional e, portanto, objectivável e motivável – acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 4 de novembro de 1998.

3g: A atribuição de credibilidade a uma fonte de prova se basear em opção assente na imediação e na oralidade, o tribunal de recurso só a poderá criticar se ficar demonstrado que essa opção é inadmissível face às regras da experiência comum – acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de março de 2002.

4g: Consta do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21 de outubro de 2004, que o juízo valorativo do tribunal tanto pode assentar em prova directa do facto, como em prova indiciária da qual se infere o facto probando, não estando excluída a possibilidade do julgador, face à credibilidade que a prova lhe mereça e as circunstâncias do caso, valorar preferencialmente a prova indiciária, podendo esta, só por si, conduzir à sua convicção.

Ag: Em sede de apreciação, a prova testemunhal pode ser objecto da formulação de deduções ou induções, bem como da correcção de raciocínio mediante a utilização das regras da experiência.

Qh: Porquê?

1h: É legítimo o recurso a presunções, uma vez que são admissíveis em processo penal as provas que não forem proibidas por lei, de acordo com o artigo 125.º, do código de processo penal; e o artigo 349.º do código civil prescreve que as presunções são as ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido, sendo admitidas as presunções judiciais nos casos e termos em que é admitida a prova testemunhal (artigo 351.º, do Código Civil)

Ah: As presunções simples ou naturais (como o são as aqui em causa) são simples meios de convicção e encontram-se na base de qualquer juízo, pois são o produto das regras de experiência; o juiz, valendo-se de um certo facto e das regras da experiência, conclui que esse facto denuncia a existência de outro facto. O sistema probatório alicerça-se em grande parte no raciocínio indutivo de um facto conhecido para um facto desconhecido; toda a prova indirecta se faz valer através desta espécie de presunções.

Qi: De que forma?

1i: Expendia Cavaleiro de Ferreira, in "Curso de Processo Penal", I-333 e ss., as presunções simples ou naturais são, assim, meios lógicos de apreciação das provas, são meios de convicção. Cederão perante a simples dúvida sobre a sua exactidão em cada caso concreto.

2i: Também Vaz Serra, em "Direito Probatório Material", Boletim do Ministério da Justiça, n.º 112 pág., 990, diz que "ao procurar formar a sua convicção acerca dos factos relevantes para a decisão, pode o juiz utilizar a experiência da vida, da qual resulta que um facto é a consequência típica de outro; procede então mediante uma presunção ou regra da experiência [...] ou de uma prova de primeira aparência".

Ai: Vem isto a propósito de que se uma mulher casada ou a viver maritalmente aparece, ainda por cima repetidas vezes, em público com nódoas negras nos olhos e pelo corpo, isso é um sinal inequívoco de que anda a ser sovada pelo companheiro. É que é da mais elementar experiência da vida que se tais ferimentos resultarem antes de uma queda ou de um qualquer outro tipo de acidente, a própria mulher vai explicar isso no meio social em que se move, porque nenhuma quer semelhante labéu para si e/ou para o seu

companheiro. Portanto, escusa o arguido de argumentar que, como ninguém o viu a bater na assistente, isso não pode ser dado como provado.

Qj: Não pode ser dado como provado que foi o arguido que enviou as sms por não ter sido apurado de quem era o telemóvel?

1j: Quem mais naquele contexto espaço-temporal teria interesse em enviar à irmã da assistente, a testemunha AM, mensagens do género: “Então bela agora n dizes nada a tua mana ontem tava com 2 ucranianos.ques fotos?eu mando te”; “Vai a mala dela e investiga vais encontra tabaco prezevati já agora ve o tel que sabesm com quem ela teve telefona e confirma”?

2j: Quem mais naquele contexto espaço-temporal teria interesse em enviar à assistente as mensagens reproduzidas no ponto 77 dos factos provados?

Aj: O que significa que as presunções naturais não violam o princípio *in dubio pro reo*. Este princípio é que constitui o limite daquelas. O Tribunal *a quo* não teve dúvidas sobre os factos que deu como assentes. Este Tribunal de recurso, a quem está vedada a oralidade e a imediação, também não tem essas dúvidas, pois só se a fundamentação do *tribunal a quo* revelasse, face a algum ou alguns factos, uma dúvida "patentemente insuperável", como se referiu no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15 de junho de 2000, publicado na Colectânea de Jurisprudência dos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, 2.000, II-228, é que se podia afirmar que havia sido postergado o princípio *in dubio pro reo*, que sendo um corolário da presunção de inocência, só vale até ser, como foi, ilidida em julgamento. A fundamentação da decisão de facto da sentença recorrida não evidencia qualquer dúvida que tenha sido solucionada em desfavor do arguido.

1k: Como se afirmou no acórdão da Relação do Porto, de 5-6-2002, proferido no recurso n.º 0210320, a reapreciação das provas gravadas pelo Tribunal da Relação só pode abalar a convicção acolhida pelo tribunal de 1.º Instância, caso se verifique que a decisão sobre a matéria de facto não tem qualquer fundamento nos elementos de prova constantes do processo ou está profundamente desapojada face às provas recolhidas.

Ak: Nesta perspectiva, se a decisão do julgador, devidamente fundamentada, for uma das soluções plausíveis, segundo as regras da experiência, ela será inatacável, visto ser proferida em obediência à lei que impõe o julgamento segundo a livre convicção. Analisando o conteúdo das gravações da prova testemunhal produzida em julgamento,

conjugada entre si e com as regras da experiência e da normalidade, não podemos deixar de aceitar a posição do julgador, porque baseada na imediação e que de modo algum aponta para uma apreciação arbitrária da prova produzida.

Pl: O segundo nível de problemas coloca em causa a prova da prática dos maus tratos físicos à assistente e o envio das sms não são uma conduta com a gravidade capaz de integrar os maus tratos psíquicos referidos no artigo 152.º, n.º 1, do código penal.

Qm: O que estipula o referido artigo?

1m: O artigo 152.º, n.º 1, pune quem, de modo reiterado ou não, infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais, a – além de outros – pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação.

Am: Acabou de se ver que a prova demonstrou a ocorrência de maus tratos físicos e só isso bastaria para o preenchimento do tipo.

Qn: Ocorreram maus tratos psíquicos?

1n: O bem jurídico protegido no crime de violência doméstica é complexo. Neste crime protege-se a saúde física e mental do cônjuge e a dignidade da pessoa humana, em contexto de coabitação conjugal ou análoga e, actualmente, mesmo após cessar essa coabitação.

2n: O crime de violência doméstica é um crime específico impróprio, cuja ilicitude é agravada em virtude da relação familiar, parental ou de dependência entre o agente e a vítima. O tipo objectivo inclui as condutas de violência física, psicológica verbal e sexual posto que não sejam puníveis com pena mais grave por força de outra disposição legal. Exemplos mais comuns de maus tratos psíquicos são as humilhações, provocações, molestações e as ameaças mesmo que não configuradoras em si do crime de ameaça.

3n: O acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 26 de maio de 2010, declara que “Neste crime, a acção típica pode consistir em maus tratos físicos, como sejam as ofensas corporais; em maus tratos psíquicos, nomeadamente humilhações, provocações, molestações ou ameaças; ou noutro tipo de maus tratos, tais como ofensas sexuais e privações da liberdade, desde que se trate de actos que, isolada ou reiteradamente praticados, sejam reveladores de um tratamento insensível ou degradante da condição humana da vítima”.

4n: O acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 27 de Fevereiro de 2008, afirma “Os maus tratos psíquicos compreendem, a par das estratégias e condutas de controlo, o abuso verbal e emocional que perturbe a normal convivência e as condições em que possa ter lugar o pleno desenvolvimento da personalidade dos membros do agregado familiar”.

5n: A reforma penal de 1995 passou a contemplar os maus tratos psíquicos com um leque mais alargado de condutas, como humilhações, provocações, ameaças (de natureza física ou verbal), insultos, privações ou limitações arbitrárias da liberdade de movimentos, ou seja, condutas que revelam desprezo pela condição humana do parceiro, podendo provocar sentimentos de culpa ou de fraqueza mas não, necessariamente, um sofrimento psicológico.

6n: O acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 29 de Fevereiro de 2012, determina

Qo: Que sms enviou o arguido à assistente?

1o: No ponto 77 dos factos provados: “ATEND PUTA”; “VOU AI PUTA JOGAR GAZOLINA”; “ENTAO PUTA BACANAIS COM OS XULOS NÃO TE METERAM A MAO TODA DENTRO DESA CONA EU METI MUITAS VEZES E GARAFAS NO CU TAMBEM NÃO O CARALHO ISSO E PA CAZAR”; “AINDA NO DOMINGO BATI TUA JANELA N TAVAS CAZA MAIS UMA VEZ”; “GRANDE PUTA FICA PA PROSIMA”; “escapast puta a TUa irma meto-lhe o ferro no cu”; “VOURE FUDER A TROBA COMO MESMO PRAZER QUE ABUZEI DE TI E DO TEU CORPO A TROBA E IMREPARAVEL O CORPO MESMO FULEIRO AINDA HÁ QUE COMA”.

2o: No ponto 31 dos factos provados há mais: “Vai para a puta que te pariu o teu amante assite à more anunciada por ti do meu anjinho, atende fingida do caralho”; - Nossa C. pouco tempo vai ficar contigo juro por ela au pé de quem a desrespeitou já mais fica com os velhos nojentos esses sim dão-te dinheiro não é o que queres”.

Ao: É evidente que sms com este teor não podem deixar de ser considerados como maus tratos psíquicos.

Qp: E os maus tratos físicos?

1p: Durante a vivência em comum e mesmo depois da separação, a ofendida foi constantemente (até à sua reclusão) insultada pelo arguido de “puta”, “vaca”, “cabra” e “canhão” e falsamente acusada de ter amantes.

2p: Sempre foi ameaçada de morte pelo arguido.

3p: O arguido dizia frequentemente "se não fores minha não és de mais ninguém”.

4p: Dizia-lhe que pretendia usá-la e desfeia-la tanto quanto possível, para que, caso ela o deixasse, mais ninguém se interessasse sexualmente por ela.

5p: Em dezembro de 2009, já depois da saída da queixosa de casa, o arguido deixou à porta desse local, dentro de um tabuleiro de plástico, virado ao contrário, com uma faca nele espetada, um envelope manuscrito a vermelho com a seguinte inscrição: "grande puta esta (a faca) era para ti se gosas mais comigo tens os dias contados mato-te".

6p: No próprio dia em que se mudaram para aquela residência, quando a ofendida foi buscar o arguido ao café, o mesmo, já alcoolizado, insultou a queixosa no referido café, em frente a quem lá se encontrava e por diversas vezes, de "puta".

7p: Em casa, o arguido chamou à ofendida "assassina" e a dizer, mesmo em frente à filha da queixosa, com 6 anos de idade à data que "a mãe tinha ido a Lisboa matar um bebé". Logo após a ofendida ter conseguido adormecer aquela criança, o arguido voltou a insultá-la de "puta" e "vaca" e ameaçou matá-la.

Ap: Não há dúvida ter o arguido cometido o crime de violência doméstica pelo qual foi condenado.

Qq: Com a condenação por violência doméstica podia o arguido ter sido condenado pelos 5 crimes de ameaça?

1q: Diz Paulo Pinto de Albuquerque, no Comentário do Código penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, na pág. 407: "O crime de violência doméstica é uma forma especial do crime de maus tratos, tendo o legislador feito preceder o crime especial em relação ao crime geral (com colocação sistemática diversa, em que o crime geral antecede o crime especial, ver os artigos 163º e 164º). Ele está também numa relação de especialidade com os crimes de ofensas corporais simples ou qualificadas, os crimes de ameaças simples ou agravadas, o crime de coacção simples, o crime de sequestro simples, o crime de importunação sexual, o crime de abuso sexual de menores dependentes, previsto no artigo 172.º, n.º 2 ou 3, e os crimes contra a honra. Portanto, a punição do crime de violência doméstica afasta a destes crimes." Américo Taipa de Carvalho tem o mesmo entendimento no "Comentário Conimbricense do Código penal", 1999, tomo I, pág. 336, em anotação ao artigo 152.º.

2q: No caso dos autos as vítimas dos 5 crimes de ameaça são os parentes da vítima do crime de violência doméstica, ou seja, o pai, a mãe, a irmã e o cunhado da assistente,

tendo os quatro sido ameaçados de morte e de lhes pegar fogo à casa nos termos descritos nos pontos 73 e 74 da matéria de facto assente como provada [o que dá os quatro crimes de ameaça agravada p. e p. pelos artigos 153.º e 155.º al.ª a)], sendo que a irmã foi ainda ameaçada numa outra ocasião distinta, a descrita no ponto 77 dos factos provados, aquela em que o arguido em 21-6-2011 escreveu a expressão de cariz sexual que “escapast puta a TUa irma meto-lhe o ferro no cu” , ou seja, que a sodomizava [que é o quinto crime de ameaça, o p. e p. pelos artigos 153.º, 155.º al.ª a), 145.º, n.º 1 e 2 e 132.º, n.º 2 al.ª d)].

Aq: A violência doméstica praticada pelo arguido na pessoa da assistente não consome quaisquer outros crimes praticados pelo arguido contra o resto da família desta, ainda que praticados no contexto espaço-temporal em que decorreu a violência doméstica. Assim, não há qualquer questão de concurso aparente entre o crime de violência doméstica e os cinco crimes de ameaça.

Pr: Outro problema colocado pelo recorrente diz respeito ao concurso aparente entre violação, p. e p. pelo artigo 164.º, n.º 1 e a violência doméstica, p. e p. pelo artigo 152.º, n.º 1, ambos do código penal.

Qs: Como ocorreram os três crimes de violação em termos espaço-temporais?

1s: O crime previsto no artigo 164.º, n.º 1 alíneas a) e b), ocorreu nas circunstâncias referidas nos pontos 10 a 14 dos factos provados.

2s: Os outros dois crimes, um deles ocorreu em 24-11-2009 e está descrito nos pontos 24 a 27 dos factos provados e o outro em 19-11-2011 e está descrito nos pontos 86 a 95 dos factos provados.

3s: O acórdão recorrido decidiu que os crimes de violação se encontram em concurso real e efectivo com o de violência doméstica, pelo que o arguido foi condenado por todos e cada um deles.

As: O tribunal recorrido decidiu bem.

Qt: O que estipula o artigo 152.º, do código penal?

At: O artigo 152.º, n.º 1, alínea b) e c) e n.º 2, pelo qual o arguido foi condenado, estabelece que: “1 - 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; c) A progenitor de descendente comum em 1.º grau; (...) é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal. 2 - No caso previsto no número anterior, se o agente praticar o facto contra menor, na presença de menor, no domicílio comum ou no domicílio da vítima é punido com pena de prisão de dois a cinco anos. ... se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal..."

Qu: Como tem lugar o concurso aparente com entre este tipo penal e outros?

1u: De acordo com Américo Taipa de Carvalho *in* "Comentário Conimbricense do Código Penal", tomo I (2.ª ed.), pág. 527-528, em anotação ao artigo 152.º: "entre o crime de violência doméstica (que [...] pode concretizar-se na prática, reiterada ou não, das mais diversas infracções contra a saúde, física ou psíquica, contra a honra, contra a liberdade, física ou sexual, etc., como também pode, por vezes, materializar-se na prática de actos ou comportamentos que se não configurem infracções criminais) e os crimes de ofensas à integridade física simples (artigo 143.º e 145.º, n.º 1 al.ª a)), de ameaça (artigo 153.º), contra a honra (artigo 180.º e ss.), de coacção (artigo 154.º e 155.º), de sequestro simples (artigo 158.º, n.º 1), de coacção sexual (artigo 163.º, n.º 2), de violação (artigo 164.º, n.º 2), de importunação sexual (artigo 170.º), existe uma relação de concurso aparente, sendo o agente punível apenas pelo crime de violência doméstica. Tomando-se em conta a globalidade dos elementos ou condutas que integram o tipo legal de violência doméstica, e ainda o facto de este tipo de crime poder (e, em certas situações, até, porventura, dever) ser constituído por uma pluralidade de infracções da mesma natureza (p. ex., várias ofensas corporais), a mais adequada qualificação da relação entre as normas em confronto é a de relação de consunção: a gravidade do ilícito da violência doméstica consome ou absorve o ilícito de ofensas corporais simples, etc.; a tutela do bem jurídico conferida por cada um destes diversos tipos legais também é conferida pelo tipo de violência doméstica."

2u: Só deixa de ser assim se pena mais grave (do que a, no caso, de 2 a 5 anos de prisão) lhe couber por força de outra disposição legal: artigo 152.º, n.º 1 – parte final. É por isso que entre o crime de violência doméstica e os crimes de ofensa à integridade física grave (artigo 144.º), de sequestro qualificado (artigo 158.º, n.º 2), de coacção sexual (artigo 163.º, n.º 1), de violação (artigo 164.º, n.º 1), de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência (artigo 165.º), de abuso sexual de crianças (artigo 171.º, de lenocínio de

menores (artigo 175.º, n.º 2), de pornografia de menores (artigo 176.º, n.º 2), há uma relação de subsidiariedade expressa, aplicando-se somente a pena prevista para cada um destes crimes.

3u: Vítor Sá Pereira e Alexandre Lafayette, no seu código penal anotado e Comentado, Quid Juris, 2008, a fls. 634, expende o seguinte sobre o tema: “A parte final do n.º 1, onde se diz “se pena mais grave lhe não couber...”, faz aplicação do princípio da subsidiariedade, no âmbito do chamado concurso impróprio, aparente ou de normas.

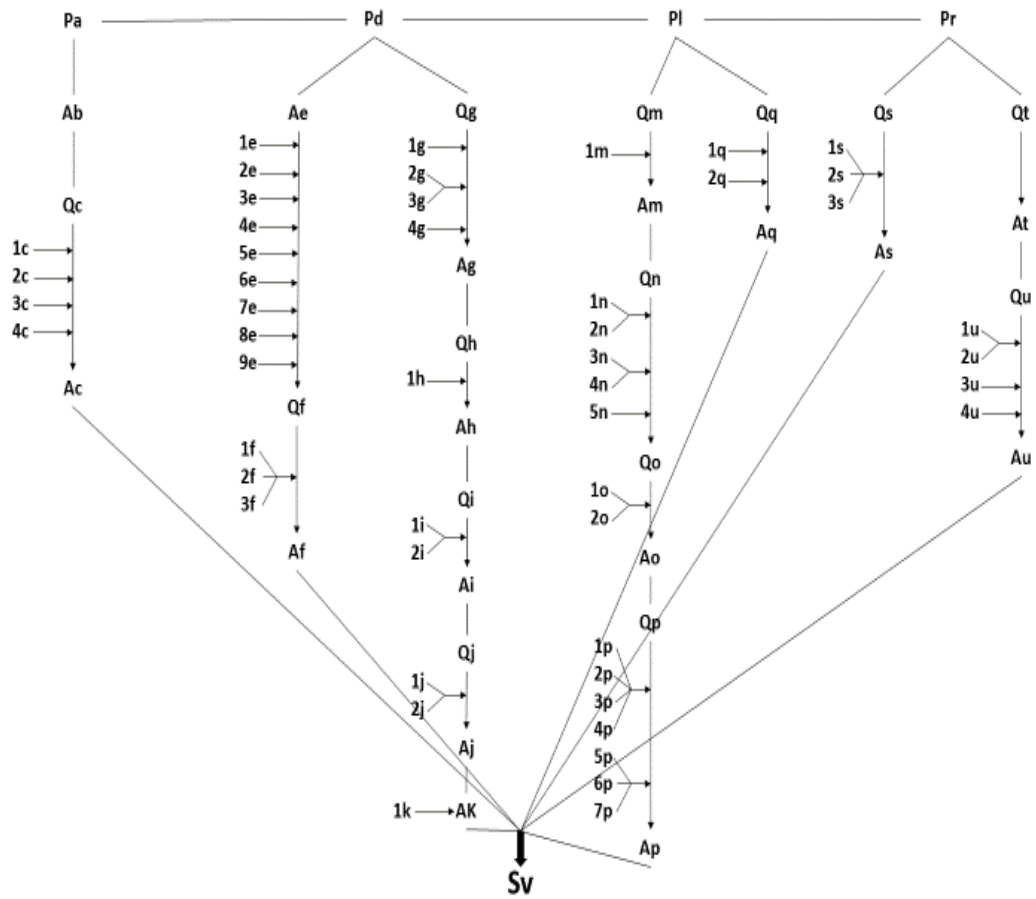
4u: STRATENWERTH, ‘a subsidiariedade significa que uma lei penal só se aplica de modo auxiliar, isto é, só se o facto não está cominado com pena (maior) segundo outros preceitos’. Na verdade, ‘com o fim de ampliar ou intensificar a protecção jurídico-penal, em muitas ocasiões se comina com pena determinadas condutas, que se apresentam como estágio ou forma prévia, ou como variante menos intensa, de um ataque a um interesse juridicamente protegido que o ordenamento penal já abarca noutra disposição. Em tais casos, fica desprezado o tipo secundário se o ataque em sentido estrito, ou o ataque de maior gravidade, por sua vez concorre e é punível. Ora bem, a subsidiariedade só tem significado autónomo — face à especialidade e à consumpção — na medida em que a infracção da norma secundária não acompanhe necessária e habitualmente o delito preferente” (cit., 456). E, aliás, através da referida ressalva também se evitam “os indesejáveis casos de consunção impura” (cfr. ibidem, 589), figura que nem todos os autores acolhem.”

Au: No caso dos autos, como a pena aplicável a cada um dos três crimes de violação pelo artigo 164.º, n.º 1, é mais grave do que a aplicável pelo crime de violência doméstica pelo artigo 152.º, n.º 1 alínea b) e c) e 2, os factos integradores das violações separam-se e dão origem à verificação dos três crimes da violação. Se após esta separação, restarem mais factos ou outros factos relativos à violência doméstica, eles continuarão a integrar e a dar corpo a esse crime de violência doméstica e à sua respectiva punição, em concurso real com a da violação. É por isso que o acórdão recorrido tem razão quando afirma: Assim, somos de entendimento que sendo o crime de violência doméstica integrado apenas por ofensas sexuais punidas com pena de prisão superior a 5 anos, (como é o caso da violação do artigo 164.º, n.º 1, do código penal punida com pena de prisão de 3 a 10 anos), verificar-se-á um concurso aparente de infrações ou concurso de normas com o crime de violência doméstica, perdendo este autonomia.

Mas já sendo o crime de violência doméstica integrado também por várias outras condutas típicas, ou seja, vários outros tipos de ofensas (da integridade física, da honra, ameaças, etc.), verificar-se-á então um concurso real de infrações entre ambos os crimes (violência doméstica e violação). É o que sucede *in casu*. Com efeito, como supra referido, foram várias as ameaças e violência psíquica exercida pelo arguido sobre a assistente e que, por si só e sem a consideração das ofensas sexuais, integram a prática do crime de violência doméstica. Improcede, portanto, a sua questão.

Sv: Em relação aos problemas concretos levantados os pedidos do recorrente improcedem mantendo-se a condenação pelos três crimes de violação e pelo crime de violência doméstica.

(ii) Esquema da linha de argumentação



TRE - processo n.º 258/11.0GAOLH.E1

(iii) Análise dos argumentos e razões justificativas

A presente decisão, embora repita o teor de justificação em algumas linhas de argumentação, mostra um conjunto de bons fundamentos. Uma vez que a técnica argumentativa, quanto ao aspeto formal, é semelhante às anteriores decisões, vamos concentrar a nossa apreciação nos pontos materiais e pragmáticos.

No que concerne à análise material a decisão enfrenta três problemas essenciais: (i) a análise da prova produzida e do princípio do *in dúbio pro reo*; (ii) a forma como foi valorada a produção da prova (este problema está relacionado com o anterior); (iii) o concurso aparente da norma da violência doméstica com outras disposições normativas, sendo que este ponto encontra segmento em duas análises.

O primeiro problema é tratado pelo tribunal através de enunciados, sobretudo, do tipo normativo que deixam claro que não subsistiram dúvidas quanto aos factos praticados pelo arguido e, por conseguinte, não está em causa o referido princípio *in dúbio pro reo*. Trata-se de uma justificação simples com base nas inferências normativas e factuais (**Qc – 1c – 2c – 3c – 4c – Ac**).

A questão levantada em (ii) está relacionada, ainda, com o princípio do *in dúbio pro reo* na medida em que o tribunal trata de justificar a valoração da prova produzida em julgamento. E fá-lo de uma forma muito refletida quando comparamos as razões que enuncia com a decisão analisada no caso 13. Nesta situação, o decisor optou por enumerar razões de natureza empírica (os factos provados) de forma detalhada, especificando os momentos que pesaram na valoração da prova produzida. É o que vemos em **1e – 2e – 3e – 4e – 5e – 6e – 7e – 8e – 9e**, onde se salientam os depoimentos das testemunhas quer do arguido quer da ofendida. Ou seja, o tribunal tem o cuidado de estabelecer uma relação entre os factos provados e os depoimentos indicando em que medida é que estes contribuem para a valoração da prova e quais desses factos resultam, efetivamente, provados. A técnica argumentativa justifica materialmente que existiram situações, ocorridas entre o arguido e a ofendida, que puderam ser comprovadas diretamente.

Na linha de argumentação entre **Qf – 1f – 2f – 3f – Af** é construída uma justificação que analisa um ponto controverso nos casos de violência doméstica. Trata-se do valor que é atribuído à prova de factos que ocorrem dentro da residência do/a agressor/a e vítima, situações que são vivenciadas apenas por dois agentes e nas quais a vítima afirma uma

coisa e o agressor outra. O tribunal constrói um campo alargado de justificação com o objetivo de demonstrar a sua tese. Começa por indicar uma razão que tem um peso relativo (um estudo técnico, de carácter neurolinguístico, que demonstra o contributo da palavra para o convencimento de algo) para sublinhar a importância da imediação e oralidade dos depoimentos (arguido e ofendida) através da postura corporal, da linguagem, da voz, das lacunas, do raciocínio, das hesitações, entre outras. O tribunal não fica por aqui e avança em **Qg – 1g – 2g – 3g – 4g** com razões mais robustas de natureza doutrinal e normativa. A convicção do julgador é formada através de regras ou normas de experiência comum que obedecem a critérios lógicos e objetivos (**2g**) e que só deixam de ser admissíveis se se comprovar que são contrários àquelas regras (**3g – 4g**). Assim, é possível admitir uma presunção (simples ou natural) que a partir de um facto pode presumir a existência de um outro ainda que este não tenha sido presenciado. Este tipo de valoração material acaba por ter um peso substancialmente considerável quanto ao depoimento da ofendida e que sustenta, a final, ter dado os factos como provados, nomeadamente e naqueles que nos interessam, os que se referem à violação e à violência doméstica. O tribunal aplica, claramente, a lógica indiciária, partindo de factos particulares que foram comprovados por testemunhas, para dar como provados factos generalizados de agressões e ameaças, que tiveram lugar dentro da residência do casal e que não foram presenciados por mais ninguém.

A metodologia indutiva permite ao tribunal aferir que as mensagens (sms) recebidas quer pela ofendida quer pela irmã desta foram, efetivamente, enviadas pelo arguido. E, neste ponto concreto, a justificação é reforçada com o teor dessas missivas. Tal como referimos, anteriormente, esta linha de argumentação acaba por reforçar a tese que não subsistem dúvidas ao tribunal quanto aos factos praticados e provados, pelo que, não se coloca em causa o princípio *in dubio pro reo*. Uma observação que não podemos deixar de fazer é que as linhas de argumentação vão repetindo algumas razões justificativas. Por exemplo, entre **Qi – Aj** e **1k – Ak**. Trata-se de elementos de natureza doutrinal que corroboram a tese da livre convicção.

O terceiro problema que é apresentado ao tribunal respeita o preenchimento do tipo do crime de violência doméstica. O decisor, embora já tenha demonstrado nas linhas argumentativas anteriores, que não existem dúvidas sobre a prática dos factos e, assim, dos maus tratos (físicos e psíquicos) não deixa de abordar o dilema através das habituais

razões normativas e doutrinárias. A técnica de argumentação é a mesma: enunciação do preceito do artigo 152.º, n.º 1, do código penal, o bem jurídico afetado pela infligência dos maus tratos físicos e psíquicos e exemplos do que são (**Qn – 1n – 2n – 3n – 4n – 5n**). Pensamos que, também, aqui se verifica uma repetição de argumentos, o que nos leva a considerar que o tribunal demonstrou um especial cuidado em justificar como e porquê as condutas do arguido preenchem o tipo objetivo em **Qp – 1p – 2p – 3p – 4p – 5p – 6p – 7p** e que já havia feito em **Qf – 1f – 2f – 3f – Af**.

Este raciocínio prático acaba por conduzir à questão do concurso de normas entre o crime de violência doméstica e o crime de ameaças que o tribunal justifica, de forma simples, com razões doutrinárias esclarecendo que as ameaças, pelas quais o arguido foi condenado, foram perpetradas contra o pai, mãe, irmã e cunhado da ofendida. Neste ponto não se levantam quaisquer dúvidas sobre a adequada justificação.

É na questão do concurso aparente com o crime de violação (relembramos que o arguido veio condenado em três crimes de violação) e a violência doméstica que o tribunal levanta questões interessantes para apreciação em casos desta natureza. Há uma repetição dos enunciados normativos (artigos 152.º, n.º e 164, n.º 1, alínea a)) por motivos de construção de raciocínio. O tribunal demonstra, através de enunciados da doutrina, as razões que justificam o enquadramento no concurso real. O autor Américo Taipa de Carvalho é referenciado neste domínio como uma das posições prevaletentes. Explica o autor que em relação a crimes como a ameaça, a honra, a coação, o sequestro simples, a coação sexual, a importunação sexual e outros, deve prevalecer a violência doméstica verificando-se uma relação de consunção, ou seja, a violência doméstica absorve (consume) os outros crimes (1u). Quando analisamos a moldura penal desses outros crimes concluímos que as penas são sempre inferiores a cinco anos, o que quer dizer, que se defende a aplicação da norma da violência doméstica. Porém, existem outras situações com as quais aquela mesma disposição pode concorrer, como é o caso, da ofensa à integridade física grave, o sequestro qualificado, a coação sexual, a violação, o abuso sexual de pessoa incapaz de resistência, entre outros, com os quais se verifica uma relação de subsidiariedade expressa, aplicando-se a pena prevista para cada um deles se for o caso de ser mais grave. No enunciado **3u**, o tribunal cita um autor (Stratenwerth) que discorre assim quanto à regra da subsidiariedade: “Na verdade com o fim de ampliar ou intensificar a proteção jurídico-penal em muitas ocasiões se comina

com pena determinadas condutas que se apresentam como estágio ou forma prévia, ou como variante menos intensa de um ataque a um interesse juridicamente protegido. A subsidiariedade só tem significado autónomo na medida que a infração da norma secundária não acompanhe necessária e habitualmente o delito preferente.”

Este enunciado levanta um ponto de reflexão importante sobre a forma como a violência doméstica é encarada sob a perspectiva da punibilidade. As condutas valoradas na violência doméstica são entendidas como uma fase prévia a outros crimes, considerados mais graves. Isto não quer dizer que não se verifiquem condutas suscetíveis de preencher mais do que um tipo penal, concorrentes entre si. Este tipo de raciocínio permitiu ao decisor concluir em **Au** que as ofensas sexuais (fazem parte do tipo de violência doméstica) ocorridas entre arguido e ofendida autonomizaram-se e deram origem à violação, no entanto, subsistiram factos (ofensas à integridade física simples, as ameaças, as injúrias) que integram o crime de violência doméstica, pelo que, se verifica o concurso real afastando-se o concurso aparente e a regra da subsidiariedade expressa é, assim, afastada. O mesmo autor Stratenwerth disserta que a relação de consunção é de evitar e nem todos os autores a acolhem.

É este entendimento que estabelece uma fronteira entre o concurso real e o concurso aparente nos casos da violência doméstica – as condutas prévias a comportamentos que integrem crimes de natureza mais grave podem caber no preenchimento do tipo legal da violência doméstica, podendo verificar-se o concurso real; aquelas condutas prévias podem integrar um ou mais comportamentos que integram outros crimes (menos graves) e, neste caso, prevalece a aplicação violência doméstica, tendo lugar o concurso aparente.

Este raciocínio levanta reflexões sobre as quais deixamos nota sem embargo de, mais à frente, as analisarmos detalhadamente. A primeira diz respeito à finalidade de o legislador ter concebido condutas típicas da violência doméstica. Sob este ponto de vista parece que a violência doméstica ocupa um limbo no aplicativo da sua norma penal. Por um lado, absorve crimes que têm penas menos graves (caso das ameaças, injúrias, etc.) mas pode, também, acabar por cair o preenchimento da violência doméstica uma vez que se considera que as tais condutas prévias entram em concurso com aqueles crimes. Por outro lado, é absorvida por crimes que têm penas mais graves (caso da ofensa à integridade física grave, violação, etc.). As decisões judiciais analisadas, anteriormente,

mostram posições ambivalentes. Primeiro, porque não há uma linha jurisprudencial unívoca quanto à questão do concurso real/concurso aparente da disposição típica; segundo, porque a dissensão dos vários tipos de justificação conduz à aplicação de condenações materialmente diferentes.

A Convenção de Istambul mostra um posicionamento claro relativamente à violência doméstica. No seu artigo 2.º refere “A presente Convenção aplica-se a todas as formas de violência contra as mulheres, incluindo a violência doméstica que afeta desproporcionalmente as mulheres”. E acrescenta no seu artigo 3.º que a “violência doméstica designa todos os atos de violência física, sexual, psicológica ou económica que ocorrem no seio da família ou do lar entre os atuais ou ex-cônjuges ou parceiros, quer o infrator partilhe ou tenha partilhado, ou não, o mesmo domicílio”. Há um reconhecimento evidente que o flagelo da violência doméstica afeta mais as mulheres do que os homens, embora estes sejam, também, alvo daquelas condutas. Além disso, também resulta deste instrumento internacional a especial vinculação entre agressor/a / vítima. Por exemplo, o artigo 46.º da Convenção que prevê as circunstâncias agravantes estipula que na determinação das penas deve considerar-se se “a infração foi cometida contra um atual ou ex-cônjuge ou parceiro, tal como reconhecido pelo direito interno, por um familiar, uma pessoa coabitando com a vítima ou uma pessoa que tenha abusado da sua autoridade”. Estes aspetos encontram-se espelhados na norma do artigo 152.º, do código penal, no seu n.º 1. Uma vez que as condutas aqui previstas também podem preencher outros comportamentos típicos (ameaça, injúrias, etc.) este n.º 1, na verdade, constitui uma agravante destes crimes menos graves desde que – lá está – praticados entre agentes sob os quais impende uma relação de vinculação afetiva. Voltaremos a esta questão num capítulo mais à frente.

Por agora e ainda no que concerne o concurso real/aparente parece-nos que as justificações judiciais que aplicam a disposição penal não espelham, na íntegra, os imperativos da Convenção de Istambul. Pense-se, por hipótese, no caso de a violência doméstica não encontrar previsão na tipologia penal. Um agente A que agredisse a vítima B, por exemplo, injuriando-a, ameaçando-a, agredindo-a fisicamente. Este sujeito seria indiciado, em concurso heterogéneo por vários crimes – injúrias, ameaças, agressões físicas. Pense-se, ainda, que o sujeito, depois do julgamento, vinha a ser condenado por aqueles crimes: o exercício do cúmulo jurídico levaria a que, em

abstrato, a moldura penal fosse mais alta. Estando presente a especial relação de vinculação/afetiva entre os agentes, o/a agressor/a poderia ser indiciado pelo crime de maus tratos que antes da alteração de 2007 era a disposição penal que contemplava a penalização de ofensas entre cônjuges/ex-cônjuges. Com a alteração de 2007 o legislador veio alargar o espectro de situações daquele tipo de conduta. A violência doméstica, entendida como a prática de uma única conduta típica (as agressões podem ser continuadas no tempo) tem levado a que os/as agressores/as saiam condenados com penas leves e, na sua larga maioria, suspensas na sua execução.

Por outro lado, quando há a prática de condutas típicas cujo enquadramento leva à aplicação de uma pena mais grave, então, a violência doméstica cai e aplica-se a pena mais grave. Ou seja, a justificação judicial fica atenta aos argumentos que constrói para enquadrar as condutas mais graves e aquelas outras condutas prévias parecem diluir-se e caminhar num limbo que não reconhece a verdadeira dimensão coletiva da violência doméstica. Quer dizer, a técnica de justificação argumentativa da subsidiariedade expressa pode constituir uma garantia de aplicação da hermenêutica penal, mas tem revelado ser um preceito muito cómodo que se tem alheado da gravidade que os efeitos aplicativos provocam quer na esfera individual quer na esfera coletiva. O sentimento de justiça da comunidade enfraquece e a generalização de uma sensação de impunidade aumenta.

Sob um ponto de vista pragmático pensamos que a linha de argumentação da presente sentença foi capaz de demonstrar duas coisas: por um lado, quando se considera a violência doméstica em concurso heterogéneo, a possibilidade de condenação efetiva aumenta exponencialmente (o cúmulo jurídico tem uma latitude maior e neste caso há que justificar quais são os bens jurídicos lesados com recurso a uma enunciação factual precisa); por outro lado, o concurso heterogéneo permite que se tenha uma noção mais clara das condutas que os tribunais consideram que integram a violência doméstica e ficámos a perceber que são aquelas que antecedem condutas de natureza mais grave (violação). No próximo caso, em análise, encontra-se espelhada uma outra situação que envolve critérios de argumentação relacionados com o concurso real/aparente do tipo legal da violência doméstica. Vejamos a posição, desta vez, da entidade judicial máxima de recurso.

Caso 15

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20 de abril de 2017 (processo n.º 2263/15.8JAPRT.P1.S1)

(i) Narração sumária do caso

O arguido A foi julgado e condenado, em primeira instância, como autor material do um crime de homicídio qualificado na forma tentada, dos artigos 131.º, n.º 1, 132.º, n.º1 e n.º 2, alíneas b) e j), 22.º, 23.º, do código penal, não sendo este punível, nos termos do artigo 24.º, n.º 2, do mesmo código. O mesmo arguido foi condenado pela prática, em concurso efectivo de um crime de violência doméstica, do artigo 152.º, n.º 1, alínea b) e n.º 2, do código penal, de um crime de ofensa à integridade física grave qualificada, das disposições conjugadas dos artigos 143.º, n.º 1, 144.º, alíneas b) e c), 145.º, n.º 1, alínea c), 132.º, n.º 2, alíneas b), h) e j), todos do código penal. As penas parcelares de condenação foram as seguintes: pelo crime de violência doméstica foi condenado a 2 anos e 8 meses de prisão; pelo crime de ofensa à integridade física grave e qualificada foi condenado a 7 anos de prisão; pelo crime de detenção ilegal de arma proibida foi condenado a 1 ano e 6 meses de prisão; pelo crime de ofensa à integridade física simples foi condenado a 6 meses de prisão; pelo crime de violação de domicílio foi condenado a 6 meses de prisão. Operado o cúmulo jurídico a pena única consubstanciou-se em 9 anos de prisão efetiva. Os factos provados do presente caso e que, sumariamente, relatamos indicam que o arguido A e a ofendida B tiveram um relacionamento amoroso e coabitaram, como se fossem marido e mulher, entre os anos de 2010 e 2015. Com eles viviam os filhos de ambos, fruto de relações anteriores. Em 2015 a ofendida B decidiu pôr termo à relação, mas o arguido A não se conformou. Nesta sequência passou a perseguir-la, a dirigir-lhe ameaças de morte e insultos, por diversas ocasiões. Em algumas das ocasiões chegou a agredi-la fisicamente e munido de uma arma. No dia 8 de agosto de 2015, junto ao local de trabalho da ofendida, o arguido A disparou dois tiros, um deles atingiu a ofendida B na anca esquerda. A ofendida colocou-se em fuga e o arguido no seu encalço ainda disparou mais dois tiros que não a atingiram. Refugiada num dos quartos da habitação da sua entidade empregadora, a ofendida resistiu à tentativa de agressão, ainda assim, o arguido A que tentava disparar a arma na direção do tronco da ofendida, logrou atingi-la com mais dois disparos na anca e um terceiro disparo que ficou encravado no fecho das calças de ganga da ofendida. Esta continuou a lutar e suplicando

pela vida, ao mesmo tempo que prometia visitá-lo na prisão e retomar a vida em comum. Ato contínuo o arguido A escondeu a arma, prestou os primeiros cuidados de socorro à vítima e chamou o INEM. A mesma vítima teve que ser hospitalizada e receber tratamentos médicos.

(i) A linha de argumentação jurídica

Pa: O problema formulado no recurso apela ao Tribunal da Relação para considerar os factos provados como integrantes de um crime de violência doméstica, previsto e punido no artigo 152.º, n.º 3, alínea a), do código penal e que não seja considerado o concurso real entre aquele crime e o de ofensa à integridade física grave qualificada dos artigos 143.º, n.º 1, 144.º, alíneas b) e c), 145.º, n.º 1, alínea c), 132.º, n.º 2 alíneas b), h) e j).

Ab: Para aferir a existência ou não de concurso aparente o que há a ponderar são as condutas que o recorrente levou a cabo.

1b: De acordo com o ponto 53 dos factos provados “O arguido AA ao apontar o cano da arma de fogo supra descrita em direcção do corpo da BB e ao efectuar os disparos, agiu com propósito, embora não concretizado, de tirar a vida a BB, o que quis, como forma de retaliar contra o fim do relacionamento amoroso, que não aceitou, persistindo na sua intenção de matar pelo menos durante mais de 24 horas, bem conhecendo o arguido as concretas características letais da arma e que a respectiva utilização constituía meio adequado a provocar a morte, apenas não tendo conseguido concretizar os seus intentos devido a circunstâncias alheias à sua vontade, designadamente a forte resistência que a ofendida exerceu, apesar de já estar ferida (...)”.

Ac: É inequívoco que o seu objectivo perante os factos ocorridos em 10 de Agosto era o de matar a vítima. Que essa actuação tenha redundado depois numa tentativa não punível mercê do comportamento subsequente do recorrente não obnubila as concretas circunstâncias do caso de ponderação decisiva na avaliação da qualificação jurídica que este propõe.

Qd: A qualificação jurídica das condutas enquadra-se no concurso real ou trata-se de um concurso aparente?

1d: O tribunal considera que genericamente apontam-se como carecidas de protecção a saúde e a dignidade da pessoa, de acordo com Nuno Brandão (2010) e Plácido Conde Fernandes (2008) entendida esta numa dimensão garantística da integridade pessoal

contra ofensas à saúde física, psíquica emocional ou moral da vítima embora no estrito âmbito de uma relação de tipo intra-familiar pois é a estrutura “família” que se toma como ponto de referência da normatização acobertada nas alíneas a) a d) do n.º 1, do artigo 152.º o que não significa porém, como também já foi salientado, que seja a “família” a figura central alvo de protecção mas antes essa pessoa que nela se insere, individualmente considerada.

2d: A violência doméstica pressupõe um contacto relacional perdurável no seio dessa estrutura de tipo familiar, com o sedimento tradicional que esta noção inevitavelmente comporta e também, claro está, com a ponderação da realidade sócio-cultural hodierna o que se traduz numa multiplicidade de sujeitos passivos inseridos nesse contacto.

3d: A violência doméstica pressupõe uma contundente transgressão relativamente à esfera de autonomia da vítima sujeita na maioria dos casos, como a experiência demonstra, a uma situação de submissão à vontade do(a) agressor(a), “de alguém de quem possa depender, ao nível mesmo da vontade sobre as dimensões mais elementares da realização pessoal» redundando «numa específica agressão marcada por uma situação de domínio (...) geradora de um específico traço de acentuada censura” (Pedro Maia Garcia Marques, 2013) que escapa em geral à razão de ser dos tipos de ofensas à integridade física, coação, ameaça, injúria, violação, abuso sexual, sequestro, etc. Serão estes, porventura, os traços que mais vincam a natureza do crime, a sua peculiar estrutura, mais do que a discussão à volta do recorte preciso do bem jurídico protegido.

4d: Assumindo que a violência doméstica é essa agressão levada a cabo de modo variado à autodeterminação da vítima que fica afectada pelos vários comportamentos tipificados não parece intransponível que esse ataque possa ser tido como dirigido à dignidade da pessoa e que seja esse um dos âmbitos de tutela que se visa assegurar.

5d: A violência doméstica pressupõe uma durabilidade relacional familiar e uma situação de domínio e de constrangimento da livre determinação da vítima, de disposição da sua vida, num sentido mais geral, ou, dito de modo mais expressivo, “a eliminação do núcleo fundamental de autonomia da vontade e de disposição livre da mesma pela vítima” (Pedro Maia Garcia Marques, VER ANO).

6d: Já a intenção de matar pressupõe um “ir mais além”; pressupõe a intenção de atacar a vida da vítima, pondo-lhe fim – passe a tautologia – e de por essa via terminar todo o

envolvimento relacional que “possibilitava” uma certa conduta do agente. Atentar contra a vida humana é certamente um plus significativo relativamente a martirizá-la com maior ou menor intensidade.

Ad: Nas concretas circunstâncias e no tocante à pretendida existência de concurso aparente a que putativamente estaria reconduzida a conduta do recorrente não há uma «unidade de realização típica”. Na específica perspectiva de que os vários actos singulares – os que ocorreram a partir de 16 de Maio e aquele outro que se desenrolou em 10 de Agosto – não estarem unificados numa «vontade criminosa unitária».

Qe: Porquê?

1e: Ensina Figueiredo Dias (2007) que o tipo de ilícito – o verdadeiro portador da ilicitude material – é sempre formado pelo tipo objectivo e pelo tipo subjectivo de ilícito. O tipo objectivo tem sempre como elementos constitutivos o autor, a conduta e o bem jurídico e só pela conjugação destes elementos, ligados ao tipo subjectivo, se alcança o sentido jurídico-social da ilicitude material dos factos implicando uma consideração global desse sentido no concreto comportamento do agente.

Ae: Este entendimento não prejudica ter como assente que em certas circunstâncias vários tipos legais podem estar numa relação em que a aplicação de uns afaste a aplicação de outros; a aplicação de normas que contêm certos tipos exclui a aplicação de outras.

Qf: Porquê?

1f: Esta situação de concurso legal ou aparente de crimes exige a verificação de certas circunstâncias que terão de ser aferidas mediante a percepção dos “sentidos da vida jurídico-penalmente relevantes que vivem no comportamento global». É «a unidade ou pluralidade de sentidos de ilicitude típica existente no comportamento global do agente, submetido à cognição do tribunal que decide, em definitivo, da unidade de factos puníveis e nesta acepção de crimes” (Figueiredo Dias, 2007).

Af: Os actos que vieram a ser tidos como integradores do crime de homicídio tentado – não punido – têm uma matriz autónoma e um sentido social diferenciado dos outros que os precederam e que foram qualificados como de violência doméstica – configurando ameaças, coacção, ofensas corporais e injúrias – pois possuem um diferente desvalor de acção e de resultado. As condutas diferenciadas, atacando diferentes bens jurídicos com uma inescapável pluralidade de sentidos de ilicitude e,

logo, pluralidade de infracções diferenciadamente valoradas para efeito da sua punição reflectem casos de concurso real. Um único sentido autónomo de ilicitude correspondendo-lhe uma «predominante e fundamental unidade de sentido dos concretos ilícitos típicos praticados» traduzem situações de concurso aparente.

Qg: Importa qualificar a aplicação da norma do artigo 152.º na configuração de consunção, especialidade ou subsidiariedade ínsitos naquela?

Nh: Pouco importa pois tal classificação “não possui relevo prático-normativo” na medida em que fosse qual fosse a conclusão a tal respeito seria sempre e só aplicada a norma prevalecente e não a norma excluída. A doutrina parece assinalar, maioritariamente, mas de modo crítico, a subsidiariedade da incriminação do n.º 1, do artigo 152.º “se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal”. (Brandão, 2010; Fernandes, 2008). Improcede, pois, a primeira questão posta no recurso.

Pi: A medida concreta da pena imposta pelo crime de ofensa à integridade física grave qualificada foi excessiva?

1i: Como é ensinado, a pena pode e deve ser concebida como forma de o Estado “manter e reforçar a “confiança” da comunidade na validade e na vigência das suas normas de tutela de bens jurídicos e como instrumento por excelência destinado a revelar perante a comunidade a inquebrantabilidade da ordem jurídica” (Dias, 2007) a este propósito se falando de prevenção geral positiva.

Ai: É nas normas que, no sistema, tutelam bens pessoais que a expectativa da comunidade na validade dessas normas e na restauração da paz jurídica, encontra o seu pleno sentido e a sua máxima expressão.

Qj: Que atitudes do arguido justificam a prevenção geral?

1j: A atitude de se emboscar aguardando a chegada da vítima já munido da arma de fogo pronta a disparar (factos 27 e 28).

2j: A surpresa inerente aos primeiros dois disparos, um dos quais logo atingiu a vítima (facto 29).

3j: A perseguição que desencadeou aquando da tentativa de fuga da vítima com repetição de disparos e a confrontação que manteve com aquela, apesar de estar já ferida, visando concretizar o seu propósito (factos 32 a 38);

4j: A circunstância de ter efectuado mais três disparos dois deles atingindo a vítima em zona não vital, por acção defensiva desta, e o projectil do terceiro ter ficando encravado no fecho das calças de ganga, por feliz acaso.

5j: Ponderando ainda a circunstância de o arguido ter já uma condenação por crime de detenção de arma proibida e tudo o que ficou provado no tocante ao seu modo de vida caracterizado pelo desfasamento em relação a um modo de vida activo e particularmente ainda a respeito da racionalização justificativa da sua conduta que mais não traduz afinal do que uma forma sublimada de desacreditação da vítima.

Aj: Tudo isto releva uma elevada ilicitude e um dolo directo intensíssimo que não é possível escamotear. Crê-se serem consistentemente fortes as razões de prevenção especial. Que este tipo de comportamentos lesivo de bens jurídicos de tanto relevo projecta necessariamente fortes efeitos de prevenção geral negativa ou de intimidação, justificando a necessidade de uma «jurisprudência terapêutica», revela-o a realidade.

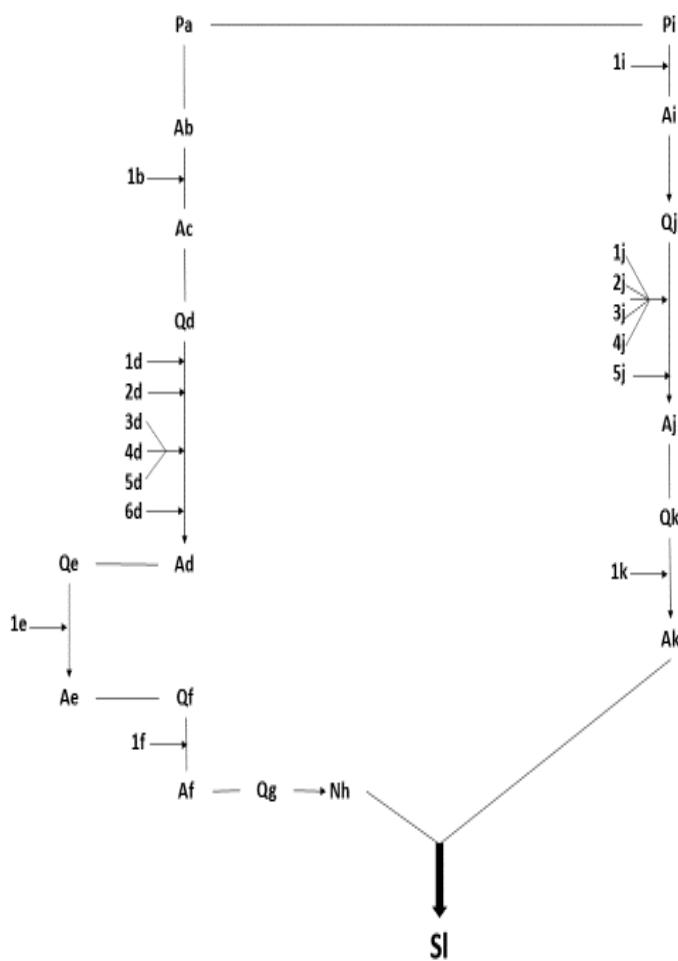
Qk: Porque se justifica esta elevada necessidade de prevenção geral?

1k: Segundo o destaque estatístico de novembro de 2016, da Direcção Geral da Política da Justiça, as condenações por homicídio conjugal nos tribunais de 1ª instância entre 2007 e 2015, incluindo aquelas em que a vítima é cônjuge ou companheiro(a) e abrangendo os crimes de homicídio simples, qualificado e privilegiado, nas formas tentada e consumada, ascende ao impressionante número total de 324 verificando-se uma forte prevalência dos casos em que a pessoa condenada é do sexo masculino numa variação anual entre os 83,3% e os 95%. E chegando a atingir o valor percentual de 13,8% do total de homicídios em território nacional, no ano de 2009.

Ak: A moldura penal com um mínimo de 3 anos e um máximo de 12 anos de prisão, a pena de 7 anos que foi imposta é, crê-se, equilibrada não merecendo censura.

Sl: Nega-se provimento ao recurso interposto pelo arguido A.

(ii) Esquema da linha de argumentação



STJ - processo n.º 2263/15.8JAPRT.P1.S1

(iii) Análise de argumentos e razões justificativas

Numa observação prévia gostaríamos de notar que o esquema justificativo expõe uma linha de argumentação através da qual se defende o enquadramento das condutas do arguido **A** em concurso real, dos crimes de violência doméstica e crime de ofensa à integridade física grave qualificada. A sentença aduz razões justificativas sobre um pedido de recurso quanto ao cálculo da indemnização a pagar à vítima, mas, na nossa análise, não iremos discorrer sobre este último ponto, uma vez que o objeto de estudo da presente investigação diz respeito aos argumentos vertidos em situações de violência doméstica.

A sentença apresenta um conjunto de justificações razoáveis e atendíveis para um resultado que se pode considerar justo. Cabe tecer alguns comentários sobre o modo como o recurso chega ao Supremo Tribunal de Justiça, a estrutura da presente decisão e os tipos de razões que sustentam a qualificação das condutas no concurso real e afastam o concurso aparente do crime de violência doméstica e da ofensa à integridade física grave qualificada.

O presente recurso chegou à última instância de recurso no âmbito do disposto no artigo 423.º, n.º 1, alínea c), que estabelece “1- Recorre-se para o Supremo Tribunal de Justiça: (...) c) De acórdãos finais proferidos pelo tribunal de júri ou pelo tribunal coletivo que apliquem pena de prisão superior a 5 anos, visando exclusivamente o reexame de matéria de direito; (...)” A decisão diz respeito a análise de matéria de direito e o arguido veio condenado em pena de 9 anos de prisão, pelo que, o recurso é atendível nesta última instância.²⁷ O presente caso retrata uma situação factual com condutas do agressor, especialmente, violentas e que foram sendo cometidos num desenrolar crescente de atrocidade. O peso que o tribunal atribui aos factos cometidos pelo arguido **A** é considerável. Atente-se na asserção que é formulada em **Ab** e **Ac** onde se atribui peso significativo aos disparos, à intenção do agente perseguir e matar a ofendida, ao mesmo tempo, que desvaloriza a desistência (foi o arguido que chamou o INEM) impondo a necessidade de ponderação e qualificação jurídica dos atos praticados. A partir daqui percebe-se que a principal linha de argumentação visa fundamentar e corroborar a posição pronunciada pela primeira instância: o concurso real entre o crime de violência doméstica e o crime de ofensa à integridade física grave qualificada. Na linha **Qd – 1d – 2d – 3d – 4d – 5d – 6d – Ad** é estabelecida uma diferença entre o que se

considera concurso real e concurso aparente. As razões esgrimidas são, essencialmente, de natureza doutrinal. A questão do bem jurídico é definida na linha de decisões proferidas nas relações. O bem jurídico protegido pela norma é a saúde física, psíquica, mental e moral da vítima cuja lesão atenta contra a dignidade humana e pessoal da mesma. Ora, uma vez que o homicídio (neste caso a sua tentativa que resultou em ofensa à integridade física grave qualificada) também atenta contra a dignidade humana porque em causa está a lesão do bem jurídico vida, importa saber por que mecanismos o tribunal estabelece a diferença entre o preenchimento da violência doméstica e a referida ofensa à integridade física grave qualificada. O traço distintivo é, sobretudo, nos enunciados doutrinários em **3d** e **5d**. O tribunal reforça uma visão já analisada nas relações, a da submissão à vontade do/a agressor/a em “situação de domínio”. É esta qualidade que permite diferenciar a violência doméstica de outros tipos penais (que também lesam a saúde física e psíquica) como a integridade física, a coação, as ameaças, as injúrias, a violação, o abuso sexual, o sequestro, etc. Acresce que entre os sujeitos é necessário que se verifique uma relação afetiva que perdure no tempo. A estas duas razões é acrescentado o enunciado de **5d** que considera que a eliminação daquele núcleo fundamental da autonomia de vontade e disposição livre da mesma é um traço distintivo que permite qualificar as condutas no crime de violência doméstica. Pensamos que o acórdão mais do que usar a proteção do bem jurídico da norma como argumento, constrói um recorte característico do modo de ação do/a agressor/a de violência doméstica. Este coarta a vítima no exercício livre da sua vontade, da sua autonomia com implicações na sua liberdade pessoal, corolários da dignidade humana e pessoal. Esta visão é, depois, apoiada em **6d** com razões atinentes à conduta do arguido A que, durante um certo período de tempo, perseguiu, ameaçou de morte, insultou, ameaçou, agrediu fisicamente a ofendida (violência doméstica) e num momento específico perseguiu-a e tentou matá-la (tentativa de homicídio que não é punível face à desistência do agente e ofensa à integridade física grave qualificada em resultado das lesões causadas na vítima). A justificação do tribunal é, como se referiu, suportada pela doutrina que defende a multiplicidade de condutas quando estas são aptas a lesar bens jurídicos distintos (**Qf – 1f – Af**). No presente caso o tribunal acaba por retirar peso à questão da subsidiariedade ínsita no tipo legal do artigo 152.º, do código penal, pois

considera que, efetivamente, as razões apontadas justificam o enquadramento da conduta do arguido A no concurso real de crimes.

O segundo problema que o tribunal justificou diz respeito à medida da pena. A justificação interna é realizada com a mesma técnica interpretativa de outras sentenças. O tribunal discorre sobre as finalidades da punição e a necessidade de medidas de prevenção geral de acordo com as posições da doutrina (**1i – Ai**). As razões empíricas são apresentadas entre Qj – 1j – 2j – 3j – 4j – 5j – Aj que comprovam o “dolo intensíssimo” do agente. Ou seja, o tribunal “encaixa” as condutas na necessidade premente da prevenção geral. Para reforçar esta perceção acrescenta em Qk – 1k – Ak dados estatísticos sobre o homicídio conjugal no ano de 2009.

Sob um ponto de vista material parece-nos que as razões de justificação da decisão são boas e razoáveis. O decisor estabelece, claramente, a diferença entre concurso real e concurso aparente. De seguida indica a forma como as condutas do agente devem ser consideradas no preenchimento do crime de violência doméstica e no crime de ofensa à integridade física grave qualificada deixando claro o critério distintivo da lesão dos bens jurídicos em causa. A posição de domínio do/da agressor/a parece ser incontornável para a determinação de condutas que possam preencher o tipo legal da violência doméstica. Essa posição dominante, necessariamente, terá de restringir a vítima na dimensão da sua liberdade e, conseqüentemente, na sua dignidade humana. Como apreciação final não queremos deixar de anotar um ponto crítico. As decisões judiciais adotam, maioritariamente, uma postura formalista. Esta estrutura pode contribuir para uma maior dificuldade de entendimento do resultado final. No caso da presente decisão constata-se que, apesar da posição formalista, o elemento material foi imprescindível para construir um discurso unitário cujo enfoque incidiu sobre as condutas violentas do arguido que, por sua vez, justificaram o seu enquadramento no concurso real. Com esta técnica opera um efeito muito relevante: a inferência do concurso real permitiu uma pena de condenação efetiva, situação que não se verifica nos casos em que há concurso aparente e o agente acaba acusado, apenas, pela prática de um crime. Por outro lado, os preceitos normativos da Convenção de Istambul continuam a ser ignorados no elenco das motivações de casos deste género. A assunção desse instrumento normativo internacional constitui uma razão fundamental no enquadramento do crime de violência doméstica e oferece uma dimensão das

exigências que as instituições devem prosseguir. Defendemos que, no campo da argumentação jurídica, o decisor não pode ficar alheio a outros campos distintos do direito, como o da filosofia, a psicologia, a sociologia, etc. No entanto, este não é um instrumento de motivação que seja frequente encontrar nas decisões judiciais. O elemento pragmático sairia mais claro e a decisão mais reforçada na sua dimensão justificativa.

Caso 16

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22 de novembro de 2017 (processo n.º 1139/16.6S6LSB.L1-3)

(i) Narração sumária do processo

No presente caso, o arguido A foi condenado pela prática, em autoria material, de um crime de violência doméstica, numa pena de dois anos e seis meses de prisão, suspensa na sua execução. Além disso, ficou proibido de contactar direta ou indiretamente a ofendida ou deslocar-se à residência ou local de trabalho daquela, sem prejuízo do que ficar acordado em sede de regulação de responsabilidades parentais. O arguido A manteve uma relação análoga à dos cônjuges durante 11 anos e dela nasceram dois filhos menores. O arguido desde o início da relação mostrou-se ciumento, insultou e agrediu a ofendida. O arguido não tem antecedentes criminais.

(v) A linha de argumentação jurídica

Pa: O tribunal de recurso é solicitado a analisar a impugnação de matéria de facto, de um vício de erro na apreciação da prova e que os factos provados não integram o crime de violência doméstica.

Ab: A convicção do tribunal para a determinação da matéria de facto dada como provada fundou-se na valoração conjunta e crítica da prova produzida em audiência de julgamento, tendo em atenção o disposto no artigo 127.º, do código de processo penal, isto é, considerando o princípio de que a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção, nos termos que passaremos a expor.

Qc: Como foi apreciada a prova testemunhal?

1c: Conseguiu descrever de forma espontânea e concretizada cada uma das situações descritas na acusação e a forma como a magoaram, afirmando que a dada altura respondia ao arguido na mesma moeda. Reconheceu que mexia no telemóvel do

arguido e justificou os ciúmes e controlo desde o início da relação. Relatou de forma coincidente os factos constantes da acusação.

2c: O depoimento da testemunha N.S., filha da arguida, confirmou o ambiente tenso vivido na casa da sua progenitora e que, na sua versão, motivaram algumas fugas de casa, sendo frequente o arguido a acusar de ser a causa das discussões do casal. Descreveu o arguido como ciumento e controlador, presenciou e descreveu as situações de agressão descritas em 15 a 16, e 21 a 25 por palavras suas de forma coincidente com a ofendida, pelo que também o seu depoimento foi considerado inteiramente credível.

3c: A testemunha MJS, mãe da ofendida, afirmou que só se apercebeu que o casal teria problemas aquando da separação, tendo confirmado a situação ocorrida em 05 de setembro de 2016, em que a filha lhe confidenciou a existência de discussões e agressões entre o casal tendo lido as mensagens que aquele enviou à filha a acusá-la de estar com outros homens. Afirmou, também, que no seu entender o arguido foi um bom pai para as crianças, reconhecendo, porém, que a N.S. melhorou o aproveitamento escolar e comportamento após a separação do casal por não presenciar as discussões de ambos.

4c: A irmã da ofendida, FSS, comprovou o feitio controlador do arguido e o uso do vernáculo, tendo visto a irmã, uma vez, com o braço negro, tendo-lhe esta confidenciado que teria sido o arguido no seguimento de uma discussão por causa de uma vizinha, assim corroborando também a versão da ofendida.

5c: A testemunha LP, auxiliar da Acras, afirmou que uma vez viu a ofendida com um olho ferido, tendo a ofendida dito que teria sido o seu companheiro, descrevendo-o como possessivo e ciumento, sendo que na altura recomendou-a a ir à APAV o que aquela recusou afirmando que dependia financeiramente do mesmo.

6c: A testemunha ABS, colega da ofendida, apercebeu-se que aquela andava mais triste e que lhe confidenciou que o companheiro a agredia, que estava desesperada e queria sair de casa mas que não conseguia por não ter quem a acolhesse. Viu-a com marcas no pescoço que a ofendida disse terem sido causadas pelo companheiro, mas depois terão passado. Dos contactos que manteve com o arguido sempre lhe pareceu uma pessoa educada, não tendo presenciado nada digno de registo. Asseverou ao tribunal que desde a separação a ofendida é uma pessoa mais equilibrada e focada.

7c: A testemunha PME, agente da PSP, elaborou um dos relatórios de risco da vítima e acompanhou o arguido a casa para retirar os pertences, tendo-lhe este parecido um indivíduo calmo. Confrontado com o teor da sua avaliação a fls. 78 confirmou que a ofendida lhe pareceu transtornada ao fazer os relatos das situações que envolveram o arguido.

8c: As testemunhas de defesa inquiridas, WCR e PSCo, colegas de trabalho do arguido, e AD, amigo do arguido, descreveram o arguido como uma pessoa calma e um bom trabalhador, sendo que, apesar dos poucos contactos com a ofendida, revelaram que a mesma também era controladora dos passos do arguido tendo ideia que a ofendida trataria o arguido mal ao telefone porque às vezes percebiam que ele no final da conversa ficava zangado, apesar de pouco conhecerem da dinâmica familiar por serem mais próximos apenas do arguido.

Ac: Face à prova produzida, apesar de ter ficado demonstrada a existência de algum controle mútuo no casal, com predominância, ainda assim, por parte do arguido de quem a ofendida e filhos dependiam financeiramente, certo é que, na generalidade, a versão da ofendida foi corroborada pela prova produzida não merecendo a postura de total negação dos factos por parte do arguido qualquer credibilidade.

Qd: A sentença recorrida enferma do vício de erro notório na apreciação da prova a que alude o artigo 410.º, n.º 2, alínea c), do código de processo penal?

1d: O artigo 410.º, n.º 2, alínea c), do código de processo penal alude a um erro grosseiro que não escapa a um observador médio. Existe tal vício quando se dão provados, factos que, face às regras da experiência comum e à lógica do homem médio, não se teriam podido verificar ou são contraditados por documentos que fazem prova plena e que não tenham sido arguidos de falsos.

2d: Refere o Professor Marques da Silva que “é o erro ostensivo, de tal modo evidente que não passa despercebido ao comum dos observadores, ou seja, quando o homem de formação média facilmente dele se dá conta”.

3d: O tribunal *a quo* fundamentou a sua decisão quanto à matéria de facto provada. Enumerou os elementos probatórios em que se baseou para formar a sua convicção; indicou os depoimentos das testemunhas prestados em audiência; justificou a relevância/credibilidade que atribuiu aos depoimentos, com critérios lógicos e objetivos, conjugados com os documentos juntos aos autos, e alicerçada nos elementos

de prova obtidos em audiência, encontrando-se a matéria de facto fixada de acordo com um raciocínio lógico e coerente.

Nd: No caso, nenhum erro transparece do texto da decisão recorrida, quer por si só, quer conjugada com as regras da experiência comum, nem se vislumbra o desrespeito por prova legalmente vinculativa ou de valor reforçado que tivesse sido desprezada, ou não investigada pelo tribunal recorrido. Não enferma o acórdão recorrido do vício de erro notório na apreciação da prova previsto na alínea c), do n. º2, do artigo 410.º, do código de processo penal.

Qe: Existem razões para a impugnação da matéria de facto dos factos provados?

Af: Nos autos existem duas versões antagónicas: o arguido A nega os factos que lhe são imputados; a ofendida relatou ao Tribunal o que vivenciou no relacionamento que manteve com o arguido, corroborada pelos depoimentos das testemunhas N.S., filha da arguida, MJS, mãe da ofendida, FSS, irmã da ofendida, LP, auxiliar da Acras, ABS, colega do curso de cabeleireiro da arguida, PME, agente da PSP, WCR e PSC, colegas de trabalho do arguido, e AD, amigo do arguido, corroborada pelo exame médico-legal, prova documental, nomeadamente, auto de denúncia, certidões de nascimento, fotografias, certidões de nascimento e ata de regulação das responsabilidades parentais.

Ag: O tribunal a quo optou por dar credibilidade à ofendida.

Qh: Porquê?

1h: O arguido negou, na generalidade, os factos que lhe vinham imputados, afirmando que as suas discussões se prenderam, essencialmente, com os comportamentos desviantes da filha adolescente da sua companheira N.S., que pernoitava fora de casa e faltava às aulas, entendendo que a ofendida não lhe dava uma educação adequada, afirmando que a ofendida engendrou um plano para o expulsar de casa desde que se mudaram para uma habitação camarária para poder ficar com uma renda controlada que consegue suportar sozinha.

2h: A ofendida prestou um depoimento que nos pareceu credível e sereno, denotando-se até alguma desvalorização pelo sucedido a que não será alheio o facto de o arguido estar proibido de a contactar, o que tem cumprido, e o tempo entretanto decorrido, tanto que quis prescindir da indemnização peticionada pelo Ministério Público.

3h: A versão da ofendida foi corroborada pelo depoimento da testemunha N.S., filha da ofendida, A testemunha MJS, mãe da ofendida, A irmã da ofendida, FSS, A testemunha

LP, auxiliar da Acras, A testemunha ABS, colega do curso de cabeleireiro da ofendida, A testemunha PME, agente da PSP, As demais testemunhas de defesa inquiridas, WCR e PSC, colegas de trabalho do arguido, e AD, amigo do arguido.

4h: Atendeu-se, ainda, ao exame médico-legal; à prova documental a saber auto de denúncia, certidões de nascimento; fotografias; certidões de nascimento; e ata de regulação das responsabilidades parentais.

Ah: A motivação da decisão de facto não há dúvida que o Tribunal *a quo* deu credibilidade à versão da ofendida, explicitando de uma forma coerente, convincente e lógica, a razão dessa opção.

Qi: Deve o tribunal de recurso dar credibilidade ao arguido e preterir a credibilidade dada à ofendida na primeira instância?

1i: O princípio da livre apreciação da prova inserto no artigo 127.º, do código de processo penal, segundo o qual “a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente”, não se confunde com apreciação arbitrária da prova, nem com a mera impressão gerada no espírito do julgador pelos diversos meios de prova, mas tem como pressupostos valorativos a obediência a critérios da experiência comum e da lógica do ser humano médio suposto pela ordem jurídica.

2i: A livre apreciação da prova não consiste na afirmação do livre arbítrio, já que também está vinculada aos princípios em que se consubstancia o direito probatório.

3i: A convicção do julgador há-de ser sempre uma convicção pessoal, mas há-de ser sempre uma “convicção objetivável e motivável, portanto capaz de impor-se aos outros”. É na expressão de Figueiredo Dias, “a convicção da verdade dos factos para além da dúvida razoável”.

Ai: No caso sub judice, o Tribunal *a quo* não se baseou apenas no depoimento da ofendida, na medida em que foi corroborado pelos depoimentos das testemunhas supra referidas, que prestaram depoimentos isentos, seguros e convictos, demonstrativos de terem presenciados os factos que por elas mencionados, bem como no exame médico-legal; no auto de denúncia, aditamentos, certidões de nascimento; fotografias; certidões de nascimento; e ata de regulação das responsabilidades parentais. Tudo conjugado entre si e segundo as regras da experiência comum e a lógica do ser humano médio.

Aj: Nos crimes de violência doméstica, é muito raro haver testemunhas diretas dos factos, pois tudo se passa dentro do silêncio do lar, dentro da casa de morada de família,

ou em locais solitários, isolados ou ermos, em que a agressão à vítima, não é vista por quem quer que seja, justamente porque o agressor sabe ou pressente que não tem testemunhas próximas. Acontece que muitas vezes o único elemento de prova existente resume-se às declarações da própria ofendida, e de alguns elementos instrumentais, que conjugados entre si e com as regras da experiência comum, permitem ao julgador formar a sua convicção sobre a verdade dos factos para além da dúvida razoável. Por outro lado, as vítimas apresentam uma especial vulnerabilidade, têm medo, vergonha, são ameaçadas pelos agentes do crime, temendo pela própria vida e dos próprios familiares. Por vezes há por parte das vítimas, um conflito interior em denunciar a situação em que se encontram ou escondê-la.

Ak: Aplicando esta doutrina ao caso dos autos, conclui-se que o Tribunal *a quo* não atendeu a prova proibida por lei (artigo 125.º, do código de processo penal), não desprezou prova de valor reforçado (artigo 163.º, do código de processo penal). As provas apresentadas foram objeto de apreciação segundo as regras da experiência comum e da sua convicção (artigo 127.º, do código de processo penal), não resultando qualquer apreciação arbitrária, procedendo à análise crítica da prova (artigo 374.º, n.º 2, do código de processo penal). Aí se referem quais de entre as várias provas produzidas aquelas que serviram para a formação da convicção do tribunal em que é feita a análise crítica das provas atendidas, designadamente a razão de ser pela qual o Tribunal deu credibilidade à versão da ofendida, corroborada pelo depoimento das testemunhas e pela prova pericial.

1k: O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de setembro de 2005 refere: “A convicção do tribunal é construída dialeticamente, para além dos dados objetivos fornecidos pelos documentos e outras provas constituídas, também pela análise conjugada das declarações e depoimentos, em função das razões de ciência, das certezas e das lacunas, das contradições, hesitações, inflexões de voz, (im) parcialidade, serenidade, olhares, "linguagem silenciosa e do comportamento", coerência do raciocínio e de atitude, seriedade e sentido de responsabilidade manifestados, coincidências e inverosimilhanças que, por ventura, transpareçam em audiência, das mesmas declarações e depoimentos”.

Nl: Analisada e reexaminada a prova produzida em audiência e documentada, resulta que não há nos autos, quer da prova testemunhal, quer dos documentos juntos aos

autos, elementos que permitam a este Tribunal concluir que os factos que o recorrente impugna se mostram incorretamente julgados, ou que o Tribunal *a quo* atendeu a prova proibida por lei (artigo 125.º, do código de processo penal) e todas de livre apreciação do julgador, segundo as regras da experiência comum e a sua convicção (artigo 127.º do código de processo penal), para que a matéria de facto fixada pelo Tribunal *a quo* deva ser alterada.

Qm: O tribunal a quo olvidou o contexto económico e social do casal e no qual a linguagem e agressividade física e verbal surge como “uma conflitualidade própria de um casal residente na Zona J de Chelas”?

Am: O tribunal recorrido teve em atenção, essa realidade, designadamente, o contexto em que as agressões e palavras ocorreram, não as desvalorizando e bem.

1m: Tal como salienta o Ministério Público na resposta à motivação de recurso: “apesar de se ter dado como provado, a existência de algum controlo e uso de vernáculo por parte da ofendida em relação ao arguido, certo é que surge num contexto de resposta ao comportamento deste, além de se verificar uma desproporção entre a atuação do arguido e a da ofendida em detrimento desta. O arguido revelou total insensibilidade pelos seus deveres enquanto companheiro da ofendida sendo que parte da sua atuação teve também lugar no interior da residência do casal, privando-a de possibilidade de reação”.

Qn: Há violação do princípio *in dubio pro reo*?

1n: O princípio *in dubio pro reo* constitui um princípio de prova, corolário do princípio da presunção de inocência do arguido, constitucionalmente consagrado, no artigo 32.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, impõe que o julgador valora sempre a favor do arguido um *non liquet* - na decisão de factos incertos, a dúvida favorece o réu e ainda que em processo penal não é admitida a inversão do ónus da prova.

2n: “O princípio da presunção de inocência do arguido isenta-o do ónus de provar a sua inocência. O que carece de prova é o contrário, ou seja, a culpa do arguido, concentrando a lei o esforço probatório na acusação”.

3n: “Do referido princípio da presunção de inocência do arguido (embora não exclusivamente dele) decorre um princípio *in dubio pro reo*, princípio que, procurando responder ao problema da dúvida na apreciação do caso criminal (não a dúvida sobre o sentido da norma, mas a dúvida sobre o facto), e partindo da premissa de que o juiz não

pode terminar o julgamento com um *non liquet*, determina, que na dúvida quanto ao sentido em que aponta a prova feita, o arguido seja absolvido”.

4n: A jurisprudência do supremo tribunal de justiça tem vindo a entender que a violação do princípio *in dubio pro reo* pode e deve ser tratada como erro notório na apreciação da prova mas a sua existência só pode ser afirmada quando, do texto da decisão recorrida, decorrer, por forma mais do que evidente, que o tribunal, v. g., na dúvida, optou por decidir contra o arguido.

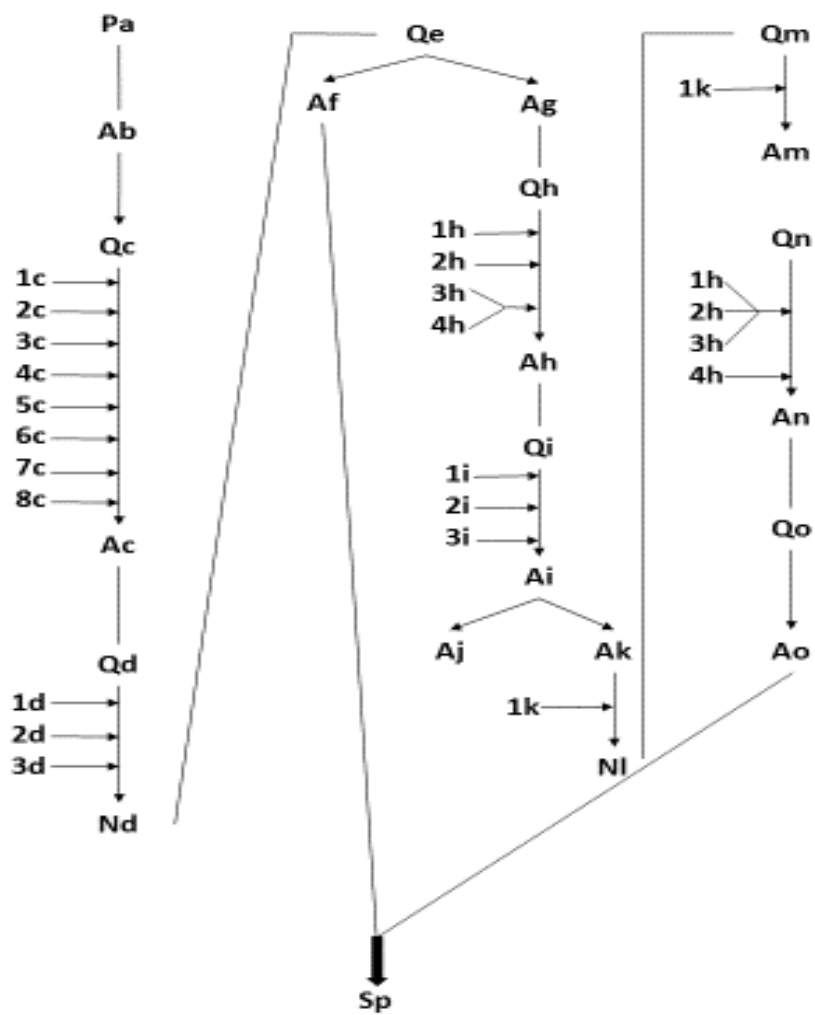
An: Da decisão recorrida, não resulta que o Tribunal *a quo* ao dar como provados os factos constantes da sentença recorrida, tendo dúvidas sobre a verificação de algum ou alguns deles, se tivesse decidido contra o arguido, e, por outro do mesmo texto, conjugado com as regras da experiência comum, não ressalta que outra deveria ter sido a decisão sobre a matéria de facto. Do exposto resulta que não se mostra violado o princípio *in dubio pro reo*.

Qo: Os factos provados integram o crime de violência doméstica, previsto e punido, pelo artigo 152.º, n.º 1, alínea b), e no n.º 2, do código penal?

Ao: Atendendo à matéria de facto provada não restam dúvidas que se mostram preenchidos os elementos objetivos e subjetivos do crime de violência doméstica, previsto e punido pelo artigo 152º, nº 1, al. b) e no 2 do Código penal.

Sp: É negado provimento ao recurso interposto pelo recorrente confirmando-se a sua condenação pela prática, em autoria material de um crime de violência doméstica, condenado na pena de dois anos e seis meses de prisão, suspensa na sua execução.

(ii) Esquema da linha de argumentação



TRL - processo n.º 1139/16.6S6LSB.L1-3

(iii) Análise de argumentos e razões justificativas

O presente acórdão trata de um caso, de natureza simples, onde podemos verificar uma justificação de natureza formal-dedutiva, esta construída, sobretudo, com os argumentos vertidos na decisão da primeira instância. De facto, a linha argumentativa da livre apreciação da prova não é nova. Já a havíamos abordado em outras decisões. Recorre-se, essencialmente, às disposições contidas nos preceitos normativos e ao que se entende, em termos de doutrina, por regras de lógica e experiência comum.

A apreciação material que se nos oferece faz diz respeito a dois pontos. O primeiro relaciona-se com a preocupação que o tribunal mostra ao elencar os factos provados e demonstrar o método através do qual retira conclusões. Através da lógica indutiva, o julgador parte de circunstâncias factuais testemunhadas por terceiros para induzir a prática de factos perpetrados pelo arguido. Em casos de violência doméstica parece-nos que esta técnica de argumentação constitui uma justificação eficaz em termos de prova, dado que, tal como é referido pela sentença, as agressões têm lugar, sobretudo, em ambiente “escondido”, resguardado de olhares alheios. Ora, perante a situação de agressor/a e vítima poderem declarar factos contraditórios, o decisor terá de induzir as condutas daquele/a através de outros factos que chegam aos autos através, por exemplo, dos testemunhos indiretos, perícias ou relatórios sociais.

O segundo ponto da análise material refere-se à forma como o tribunal entendeu o preenchimento do crime de violência doméstica. Para o julgador, as linhas argumentativas que enumerou ao longo da sentença – a impugnação da matéria de facto e o erro notório de vício da apreciação da prova – foram suficientes para justificar o cometimento do crime. A justificação, neste domínio, não deixa de ser incipiente e espelhar uma abordagem diferente de outros tribunais da relação. De facto, os tribunais de recurso, quando chamados a analisar o preenchimento dos elementos típicos do crime, concebem linhas de argumentação que recolhem enunciados do tipo normativo, jurisprudencial e doutrinário sobre o bem jurídico protegido pela norma penal da violência doméstica. No caso que escrutinamos não há referência a um único elemento sobre aquela matéria.

Em suma, a argumentação jurídica sobre a livre apreciação da prova e a formação da convicção do juiz evidencia as razões normativas, jurisprudenciais e doutrinárias que mostram um consenso sobre o procedimento de apreciação. Não obstante, a

argumentação sobre o preenchimento do tipo é muito incipiente por lhe faltar a enumeração de razões, sobretudo as de natureza jurídica.

Nesta decisão pensamos existir um aspeto de natureza pragmática que é de realçar. O tribunal desmerece o argumento do recorrente quando este pretende desvalorizar as condutas do arguido pelo facto de o contexto socioeconómico ser propício à violência verbal e física. A razão, de natureza empírica, apontada em **1m** (havia sido usada pelo Ministério Público) sublinha a desproporção das ações do arguido ainda que a ofendida tenha retorquido às suas agressões. O tribunal recusa o argumento proposto pela defesa do arguido o que num sentido pragmático evidencia um aspeto dialético: o tribunal responde a um argumento falacioso dado que não é de aceitar o discurso atenuante de uma agressão apenas pelo contexto de carência socioeconómico.

Caso 17

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 17 de novembro de 2010 (processo n.º 638/09.OPBFIG.C1)

(i) Narração sumária do caso

O caso reporta a uma situação em que o arguido A vem condenado, da primeira instância, por um crime de ofensa à integridade física simples na pena de 140 dias de multa, à razão de €7,00 diários e o pagamento à ofendida de €500, a título de danos não patrimoniais. O Ministério Público não se conformou com a decisão e interpôs recurso peticionando a condenação do arguido A por um crime de violência doméstica. De forma sumária os factos provados demonstram que o arguido A numa única ocasião desferiu duas bofetadas na ex-companheira, na via pública, após uma discussão sobre a filha de ambos.

(i) A linha de argumentação jurídica

Pa: O tribunal de recurso é chamado a pronunciar-se sobre o pedido do recorrente que reivindica o preenchimento da conduta do arguido A no tipo legal de violência doméstica ao invés de um crime de ofensa contra a integridade física. Este problema exige do tribunal de recurso a apreciação dos factos provados.

Qb: Os factos provados são suscetíveis de integrar o crime de violência doméstica, previsto e punido pelo artigo 152.º, do código penal?

1b: Dispõe o artigo 152.º, do código penal, sob a epígrafe “Violência doméstica”:
“1- Quem, de modo reiterado ou não, infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais: a) Ao cônjuge ou ex-cônjuge; b) A pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação; c) A progenitor de descendente comum em 1º grau, ou d) A pessoa particularmente indefesa, em razão da idade, deficiência, doença, gravidez ou dependência económica, que com ele coabite; É punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.”

2b: O código penal, anterior à Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro dispunha no artigo 152.º sobre o crime de maus tratos e em relação a este verificou-se um alargamento do tipo o que conduziu à autonomização do crime de violência doméstica que tomou o lugar do artigo 152.º.

3b: No entendimento de Taipa de Carvalho (in Comentário Conimbricense do Código penal, Parte Especial, Tomo I, pág. 332.) este tipo de crimes visa a proteção da pessoa individual e da sua dignidade humana. O bem jurídico aqui protegido é a saúde – bem jurídico complexo que abrange a saúde física, psíquica e mental e que pode ser afetado por toda a multiplicidade de comportamentos que lesam a dignidade pessoal do cônjuge.

4b: Os crimes de violência doméstica e de maus tratos realizam-se através de uma pluralidade de atos, ou através de um único ato, que atingiram a saúde física, psíquica ou mental do cônjuge e afetaram a sua dignidade pessoal.

5d: Na “Exposição de Motivos” da Proposta de Lei n.º 98/X (vide Diário da Assembleia da República, II Série –A, n.º 10, de 18-10-2006.), que esteve na origem da Lei n.º 59/2007, de 04.09 pode ler-se: “Ainda em sede de crimes contra a integridade física, os maus tratos, a violência doméstica e a infração de regras de segurança passam a ser tipificados em preceitos distintos, em homenagem às variações de bem jurídico protegido. Na descrição típica da violência doméstica e dos maus tratos, recorre-se, em alternativa, às ideias de reiteração e intensidade, para esclarecer que não é imprescindível uma continuação criminosa. No crime de violência doméstica, é ampliado o âmbito subjectivo do crime passando a incluir as situações de violência doméstica que envolvam ex-cônjuges e pessoas de outro ou do mesmo sexo que

mantenham ou tenham mantido uma relação análoga à dos cônjuges. Introduce-se uma agravamento do limite mínimo da pena, no caso de o facto ser praticado contra menores ou na presença de menores ou no domicílio da vítima, ainda que comum ao agente”.

6d: De salientar ainda que, no que respeita à intensidade, ao nível do desvalor, da ação e do resultado, as situações de violência doméstica têm de ser aptas para lesar o bem jurídico protegido – mediante ofensa da saúde psíquica, emocional ou moral, de modo incompatível com a dignidade da pessoa humana (Plácido Conde Fernandes, in *Violência Doméstica, Novo quadro penal e processo penal* – Revista do CEJ n.º 8, 1º semestre, pág. 308.).

Qe: O que ficou demonstrado pela factualidade provada?

1e: O arguido V... e a ofendida F... viveram em condições análogas à dos cônjuges durante cerca de 14 anos, tendo a sua coabitação terminado no final do mês de setembro de 2008 e têm dois filhos menores em comum.

2e: No dia 22/07/2009, pelas 09h00, quando o arguido foi a casa da ofendida, (...) gerou-se uma discussão entre ambos, junto às escadas de acesso àquela casa; durante a discussão o arguido abeirou-se da ofendida e desferiu-lhe duas bofetadas na cara;

3e: O arguido trabalha como engenheiro de eletrónica; é considerado, na comunidade onde vive, uma pessoa bem-educada, calma, sensata, respeitadora e um pai responsável e preocupado com os seus filhos; o arguido não tem antecedentes criminais.

4e: A assistente é professora na Universidade de Aveiro; a assistente é pessoa educada, sendo respeitada pelos colegas de trabalho e pelos seus alunos.

Qf: O que ficou dito na motivação da decisão recorrida?

Af: A discussão entre o arguido e a assistente, acerca das férias da filha de ambos, ocorreu na via pública, à entrada da casa; A testemunha M..., que ia a passar, apercebeu-se da discussão e viu o arguido bater com as mãos na cara da ofendida, quando esta subia as escadas do prédio; o Arguido e ofendida têm mantido um atribulado relacionamento, desde a cessação da vida em comum; a testemunha S..., que se encontrava no interior da casa da assistente, não assistiu às agressões, mas pôde constatar que a assistente, após ter estado no exterior com o arguido, regressou alterada e a chorar e tinha a face do lado direito vermelha dizendo que lhe doía a cabeça. No dia seguinte, não era perceptível, qualquer lesão ou sequela física, como se constata no exame médico-legal efetuado à assistente. Nenhuma testemunha se referiu à

existência de um sentimento de medo, intimidação ou ansiedade por parte da assistente após as agressões, tendo mesmo sido negado, de forma categórica, pela testemunha U..., amiga de infância daquela.

Qg: A motivação da sentença recorrida é razoável?

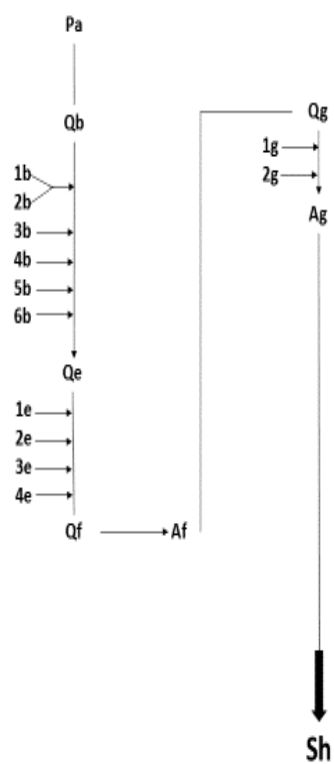
Ag: Decorre da materialidade transcrita que a ofendida foi, de facto, agredida pelo arguido com duas bofetadas na cara, agressão que foi presenciada por uma testemunha que ia a passar.

1g: Não fica evidenciado que o arguido tivesse procurado agredi-la perante terceiros, de forma a sujeitá-la a vexame e humilhação pública.

2g: Não sendo o comportamento do arguido reiterado, a agressão em causa (tratando-se de uma acção isolada) não revela uma intensidade, ao nível do desvalor, da acção e do resultado, que seja suficiente para lesar o bem jurídico protegido – mediante ofensa da saúde psíquica, emocional ou moral, de modo incompatível com a dignidade da pessoa humana.

Sh: Entendemos que a conduta do arguido integra, tão só, a prática de um crime de ofensa à integridade física simples p. e p. pelo artigo 143.º, n.º 1 do código penal, e não um crime de violência doméstica previsto e punido pelo artigo 152.º, n.º 1, do mesmo código, nenhum reparo nos merecendo a sentença recorrida.

(ii) Esquema da linha de argumentação



TRC - processo n.º 638/09.OPBFIG.C1

(iii) Análise de argumentos e razões justificativas

A presente decisão judicial retrata um caso de natureza simples. É uma sentença de 2010 que evidencia aspectos problemáticos da argumentação, que ainda se verificam nas decisões mais recentes. A técnica argumentativa, de natureza formal, repete o estilo de decisões que já analisámos, pelo que não nos alongaremos em mais considerações.

Quanto ao aspeto material pensamos merecer melhor análise a qualificação jurídica da conduta do arguido A e o critério de intensidade do desvalor da ação.

No que concerne à qualificação jurídica dos factos provados notamos que o tipo de enunciados aponta razões normativas e de doutrina. A racionalidade prática assenta na descrição do tipo legal, previsto no artigo 152.º, do código penal e na posição doutrinária (Américo Taipa de Carvalho) que esclarece sobre o bem protegido pela norma. Não subsistem dúvidas que aquele bem jurídico protege a saúde física e psíquica da vítima e envolve uma dimensão que perturba a dignidade humana. A linha de argumentação está construída a partir desta premissa com a finalidade de demonstrar uma tese: a de que as duas bofetadas disferidas pelo arguido à ofendida constituem tão-somente um crime de ofensa à integridade física porque não foi de tal modo intensa que a dignidade humana da vítima não ficou machucada. Logo, os factos provados não preenchem o tipo legal violência doméstica (esta última fase da argumentação há-de sempre demonstrar uma dedução lógica).

Apesar do encadeamento argumentativo simplificado, pensamos que esta decisão mais recuada (proferida três anos após a alteração da lei penal que introduziu o crime de violência doméstica no artigo 152.º) retrata problemas que, ainda, hoje se refletem na jurisprudência, em particular, quanto ao critério de intensidade (aplicado quando a agressão resulta de uma única ação do agente) e que analisámos no caso 2. Este modo de raciocínio pode conduzir a conclusões que desvalorizam as “pequenas” violências conjugais o que, de algum modo, retrata a velha posição de não ingerência na vida familiar e legitimação de agressões simples. No fundo o que o julgador faz é afastar a conduta única do agressor do conceito de maus tratos. Fá-lo através da enunciação dos factos provados, da motivação apresentada pelo tribunal de primeira instância e de um juízo valorativo quanto à intensidade da ação (**Qe – 1e – 2e – 3e – 4e – Qf – Af – Qg – Ag – 1g – 2g**). O enunciado em **2g** é o que fixa o critério de intensidade para medir a ação do arguido e excluí-la daquilo que a jurisprudência e doutrina têm entendido

quanto à infligção de maus tratos. Causar maus tratos através de uma única ação típica parece ter de estar associado a um desvalor da ação (como se mede?) e a um resultado apurado através da vítima. Por um lado, esta tem de mostrar marcas físicas, por outro lado tem de evidenciar um estado de medo e ansiedade em relação ao seu agressor. Na presente decisão podemos constatar este raciocínio prático quando o tribunal cita (concordando) a motivação do tribunal de primeira instância: “No dia seguinte, não era perceptível, qualquer lesão ou sequela física, como se constata no exame médico-legal efetuado à assistente. Nenhuma testemunha se referiu à existência de um sentimento de medo, intimidação ou ansiedade por parte da assistente após as agressões, tendo mesmo sido negado, de forma categórica, pela testemunha U..., amiga de infância daquela.”

Se por razões de hermenêutica penal temos de nos cingir a um discurso em torno do bem jurídico protegido pela norma da violência doméstica e no que consiste a lesão desse bem, então, parece lógico argumentar que esse discurso deve considerar a regra de que o regime especial afasta a aplicação do regime geral. A violência doméstica que se encontra em relação de especialidade com o crime de ofensa à integridade física simples deve prevalecer sobre este.

Sob um ponto de vista pragmático, a retórica jurisprudencial parece revelar flutuações quanto ao valor que atribui à dignidade humana quanto trata das condutas típicas da violência doméstica em confronto com outras condutas que com ela concorrem. Na presente decisão o julgador afere o valor da dignidade humana pela ausência de danos físicos e de sinais visíveis de medo/ansiedade por parte da vítima além de valorizar (juízo valorativo) a conduta do arguido como inócua, no sentido de que aquele não pretendeu vexar ou humilhar, em público, a ofendida. Ou seja, a conduta não foi suficiente para integrar maus tratos e, assim, ter lugar o preenchimento do crime de violência doméstica. Um acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 21 de janeiro de 2009 (processo n.º 525/06.4GCLRa.C1) onde um arguido foi condenado pela prática de um crime contra a integridade física simples, declara que: “Não obstante o esforço de autonomização do que deve ser nuclearizado como bem jurídico protegido no crime de ofensa à integridade física, dever-se-á salientar a abrangência de um campo caracterizado pela existência de uma pluralidade de bens jurídicos próximos e conexos – de que são exemplo, a *vida*, quando o resultado morte não se verifica; a *honra*, perante

o sofrimento psicológico desencadeado por injúrias associado a manifestações somáticas - e que merecem ser aglutinados em torno da protecção do direito à *integridade pessoal*, enquanto dimensão nuclear da *dignidade da pessoa humana*.” O julgador, neste caso, a considerar uma dimensão da integridade física ligada com o respeito indissociável da dignidade humana.

A vertente pragmática da argumentação judicial é fundamental para aferir um sentido de justiça, não só do caso concreto mas do sentimento que é inculcado na comunidade. A retórica em torno do critério de intensidade, quando estamos perante uma única conduta, é aferida através de um desvalor de ação e de um resultado cujas premissas são enunciadas a partir da vítima. A técnica leva a que ações típicas da violência doméstica sejam deixadas de fora do âmbito de aplicação da norma para se enquadrarem em crimes com molduras penais menos graves dando a impressão que as “pequenas” violências conjugais não afetam a dignidade humana da vítima. Ora, a infração dos maus tratos não compreende, apenas, as agressões físicas, psíquicas e sexuais. Abrange uma dimensão moral que encontra resguardo na vinculação especial e afetiva entre os agentes, não sendo admissíveis comportamentos, reiterados ou não, que afetem aquela dimensão.

Caso 18

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 3 de março de 2014 (processo n.º 1396/12.7GBBCL.G1)

(i) Narração sumária do caso

O arguido A foi condenado, em primeira instância, pelo crime de violência doméstica, na pena suspensa na sua execução por igual período de tempo e no pagamento de uma indemnização no valor de €2.000. O arguido interpôs recurso para pedido de substituição da pena de prisão por pena de multa e a redução do valor indemnizatório. Dos factos provados é possível resumir: O arguido A e a ofendida foram casados tendo uma filha menor em comum. Durante a vivência do casal o arguido agrediu a ofendida e injuriou-a. No ano de 2012 o casal separou-se, no entanto, o arguido passou a perseguir-la. Na presença da filha menor o arguido injuriou a ofendida de “puta” e “vaca” e bateu-lhe com bofetadas e murros. Em mais do que uma ocasião a

ofendida chamou a Polícia de Segurança Pública em alturas que se sentiu ameaçada em virtude da perseguição encetada pelo arguido A.

O problema que o tribunal de recurso tem de resolver divide-se em dois segmentos: o enquadramento jurídico-penal dos factos provados e a medida concreta da pena.

(vi) A linha de argumentação jurídica

Pa: O tribunal de recurso é chamado a apreciar o enquadramento jurídico-penal dos factos justificando a agravação da conduta do arguido por aplicação do disposto no n.º 2, do artigo 152.º, do código penal e a redução da medida da pena.

Ab: Comete o crime de violência doméstica qualificado por aquele n.º 2 “quem, de modo reiterado ou não, infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais ao cônjuge” “se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal” e “se o agente praticar o facto (...) na presença de menor, no domicílio comum ou no domicílio da vítima”.

Ac: A agravação espelha a intenção do legislador de estender a tutela penal a pessoas de maior vulnerabilidade perante o perigo de se tornarem vítimas “indirectas” dos maus tratos, inicialmente dirigidos a outras pessoas, quer pelo risco de sofrerem fisicamente de agressão, quer por terem se escutar as palavras.

Ad: No quadro situacional típico de violência doméstica, justifica-se a censura acrescida de quem se desinteressa pelo risco de a sua conduta afetar a saúde, a personalidade e o bem-estar de uma criança ou de um adolescente.

Qe: Verificam-se factos que integram estas asserções?

1e: A matéria de facto provada nos autos refere que o arguido A, no dia 25 de setembro de 2012, surpreendeu a ofendida quando esta sentava, na cadeira do automóvel a filha de ambos, nascida a 15 de Março de 2011. O arguido retirou a filha do colo da mãe e desferiu pontapés nas pernas, estaladas na face e murros na cabeça da ofendida. Empurrou-a para o interior do veículo automóvel, para o lugar do passageiro e colocou a filha no colo da mãe, passando a conduzir o mesmo automóvel. Ficou, também, provado que durante o percurso até casa o arguido desferiu, várias vezes, estalos no rosto da ofendida ao mesmo tempo que a apodava de "puta" e "vaca". Tudo na presença da filha menor.

2e: Seguramente que ao longo de todo este comportamento de sucessivos maus tratos, houve pelo menos um perigo sério de o arguido atingir fisicamente a sua filha, que seguia no automóvel ao colo da mãe.

3e: Em circunstâncias normais e segundo regras elementares da experiência comum, uma criança com um ano e seis meses de idade já percebe a emoção do adulto pelo tom da voz e pelo contacto com o corpo quando está ao colo, vive a perturbação que a rodeia, muito concretamente quando atinge um ente de quem se encontra dependente como a mãe. Não temos por isso dúvidas que a menor se apercebeu e sofreu, ainda que necessariamente em termos *indefinidos* e *confusos*, pela violência verbal e física do comportamento do pai, de que a mãe foi vítima.

Ae: Não há dúvida que a filha menor percebeu, ainda que necessariamente em termos indefinidos e confusos, a violência física do comportamento do pai para com a mãe. Concluimos que a conduta do arguido preenche a circunstância agravante decorrente de os factos terem sido praticados pelo arguido *na presença de menor*, justificando-se a punição agravada em consequência do acrescido desvalor da conduta.

Af: A qualificação das condutas do arguido na agravação prevista pelo artigo 152.º, n.º 1, alínea a) e n.º 2, do código penal, conduz à impossibilidade superveniente do pedido de aplicação de uma pena de um ano de prisão, substituída por multa.

Qg: Porque razões?

1g: Na sentença recorrida ponderou a necessidade de “prevenção geral dada a incidência do crime de violência doméstica, designadamente, em situações de rutura conjugal, como é o caso”. Acrescentou que a natureza das expressões insultuosas, as agressões físicas, a frequência e natureza das perseguições, limitaram a ofendida na sua liberdade de auto determinação. Também ponderou a necessidade de prevenção especial “pois o arguido e ofendida ainda se encontram em processo de divórcio, com contornos litigiosos (...)”.

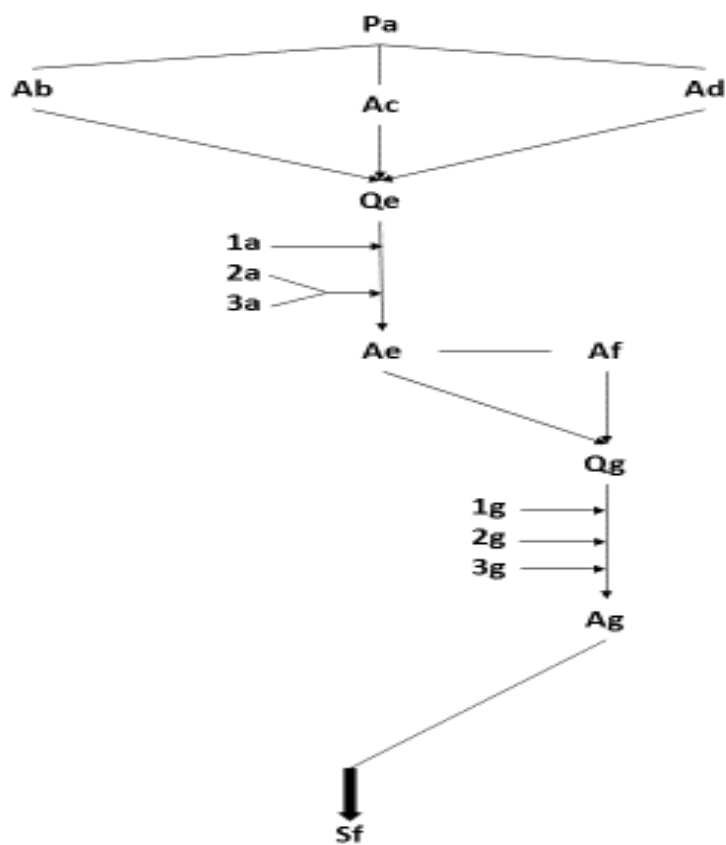
2g: A pena concreta há-de situar-se na medida necessária para o arguido interiorizar a necessidade imperiosa de enveredar por uma vida norteada pelas regras do direito e para garantir a plena inserção social.

3g: Revela-se favorável a apreciação do comportamento do arguido A que determina que para as finalidades da punição a ameaça de execução de pena de prisão é suficiente e adequada. Isto no sentido de que o condenado não volte a delinquir no futuro.

Ag: Concluimos que a pena de dois anos de prisão de execução suspensa e constitui a reação institucional adequada às exigências de tutela das expectativas da comunidade, às necessidades de prevenção especial, assim como ainda consentida pela culpa exteriorizada pelo arguido.

Sh: Pelos fundamentos expostos, acordam os juizes deste Tribunal da Relação de Guimarães em rejeitar liminarmente o recurso na parte que se restringe à ação civil enxertada e em julgar totalmente improcedente o recurso, mantendo na íntegra a decisão recorrida.

(ii) Esquema da linha de argumentação



TRG - processo n.º 1396/12.7GBBCL.G1

(iii) Análise dos argumentos e razões justificativas

A decisão, em análise, revela um caso simples no qual é possível identificar um conjunto de justificações básicas para o enquadramento das condutas típicas do arguido A. As duas linhas de argumentação encontram-se sedimentadas em argumentos (em sentido estrito) de natureza empírica. O julgador reporta, concretamente, os factos e estabelece uma relação lógico-dedutiva com o conteúdo normativo, concluindo que as condutas do arguido A encontram-se tipificadas na agravação prevista no artigo 152.º, n.º 1, alínea a) e n.º 2, do código penal.

No que respeita à argumentação do tipo material, o ponto que pretendemos levantar da análise desta decisão judicial diz respeito ao raciocínio prático que é estabelecido quanto à vulnerabilidade de determinados sujeitos ao ambiente de tensão familiar, designadamente, as crianças. O decisor concluiu pela aplicação da agravação, acima mencionada, através das inferências identificadas em **Qe – 1e – 2e – 3e – Ae**. Nesta sequência, logicamente, justificou a confirmação da condenação que já vinha da primeira instância: **Qg – 1g – 2g – 3g – Ag**. Nesta decisão, o julgador cinge-se, de forma estrita, ao conteúdo problemático que é formulado pelo recorrente. Trata-se de uma abordagem sucinta que serve de rampa de lançamento para a questão da vulnerabilidade de filhos menores no âmbito dos crimes de violência doméstica, tema que suscita a construção de argumentos, os quais pretendemos analisar nas próximas decisões judiciais.

O argumento material que é fixado nesta decisão sobre sujeitos expostos aos conflitos das relações conjugais encontra-se retratado em **Ac** quando afirma “A agravação espelha a intenção do legislador de estender a tutela penal a pessoas de maior vulnerabilidade perante o perigo de se tornarem vítimas “indirectas” dos maus tratos, inicialmente dirigidos a outras pessoas, quer pelo risco de sofrerem fisicamente de agressão, quer por terem se escutar as palavras”. Um primeiro apontamento de reflexão sobre este raciocínio diz respeito ao entendimento de “vítimas indirectas”. As crianças não são vítimas indirectas. São vítimas directas que sofrem, muitas vezes, com as agressões a que assistem.²⁸ Esta perceção de fronteira conceptual é fundamental para o tratamento das questões relacionadas com a partilha das responsabilidades parentais, mecanismo judicial que, não raras as vezes, é usado pelo agressor para se reaproximar da vítima e sujeitá-la, assim como às crianças, a situações repetidas de violência.

Ao nível da justificação interna/externa parece-nos que a argumentação é coerente e razoável. É, na verdade, uma abordagem argumentativa sumária quando a comparamos com decisões anteriores. No entanto, tal como já referimos o tribunal cinge-se às questões levantadas pelo recorrente, sem daí retirar ilações que, no fundo, não contribuiriam para uma maior clareza da argumentação. Tendo como ponto de partida o raciocínio prático sobre a agravação do crime de violência doméstica, quando é praticado na presença de menores, pretendemos indagar, nas próximas decisões, a tipologia dos argumentos construídos pelo discurso judicial.

Caso 19

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 22 de março de 2018 (processo n.º 297/15.1T8TM-C.E1)

(i) Narração sumária do caso

O caso trata da regulação das responsabilidades parentais entre o progenitor AA e a progenitora CC. O progenitor interpôs ação de alteração do exercício das responsabilidades parentais contra a progenitora requerendo a guarda partilhada por ambos os progenitores. Como razões para a interposição do pedido o autor alega que tem dificuldades em conviver com a filha. O Tribunal, em sede de 1ª instância decide fixar o regime de guarda alternada em períodos de 15 (quinze) dias. A requerida apresentou apelação insurgindo-se contra o regime fixado no que foi acompanhado pelo Ministério Público, invocando como razões – as que importam para a análise dos argumentos desta decisão – não estarem reunidas as condições para a aplicação da guarda alternada uma vez que a relação dos progenitores é hostil, a menor é de tenra idade (4 anos) e está pendente processo-crime de violência doméstica, no qual o progenitor se encontra sujeito a medida de coação de termo de identidade e residência.

A análise dos argumentos vertidos na presente decisão incidirá, somente, na parte que interessa ao estudo da corrente investigação, ou seja, aqueles que dizem respeito à regulação das responsabilidades parentais de progenitores em contexto de violência doméstica.

(vii) A linha de argumentação jurídica

Pa: O Tribunal de recurso vê-se confrontado com a não aceitação por parte da progenitora CC, sendo acompanhada pelo Ministério Público, na alteração do regime de

responsabilidades parentais para a guarda alternada da filha menor. O tribunal vê-se confrontado com o problema de avaliar a mudança do regime de exercício das responsabilidades parentais para a residência alternada.

Qb: O acordo das responsabilidades parentais, celebrado entre os progenitores, deve ser alterado por alegadas dificuldades do progenitor de convívio com a filha menor?

1b: O artigo 40.º, n.ºs 1 e 2, do RGPTC, determina que o exercício das responsabilidades parentais será regulado de harmonia com os interesses da criança, devendo determinar-se que seja confiada a ambos ou a um dos progenitores, aí se fixando a residência daquela, sendo ainda estabelecido um regime de visitas que regule a partilha de tempo com a criança.

2b: O regime é, também, imposto pelo n.º 5, do artigo 1906.º, do Código Civil.

Ab: No que respeita à determinação da residência do filho, o tribunal decidirá de acordo com o interesse deste, incluindo o de manter uma relação de grande proximidade com os dois progenitores, promovendo e aceitando acordos ou tomando decisões que favoreçam amplas oportunidades de contacto com ambos e de partilha de responsabilidades entre eles, tendo em atenção todas as circunstâncias relevantes, de acordo com o prescrito nos n.ºs 5 e 7, do artigo 1906º, do Código Civil.

Qc: O caso justifica a aplicação do regime da guarda alternada?

1c: No âmbito da redação do artigo 1906.º, do código civil, a Professora Maria Clara Sottomayor sustenta que “O exercício conjunto das responsabilidades parentais com alternância de residência, diferentemente, exige por parte dos pais cooperação constante, sendo todas as decisões relativas à educação da criança tomadas conjuntamente. No entanto, o efeito traumático da mudança constante de residência mantém-se. Por isso, uma tal medida não poder ser aprovada pelo juiz, sem que este tenha em conta, através de observação da criança por peritos, a personalidade, a idade e o temperamento de cada criança, pois pode acontecer que apesar dos pais estarem de acordo, tal solução não seja do interesse da criança (...) O exercício conjunto do poder paternal com alternância de residência (de acordo com um ritmo temporal determinado, mensal, semanal, etc.), não está expressamente proibido pela lei mas o teor literal (os pais decidem as questões relativas à vida do filho em condições idênticas às que vigoram para tal efeito na constância do matrimónio, e recorrem ao tribunal em caso de falta de acordo em questões de particular importância) desta e o argumento

histórico de interpretação permitem concluir que a intenção do legislador foi apenas a de igualizar os direitos e deveres dos pais mas não a de dividir a criança entre as residências de ambos. A lei deve ser interpretada de forma restritiva, no sentido de não serem admitidos acordos de residência alternada. Tem-se entendido que uma solução deste tipo prejudica a formação da personalidade do menor devido à sensação de insegurança, ansiedade, nervosismo e instabilidade que provoca, sobretudo, relativamente a crianças com idade pré-escolar, aquelas que mais necessitam da estabilidade das condições externas para se desenvolverem.”

2c: A jurisprudência tem vindo a aceitar, excecionalmente, a possibilidade de fixação de residência alternada, num quadro de acordo entre os progenitores, com fundamento no disposto nos n.ºs 1 e 7, do artigo 1906.º, do código civil, na natureza de jurisdição voluntária do processo e ausência de conflitos entre os pais e a proximidade de residência de ambos, como se entendeu no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28-06-2012, em que estava em causa uma criança com dois anos de idade.

3c: São vários os arestos que admitem essa possibilidade de residência alternada: acórdão do tribunal da relação de Lisboa, de 19-06-2012; acórdãos do tribunal da relação de Coimbra, de 18-10-2011 e 11-06-2011; acórdão do tribunal da relação do Porto, de 13-05-2014, este último estipulando “ser imprescindível que haja acordo dos progenitores quanto à fixação de duas residências ao menor”; acórdão do tribunal da relação de Lisboa, de 24-01-2017, onde se exarou que “Havendo disponibilidade e condições de ordem prática e psicológica de ambos os pais e não havendo circunstâncias concretas que o desaconselhem, a guarda/residência conjunta é o instituto com melhor aptidão para preservar as relações de afeto, proximidade e confiança que ligam o filho a ambos os pais (...)”; acórdão do tribunal da relação de Lisboa, de 07-08-2017; acórdão do tribunal da relação de Lisboa, de 14-02-2015 onde se lê “Não havendo acordo dos pais não podem beneficiar de guarda conjunta nem alternada de responsabilidades parentais.”.

4c: Também os autores Helena Gomes de Melo, João Vasconcelos Raposo, Luís Carvalho Batista, Manuel do Carmo Bargado, Ana Teresa Leal, Felicidade d’Oliveira, in “Poder Paternal e Responsabilidades Parentais, admitem a residência alternada desde que haja acordo dos progenitores afirmando “Para além de constituir uma solução excecional, é,

no nosso entender pressuposto essencial a existência de acordo de ambos os progenitores quanto a esta questão.”.

5c: A mesma interpretação defende o Professor Guilherme de Oliveira, a propósito das eventuais alterações introduzidas pela Lei n.º 61/2008, o seguinte: “Isto quer dizer que não se pretendeu impor um regime novo quanto à residência, à confiança dos filhos, à ‘guarda física’ conforme se preferir dizer. A eventual imposição de partilhas de tempo, mais ou menos alargadas, entre os filhos e cada um dos progenitores – isso sim, poderia criar dificuldades práticas excessivas (...) se os dois progenitores chegam a acordo de partilha dos cuidados e do tempo de convivência que coloca os dois e paridade e se o tribunal puder convencer-se de que o acordo é favorável para o filho, a homologação é possível e é mesmo recomendada pelo artigo 1906.º, n.º 7.

6c: Idêntica orientação expressa Tomé d’Almeida Ramião, na sequência da publicação da Lei n.º 51/2012, de 5 de setembro onde se reconhece pela primeira vez, no seu artigo 43.º, n.º 5, a residência alternada, ao prever que o encarregado de educação será, em regra, o progenitor com quem a criança fique a residir. Mas no caso de residência alternada será aquele que os progenitores indiquem, por acordo e na ausência de acordo, cabe ao tribunal decidir. Diz o autor que “(...) continuamos a entender que essa opção só se justifica desde que haja acordo dos pais nesse sentido, o qual é imprescindível, e desde que essa solução defenda os superiores interesses da criança. Sem o acordo dos pais, parece estar vedado ao juiz fixar um regime de residência alternada (...) uma solução desta natureza não pode prescindir da existência de capacidade de diálogo, entendimento, cooperação e respeito mútuo por banda dos pais (...)”.

Nc: Salvo casos excepcionais, nomeadamente em que, pela sua idade, a vontade do menor pode prevalecer sobre a oposição manifestamente infundada de um dos progenitores, temos por duvidosa a atribuição de residência alternada sem o acordo dos progenitores, atenta a redação dos n.ºs 3 e 5 do artigo 1906.º, do Código Civil, uma vez que a natureza imperativa e o interesse público prosseguido por esses preceitos legais. E considera-se, desde logo, como circunstância relevante, entre outras, o eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro, para a determinação da residência e direitos de visita.

Qd: É de conceder o regime da residência alternada no presente caso concreto?

1d: Atenta à tenra idade, com cerca de 3 anos de idade, a alteração seguramente lhe irá causar perturbação emocional e afetiva, na medida em que fica privada, pela primeira vez, de ver e estar com a mãe, durante o período em que resida com o pai, ou seja, 15 dias, sendo a mãe a principal referência afetiva desta criança, com quem sempre viveu e mantém relação de grande proximidade e nutre sentimentos de proteção, solução que prejudica a formação da personalidade da criança, devido à natural sensação de insegurança e instabilidade que provoca.

2d: O progenitor não possui a necessária estabilidade profissional que permita avançar para a residência alternada, já que está demonstrado que no exercício da sua atividade profissional, ligada a petrolíferas, tem de viajar com regularidade para o estrangeiro onde permanece por períodos de 15 dias.

3d: Verifica-se entre os progenitores a existência de enorme conflitualidade, de séria dificuldade de comunicação e de estabelecer um diálogo, bem como a ausência de cooperação.

4d: Os factos provados demonstram que desde a separação o pai atravessou um período de vida conturbado, ingerindo ocasionalmente bebidas alcoólicas.

5d: O conflito entre os progenitores prende-se com as visitas da menor ao pai originando várias participações policiais.

6d: A relação da progenitora com o progenitor não é a melhor e o diálogo não é fácil e são feitos por correio eletrónico.

7d: No dia 14.07.2016 a progenitora apresentou uma queixa na GNR contra o requerente alegando “violência doméstica”, cujos factos estão a ser apreciados no âmbito do processo-crime n.º 944/16.8PAPTM, tendo sido aplicada ao requerente a medida de coação TIR.

8d: A CPCJ de Portimão reabriu o processo de promoção e proteção tendo sido aplicada a medida de apoio junto dos pais.

9d: A requerida foi assistida no dia 07-08-2017 no CHBA com ferimentos no lábio inferior, hematoma na região supra ciliar esquerda e escoriações nos membros superior. Em resultado das lesões a requerida apresentou queixa-crime contra o requerente tendo-lhe sido atribuído, em 08-08-2017 o Estatuto de Vítima nos termos do artigo 14.º, da lei 112/2009, de 16 de setembro.

10d: O legislador preocupado com a trágica realidade dos casos de violência doméstica introduziu, através da Lei n.º 24/2017, de 24 de maio, um regime de regulação ou alteração urgente do exercício das responsabilidades parentais (artigos 24.º-A e 44.º-A do RGPTC e 1906.º, do Código Civil), designadamente quando a algum dos progenitores for atribuído o estatuto de vítima, nos termos do disposto no artigo 14.º, da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro, justificando a exclusão do exercício das responsabilidades parentais, por se entender que tais situações podem ser julgadas contrárias ao interesse do filho.

11d: Para efeitos do exercício conjunto das responsabilidades parentais considera-se que pode ser julgado contrário aos interesses do filho se “a) For decretada medida de coação ou aplicada pena acessória de proibição de contacto entre progenitores, ou b) Estiverem em grave risco os direitos e a segurança de vítimas de violência doméstica ou de outras formas de violência em contexto familiar, como maus tratos ou abuso sexual de crianças – artigo 1906.º-A”.

12d: Não se pode olvidar a atribuição do Estatuto de Vítima, previsto no artigo 14.º, n.º 2, da Lei n.º 112/2009, ao estatuir que “sempre que existam filhos menores, o regime de visitas do agressor deve ser avaliado, podendo ser suspenso ou condicionado, nos termos da lei aplicável.”

Qe: A medida TIR a que o progenitor/requerente foi sujeito, no âmbito da queixa-crime por violência doméstica, deve constituir impedimento para o exercício conjunto das responsabilidades parentais?

1e: A medida de coação ou pena acessória de proibição de contacto entre os progenitores em consonância com o prescrito no artigo 1906.º-A, alínea a), do código civil e artigos 24.º-A, alínea a) e 44.º, n.º 1 e 4, do RGPTC, tem de ser conjugado com o n.º 4, do artigo 200.º, do código de processo penal e n.ºs 1 e 4, do artigo 31.º, da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro, tendo em conta a atual redação introduzidas pela Lei n.º 24/2017, de 24 de maio.

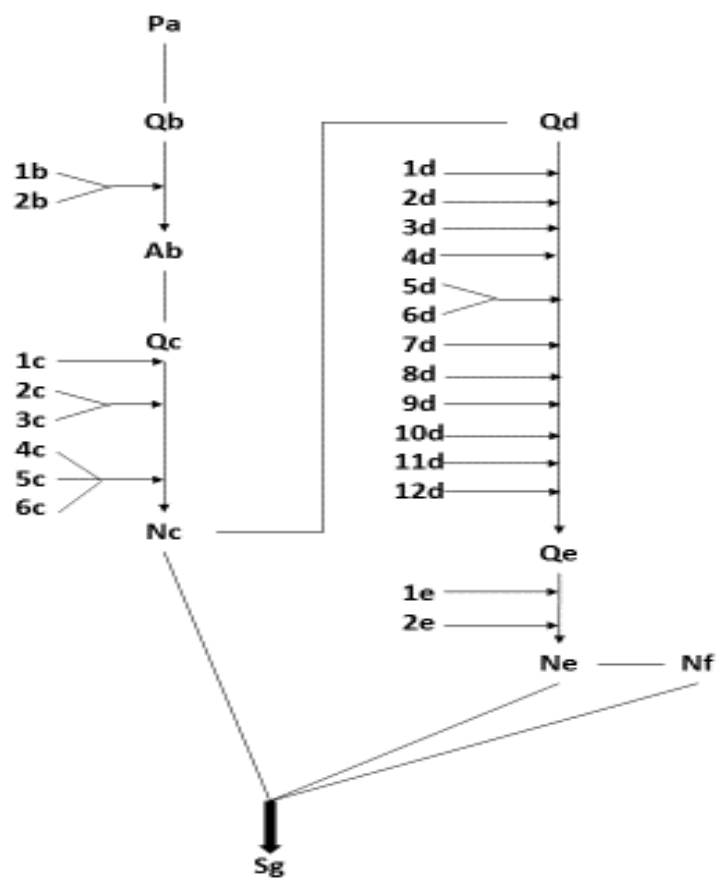
2e: Não é qualquer medida de coação aplicada no âmbito do processo-crime, por violência doméstica, mas de medidas de coação que impliquem a restrição de contacto entre os progenitores, como se prevê no n.º 4, do artigo 200.º, do código de processo penal e n.º 4, do artigo 31.º, da Lei n.º 112/2009, onde se mencionam “a medida ou medidas de coação que impliquem a restrição de contacto entre os progenitores.”

Ne: Não estando em causa a sujeição do progenitor a qualquer uma dessas medidas de coação, carece de sentido a invocação do n.º 9, do artigo 40.º do RGPTC pelo que inexistente fundamento legal para afastar o requerente do exercício das responsabilidades parentais.

Nf: É evidente que a solução de residência alternada é incompatível com o superior interesse da BB, atenta a sua tenra idade, sendo bastante duvidosa que possa apaziguar ou atenuar os conflitos entre os progenitores.

Sg: Impõe-se revogar a sentença recorrida na parte que fixou a residência alternada, mantendo-se em vigor o regime de regulação do exercício das responsabilidades parentais acordado e homologado, bem como os referentes ao exercício conjunto das responsabilidades parentais e regime de visitas.

(ii) Esquema da linha de argumentação



TRE - processo n.º 297/15.1T8TM-C.E1

(iii) Análise dos argumentos e razões justificativas

À semelhança de decisões anteriores é possível verificar que o esquema da linha de argumentação evidencia o seu aspeto formal quando estabelece elos dedutivos entre as questões formuladas e as respostas apresentadas. Passamos, portanto, à vertente material da decisão. O conteúdo mais relevante da argumentação material é a relevância atribuída aos conceitos *residência/guarda alternada* e os seus critérios diferenciadores. As razões justificativas que nos são apontadas referem enunciados de natureza jurisprudencial, normativa e doutrinária. Por exemplo, a alusão ao superior interesse da criança é manifestamente sustentada pelo enunciado doutrinário em **1c** onde se verifica que o tribunal acompanha o entendimento da autora. A razão esclarece sobre o mecanismo de funcionamento da residência alternada que, embora, não se encontre proibida por lei, deve ater-se ao elemento literal da norma e à interpretação histórica do regime jurídico, uma vez que através destes se percebe que a intenção do legislador foi reconhecer a igualdade de direitos e deveres dos progenitores e não o entendimento de dividir a criança entre as residências de ambos. Esta posição é corroborada por um conjunto de enunciados doutrinários em **4c**, **5c** e **6c**. Estes tipos de enunciados permitem que o julgador sustente – e bem – que os casos de residência alternada não são de excluir, mas a sua opção deve ter lugar, apenas, quando os progenitores se encontram de acordo e se verifica uma ausência de conflitualidade entre ambos. Este argumento (de natureza material) possibilita explorar as variantes entre os conceitos de residência alternada/guarda alternada para esclarecer que o decisor deve cingir-se ao que as disposições normativas impõem e estas ao não excluírem a opção de residência alternada também não a determinam expressamente. A construção desta linha de argumentação encontra-se sedimentada naquilo que jurisprudência e doutrina debatem sobre o que deve ser entendido como superior interesse da criança. É este entendimento (do que é o superior interesse da criança) que vai sustentar a improcedência do pedido da residência alternada atentos ao clima de conflitualidade entre os progenitores de onde resultou um processo pendente de violência doméstica (linha de argumentação compreendida entre **1d** e **10d**).

Uma segunda linha de argumentação é a que sustenta a manutenção do regime de visitas recusando o pedido da autora quanto à exclusão das responsabilidades parentais. Curioso notar que os argumentos apresentados não fazem, neste ponto, uso

do conceito de superior interesse da criança para recusar tal pedido. O julgador optou por construir uma argumentação, assente sobretudo em enunciados de caráter normativo, conjugando normas que regulam o modo como deve ser excluído ou restringido o exercício das responsabilidades parentais em casos de violência doméstica. O que esta argumentação faz é dizer que só se devem impor limitações ou exclusão ao exercício das responsabilidades parentais nas situações em que o/a agressor/a está sujeito/a a penas acessórias de restrição de contacto justificando esta posição com a conjugação das normas previstas no artigo 200.º, n.º 4, do código de processo penal e artigo 31.º, n.º 4, da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro. Ora, uma vez que a medida de coação, termo de identidade e residência, não implica restrição de contacto entre progenitores, o tribunal entende que não é de excluir o progenitor agressor do regime de visitas (**Ne**). Note-se que entre **Qe** e **Ne** não há um enunciado que faça referência ao superior interesse da criança que está manifestamente presente entre **Qd** e **Nd**. O critério do superior interesse da criança serve para afastar o regime de residência alternada mas não serve para excluir um regime de visitas de um progenitor agressor, indiciado por um crime de violência doméstica. Isto significa que apesar do tribunal ter constatado o clima de conflitualidade (**3d**) entre os progenitores, sobretudo no momento das visitas (**5d**), de a vítima ter recebido o Estatuto de Vítima (**9d**) e de ter sofrido ferimentos que exigiram cuidados de saúde (**9d**), concluiu que estes factos não são suficientes para condicionar ou excluir o agressor do exercício das responsabilidades parentais quanto ao regime de visitas.

A violência – seja ela intensa ou não – não pode ser justificada/desvalorizada entre sujeitos que mantêm (ou mantiveram) um especial vínculo afetivo. O que a segunda linha de argumentação da sentença revela é uma desvalorização do ato de agressão do pai à mãe apartando, da articulação das razões expostas, um critério fundamental que usou antes – o superior interesse da criança. A decisão, neste ponto, podia ter ido mais além nos elos argumentativos que estabeleceu. Por um lado, o critério do superior interesse da criança deve servir de enunciado motor em questões atinentes a contextos de violência doméstica quer se trate de regular o regime de visitas quer se trate de regular a residência alternada. Por outro lado, seria de introduzir argumentos (em sentido estrito) que consideram a especificidade da relação entre agentes no espaço doméstico. Na exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 98/X²⁹ afirma-se a

vontade de reforçar “(...) a tutela de pessoas particularmente indefesas, como as crianças, os menores e as vítimas de violência doméstica.” O Regime Geral do Processo Tutelar Cível prevê no seu artigo 40.º, n.º 1 que “(...) o exercício das responsabilidades parentais é regulado de harmonia com os interesses da criança (...)” Assim se percebe que o contexto da regulação das responsabilidades parentais é um campo, particularmente sensível, que implica um cuidado interpretativo não só do regime que se atém ao seu exercício, mas ao contexto do qual decorre essa necessidade. Já o n.º 9, da mesma disposição estabelece uma presunção que determina “(...) presume-se contrário ao superior interesse da criança o exercício em comum das responsabilidades parentais quando seja decretada medida de coação ou aplicada pena acessória de proibição de contacto entre os progenitores.” Note-se que a presunção deve ser atendível quando se verifica medida de coação ou pena acessória tendo a conjunção ou uma natureza disjuntiva ou alternativa³⁰, ou seja, no caso de se tratar de medida de coação ou pena acessória de restrição de contacto entre progenitores, presume-se que se deve acautelar o superior interesse da criança. Também o artigo 14.º, n.º 2, da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro dispõe que “Sempre que existam filhos menores, o regime de visitas do agressor deve ser avaliado, podendo ser suspenso ou condicionado, nos termos da lei aplicável.” Novamente, a conjunção **ou** que permite a interpretação de optar pela suspensão ou estabelecer condições para o exercício das responsabilidades parentais. Os enunciados normativos estabelecem um valor inequívoco da relação especial entre agentes do espaço doméstico que deve/pode ter repercussões na regulação do exercício das responsabilidades parentais em casos de violência doméstica.

Caso 20

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 10 de maio de 2018 (processo n.º 2208/17.0T8CSC-A.L1)

i) Narração sumária do caso

O presente caso trata da regulação das responsabilidades parentais de menor em contexto onde ambos os progenitores se acusam reciprocamente de atos de violência doméstica. O progenitor pai está indiciado pelo crime de violência doméstica. O tribunal de primeira instância pugnou pela regulação daquelas responsabilidades num

regime de visitas condicionado, ou seja, o pai teria de visitar o menor na presença de equipa técnica especializada. Para a tomada desta decisão, o tribunal considerou os testemunhos dos progenitores bem como os relatórios emitidos pela Comissão de Proteção de Crianças e Jovens. Tais relatórios fazem notar que existe um clima crescente de conflitualidade entre os progenitores e que o pai se encontra indiciado pelo crime de violência doméstica tendo sido determinada medida de coação de termo de identidade e residência acompanhada de medida acessória de afastamento da mãe. Na sequência da decisão judicial veio o pai interpor recurso para o tribunal da relação alegando que a decisão não se encontra devidamente fundamentada e, por conseguinte, padece de nulidade.

(viii) A linha de argumentação jurídica

Pa: O primeiro problema diz respeito à nulidade suscitada pela decisão da primeira instância com base na inexistência de fundamentação.

1a: Nos termos do artigo 615.º, n.º 1, alínea b), do código de processo civil, a sentença é nula quando não especifique os fundamentos de facto e de direito, que justificam a decisão.

2a: O regime dos artigos 986.º e 987.º, do código de processo civil, autoriza uma fundamentação menos exaustiva mas não permite a total ausência de motivação de acordo com a conjugação do artigo 33.º, n.º 1, do regime geral do processo tutelar cível com os artigos 607.º e 615.º, ambos do código de processo civil.

3a: A decisão recorrida apoiou-se nas declarações dos progenitores como forma de fundamentação mas tal referência não esclarece qual das versões contraditórias dos progenitores mereceu maior credibilidade ao tribunal.

Aa: A decisão recorrida padece do vício de nulidade apontado pelo recorrente uma vez que não se encontra presente uma motivação mínima de factos indiciados relacionados com as pertinentes normas jurídicas.

Ab: Nos termos do artigo 665.º, n.º 1, do código de processo civil resulta dos elementos documentais juntos aos autos matéria de facto suficiente para proferir a decisão do recurso, isto é, para confirmar ou infirmar o regime provisório de visitas estabelecido.

Pc: Deve revogar-se o regime provisório de visitas por este não acautelar o superior interesse do menor e fixar o regime alternativo proposto pelo recorrente ou deve fixar-se um regime alternativo?

1c: O artigo 1906.º, do código civil dispõe que: “(...) 5 - O tribunal determinará a residência do filho e os direitos de visita de acordo com o interesse deste, tendo em atenção todas as circunstâncias relevantes, designadamente o eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro; (...) 7 - O tribunal decidirá sempre de harmonia com o interesse do menor, incluindo o de manter uma relação de grande proximidade com os dois progenitores, promovendo e aceitando acordos ou tomando decisões que favoreçam amplas oportunidades de contacto com ambos e de partilha de responsabilidades entre eles”.

2c: Na fixação dum regime de visitas a favor do progenitor com quem o menor não fica a residir, o prisma essencial não é o direito do progenitor às visitas, mas o superior interesse do menor na aquisição das valências ou competências do progenitor na sua formação afetiva, educativa e de construção de personalidade, o que naturalmente se logra mediante amplas oportunidades de contacto.

3c: O menor nasceu a 05/11/2016 e nesta data terá um ano e seis meses de idade, o que significa do ponto de vista da sua simples sobrevivência, da sua alimentação, do seu repouso, do suprimento das mais básicas necessidades e sobretudo do ponto de vista de um clima de paz e tranquilidade a dependência da mãe é, nesta fase de vida, evidente. Por tal razão a guarda ficou cometida à mãe e isso não é posto em causa no recurso.

4c: Quando nos reportamos à aquisição de conhecimento, é também claro que o conhecimento que o pai lhe possa dar nesta fase é muito limitado. É o conhecimento de si mesmo, e da sua pessoa enquanto sociabilidade, mas sobretudo, nesta fase, o que é fundamental é a aquisição de afeto.

Qd: Deverá ser fixado o regime de fins-de-semana quinzenais e de pernoitas intercalares, e mesmo um regime de férias, ou um regime de pernoitas em dias festivos?

Nd: Entendemos que a idade do menor e a dependência da mãe, e além disso, a necessidade já referida de uma rotina estável, segura e tranquila, desaconselham a fixação de tais pernoitas. É mesmo a idade do menor que desaconselha a que possa passar um fim-de- semana inteiro, ou vários dias intercalares, e muito menos um período de férias, com o pai, sem a presença da mãe.

Qe: Deverá então manter-se o regime fixado na decisão sobre recurso, que apenas garante duas horas de contacto semanal, na presença de terceiro, e de 1 hora no dia de anos do menor? Contactos que ocorrem em lugar a que naturalmente esse terceiro aceite levar o menor?

1e: Os autos demonstram a tendência agressiva do pai, ora recorrente. Tal agressividade revela-se não só no contexto dum conflito amoroso, mas também em contexto de conflito parental, demonstrando tal agressividade enquanto manifestação geral do carácter do recorrente.

2e: Esta tendência geral é revelada pelos antecedentes criminais e o modo como se relacionou com os funcionários da comissão de proteção de crianças e jovens. Também é facto adquirido que o ministério público acusou o recorrente como autor dum crime de violência doméstica e que lidos os factos da acusação se encontra um encadeado de ações violentas desde as mensagens, às injúrias diretas e às agressões físicas. Evidentemente a presunção de inocência não permite que se considere que tais factos ocorreram. No entanto a acusação em si é indiciária, ao menos, duma tendência para a agressividade e violência. Não é linear que a violência não se exerça, ao menos indiretamente, sobre o menor. O mais bem-intencionado dos pais não deixará de transmitir, inconscientemente, os sentimentos que fazem despertar a violência que nutre para com a mãe, ao filho. Não é linear que a mãe, alterado que fosse o regime, não transmitisse ao filho o seu receio pela indiciada personalidade violenta do pai. E estas transmissões, mesmo não verbalizadas, mesmo inconscientes, não deixam de afetar a criança.

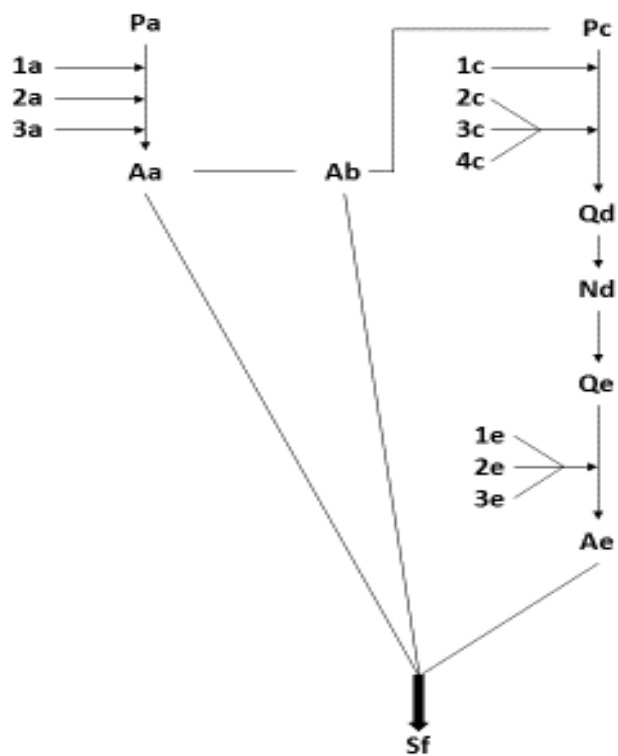
3e: É argumento da comissão de proteção de crianças e jovens propor a tomada de medidas urgentes para garantir a segurança do menor nas visitas. A referida comissão considera que a medida de afastamento e os termos da decisão recorrida afiguram-se como corretos para proteger o menor.

Ae: Afigura-se-nos que provisoriamente, na pendência ao menos da causa criminal por violência doméstica, o regime de visitas fixado dá garantias de segurança e estabilidade à mãe, dá garantias objetivas de segurança ao próprio menor do mesmo modo que permite não cortar o relacionamento com o pai.

Sf: Atento o especial circunstancialismo concreto dos autos, a manifesta indiciada tendência de agressividade do pai e a muito pouca idade do menor, as amplas

oportunidades de contacto previstas, em abstrato, na lei, necessariamente têm de ser restringidas e que o regime provisoriamente fixado pelo tribunal recorrido o fez adequadamente.

ii) Esquema da linha de argumentação



TRL - processo n.º 2208/17.OT8CSC-A.L1

iii) **Análise dos argumentos e razões justificativas**

O caso apresentado tem uma natureza simples e aborda, sobretudo, o âmbito do superior interesse da criança que vem a constituir o principal critério para manter o regime de visitas do progenitor, supervisionado por elementos de equipa técnica especializada. O esquema de argumentação formal-dedutiva possibilita a identificação dos passos formulados desde **Pa** até **Sf** através da configuração dedutiva na qual é perceptível a passagem de um raciocínio ao outro. Por exemplo, veja-se a afirmação de **Aa** que conduz à formulação de uma segunda afirmação, **Ab** e esta, por sua vez, origina a proposição do problema **Pc**. Se o esquema de argumentação permite evidenciar este aspeto formal e dedutivo, já não se pode afirmar o mesmo em relação ao seu aspeto material.

No campo da argumentação material nota-se o uso de diversas categorias de enunciados. O tribunal de recurso faz uso de enunciados normativos, como é o caso de **1a**, **2a** e **1c**, mas também, de enunciados do tipo empírico e do tipo valorativo. Percebe-se que o julgador quis evidenciar o peso que o conceito de superior interesse da criança deve ter no momento em que se decide pela regulação do exercício das responsabilidades parentais. A partir de formulações normativas e conjugando-as com juízos valorativos, o decisor acabou por refutar a pretensão do recorrente, que tencionava exercer um regime de visitas que implicava a pernoita do menor com o pai, de 15 em 15 dias e sem qualquer assistência técnica. A forma como chega a esta decisão encontra-se consubstanciada em dois segmentos de raciocínio: o primeiro que vai de **Pc** a **Nd**; o segundo que se encontra em **Qe** e **Ae**. De facto, o tribunal estrutura a sua argumentação através do que entende ser o superior interesse da criança neste caso (**2c**, **3c** e **4c**) valorizando a aquisição de competências no processo de formação do menor e aludindo à dependência da mãe como a figura referencial daquele. Este argumento valorativo é sedimentado com o peso que o tribunal coloca no carácter agressivo do pai e que se encontra provado pelos antecedentes criminais do mesmo e corroborado por elementos da comissão de proteção de crianças e jovens. Os argumentos vertidos na presente decisão demonstram que o tribunal optou por manter o regime de visitas condicionado, ou seja, o progenitor continua a ter direito a visitar o filho menor acompanhado por uma equipa de assistência técnica especializada.

A decisão mostra-se razoável na esgrima dos argumentos que justificam a alteração da regulação das responsabilidades parentais: são aplicados enunciados normativos e valorativos atendendo ao critério do superior interesse da criança (é isso que manda a lei); é valorado o caráter agressivo do progenitor para condicionar o regime de visitas.

O apontamento que acrescentamos diz respeito às limitações que os enunciados normativos impõem na inibição ou condicionamento do exercício das responsabilidades parentais em contexto de violência doméstica. Quando se estabelece uma comparação deste caso com o anterior (caso 19) percebe-se que os decisores colocam a tónica no princípio do superior interesse da criança. O ordenamento jurídico considera-o como um princípio supremo na salvaguarda do interesse dos/as filhos/as.³¹ A jurisprudência coloca, indiscutivelmente a ênfase na aplicação desse mesmo princípio quando trata da regulação do exercício das responsabilidades parentais³². A doutrina esclarece que “(...) o interesse do menor constitui um conceito vago e genérico utilizado pelo legislador, por forma a permitir ao juiz alguma discricionariedade, bom senso e alguma criatividade e cujo conteúdo deve ser apurado em cada caso concreto. (...)” (Sottomayor, 2011, pp. 36, 37). Os argumentos normativos são interpretados a partir desta aceção abstrata do princípio do superior interesse da criança que manda atender ao conteúdo dos direitos das crianças que se visam proteger. Daquela interpretação resulta clara a possibilidade de inibição ou limitação do exercício das responsabilidades parentais em algumas situações concretas: (i) nos termos do artigo 152.º, n.º 6 “Quem for condenado por crime previsto neste artigo pode, atenta a concreta gravidade do facto e a sua conexão com a função exercida, ser inibido do exercício do poder paternal (...); (ii) determina, ainda, o artigo 1906.º-A, do código civil que “(...) considera-se que o exercício em comum das responsabilidades parentais pode ser julgado contrário aos interesses do filho se: a) For decretada medida de coação ou aplicada pena acessório de proibição de contacto entre progenitores, ou b) Estiverem em grave risco os direitos e a segurança de vítimas de violência doméstica e de outras formas de violência em contexto familiar, como maus tratos ou abuso sexual de crianças.” É inequívoco que o legislador pretendeu consagrar a igualdade parental quando o direito familiar sofreu alterações consagrando no código civil, no seu artigo 1906.º, n.º 1, que “(...) as responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho são exercidas em comum por

ambos os progenitores (...).” Através destes enunciados normativos é possível detetar dois problemas evidenciados pela argumentação judicial em contexto de violência doméstica. O primeiro diz respeito à questão que debatemos no caso 19, a determinação de uma residência fixa/residência alternada. O segundo diz respeito à manutenção do regime de visitas. Quer dizer, um agente agressor, que pratica atos de violência sobre o outro progenitor não pode ser considerado, subitamente, como alguém que se consegue alhear do registo de violência e passa a exercer, de forma sã, as suas obrigações parentais. Quer se trate da determinação da forma como vão ser exercidas as responsabilidades parentais (residência fixa/alternada), quer se trate do estabelecimento de um regime de visitas, a violência doméstica – assim como outros tipos de violência – não pode ser desvalorizada em contextos familiares onde os menores são, muitas vezes, sujeitos a atos de violência física e psicológica e, portanto, são vítimas diretas. A lei restringe a inibição do exercício das responsabilidades parentais à aplicação de uma medida de coação ou pena acessória ou quando se encontram em sério risco os direitos e a segurança de vítimas de violência doméstica.

Manuel Atienza refere num pequeno artigo que “(...) há boas decisões mal argumentadas, e no sentido inverso, boas argumentações que conduzem a decisões erradas.” (Atienza, 2011). A argumentação do presente caso e aquele que o precede (**caso 19**) evidenciam atos de linguagem focados no princípio do superior interesse da criança cuja aplicação revela uma tendência para a sobrevalorização de um vínculo familiar “ideal” com um agente agressor através da manutenção do contacto (regime de visitas) com aquele. Apesar de se tratarem de argumentações justificadas entendemos que o contexto da violência doméstica – assim como aqueles que dizem respeito a maus tratos e abuso sexual – justificam a aplicação mais musculada de um sistema legal que plasma a proteção dos direitos das crianças como um dever positivo do Estado. Ou seja, o que parece ser um bom argumento – o uso do princípio do superior interesse da criança – acaba por, em termos pragmáticos, (Atienza, 2011), enunciar razões que justificam o convívio de um menor com um progenitor agressor porque se considera que aquele interesse fundamenta a concretização da igualdade parental desvalorizando, assim, o cenário de violência comprovada entre progenitores. No próximo caso é possível verificar o contrário, ou seja, o encadeamento de argumentos que atribuem peso à circunstância da violência doméstica.

Caso 21

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 15 de novembro de 2018 (processo n.º 2879/17.8T8PRT.P1)

(i) Narração sumária do caso

O presente caso trata da regulação do exercício das responsabilidades parentais num contexto de violência doméstica. A progenitora **B** alegou ser vítima de violência doméstica o que deu origem à separação de facto do progenitor **E**. A progenitora **B** é Chilena e o progenitor **E** é português. Da união nasceram, no Chile, os menores **C** e **D**. Entretanto mudaram residência para Portugal, mas após a separação a progenitora **B** manifestou intenção de regressar ao Chile. A família foi objeto de intervenção de um processo de promoção e proteção, com medida de apoio junto aos pais, por um período de três meses. Na sequência, a mãe obteve autorização para se deslocar ao Chile, o que fez, e acabou por não regressar com os menores. Em sede de julgamento, o Tribunal de 1ª instância decidiu que os exercícios das responsabilidades parentais dos menores ficariam a cargo do pai e passariam a residir com este. O Tribunal fixou, ainda, um regime de convívios entre a mãe e os menores, sempre que aquela se deslocasse a Portugal, bem como o valor da pensão de alimentos. É neste contexto que a progenitora **B** e requerente vem interpor o presente recurso. O tribunal de recurso é confrontado com o pedido daquela que alega erro de julgamento quanto à matéria de facto e alteração da residência dos menores para o país de origem, o Chile, com a inerente guarda e cuidados entregues à mãe.

(ii) A linha de argumentação jurídica

Pa: É admissível a modificação da matéria de facto?

1a: Decorre do disposto no artigo 662.º, n.º 1, do código de processo civil que "A Relação deve alterar a decisão proferida sobre a matéria de facto, se os factos tidos como assentes, a prova produzida ou um documento superveniente impuserem decisão diversa."

2a: A exposição de motivos da proposta de Lei n.º 113/XII salientou a intenção de "alcançar a verdade material" do processo e por isso incrementou à Relação os poderes e deveres conferidos na reapreciação da matéria de facto. Porém, tal só é conferido se

os meios de prova reanalisados apontem manifestamente no sentido contrário ao decidido pelo tribunal *a quo*.

Aa: À luz das presentes disposições é admissível analisar os pontos que a recorrente pretende impugnar.

Qb: A progenitora é a figura primária de referência das crianças e aquela que tem melhores competências parentais?

1b: Os exames de avaliação psicológica realizados são perícias médico-legais sendo que, de acordo, com o disposto no artigo 388.º, do código civil, a prova pericial tem por fim a perceção ou apreciação de factos por meio de peritos, quando sejam necessários conhecimentos especiais que os julgadores não possuem.

2b: A sua força probatória é livremente apreciada pelo tribunal, como decorre do artigo 389.º, do código civil e do artigo 489.º, do código de processo civil.

Ab: Os “factos” que a recorrente pretende ver julgados provados, com base no teor daquelas perícias médicas realizadas, não são factos, mas sim conclusões ou juízos de valor. Saber se a progenitora é a figura primária de referência das crianças, será uma conclusão que o tribunal poderá ou não retirar dum conjunto de factos que apontem nesse sentido, sendo certo que nessa análise crítica da prova, concorrerá naturalmente o “juízo técnico”.

Ac: De igual forma saber qual o progenitor que terá melhores competências parentais constitui um juízo de valor que decorrerá da análise e ponderação do conjunto de circunstâncias resultantes dos factos provados, nas quais se inclui o perfil psicológico dos progenitores, que releva enquanto juízo técnico mas que não se esgota nessa análise psicológica.

Ad: Não se tratando de factos, mas sim de conclusões/ juízos de valor indefere-se o requerido, porquanto, de acordo com o disposto no n.º 3, do artigo 607.º, do código de processo civil, na sentença o juiz deve discriminar unicamente os factos que julga provados e quais os que julga não provados, não conclusões ou juízos de valor.

Qe: Devem ser vertidos novos factos à sentença, nos termos invocados pela recorrente?

1e: Resulta da motivação e das conclusões do recurso que, nesta parte, a recorrente não respeitou o especial ónus que resulta do disposto no artigo 640.º do código de processo civil, para o recorrente que pretenda impugnar a matéria de facto.

2e: Dispõe o n.º 1, alínea b), do artigo 640.º, do código de processo civil que o recorrente deve obrigatoriamente especificar, sob pena de rejeição, os concretos meios probatórios, constantes do processo ou de registo de gravação nele realizada que impunham decisão sobre os pontos da matéria de facto impugnada, diversa da recorrida.

3e: No n.º 2 que “Quando os meios probatórios invocados como fundamento do erro na apreciação das provas tenham sido gravados, incumbe ao recorrente, sob pena de imediata rejeição do recurso na respectiva parte, indicar com exactidão as passagens da gravação em que se funda o seu recurso, sem prejuízo de poder proceder á transcrição dos excertos que considere relevantes.”.

Ne: A recorrente não indica os meios concretos de prova que impõe decisão diversa, limitando-se a fundamentar a sua discordância, criticando de forma genérica o entendimento do tribunal com base no “Recorrido e das suas testemunhas”. Assim sendo, rejeita-se o recurso, nesta parte, não se conhecendo da questão suscitada.

Qf: Existe erro de julgamento quanto à matéria de facto relacionada com as gravações áudio por si efetuadas com o propósito de demonstrar ter sido juntamente com os seus filhos menores, vítima de violência doméstica por parte do requerido?

1f: A recorrente indica os meios probatórios, em observância do disposto no artigo 640.º, n.º 2, do código de processo civil fazendo constar as gravações áudio feitas pela aqui requerente/recorrente, em data anterior à propositura da ação, algumas feitas no Chile, outras em Portugal, sem o conhecimento/consentimento do requerido/recorrido.

2f: O tribunal recorrido admitiu tais provas ponderando o superior interesse da criança atento à especial vulnerabilidade dos menores, a sua parca idade e ao disposto no artigo 80.º, do código civil.

3f: Foi observado o princípio do contraditório quanto às aludidas gravações áudio e transcrições.

4f: Este Tribunal de recurso procedeu à audição das referidas gravações porque está-se perante crianças de 3 e 4 anos, especialmente vulneráveis e cujo desenvolvimento físico e psíquico ainda não permite a cabal compreensão do mundo que as rodeia.

5f: O que se ouve das gravações não são meras ou normais situações vivenciais de tensão e de conflito entre um casal, nem podem ser qualificados de meros

“impropérios” ou “excessos de linguagem”. O conteúdo é agressivo, insultuoso, humilhante e ameaçador sendo perfeitamente perceptível o tom de voz alterado.

6f: As vizinhas, testemunhas **F** e **G** que foram ouvidas não deixam margem para dúvidas de que não se está perante gravações manipuladas pela requerida/recorrente.

7f: Os avós maternos, testemunhas **H** e **I** relataram episódios que presenciaram no Chile e que os levaram a crer que a pessoa que casou com a sua filha mudou de caráter passando a ser agressivo com a filha e com os netos.

8f: As perícias médico-legais dos exames realizados pelo Instituto de Medicina Legal, de avaliação psicológica onde se relata as dificuldades de analisar e traçar as características de personalidade do recorrido por este se mostrar um indivíduo que procura manipular a imagem que transmite.

Af: Há que completar/alterar a matéria de facto onde se faz referência às gravações áudio aditando-se os factos 26.1 e 26.2. Determina-se a alteração do facto 57 e adita-se o ponto 57.1, 57.2, 57.3., circunstâncias que demonstram o caráter agressivo e violento para com a requerida/recorrente.

Ag: A decisão recorrida indeferiu a pretensão da recorrente de que as responsabilidades parentais lhe fossem atribuídas em exclusividade e decidiu fixar a residência dos menores com o seu pai estabelecendo um regime de convívios entre a mãe e os menores. A sua decisão é fundamentada no facto de que a progenitora não estaria nas melhores condições para o exercício do cargo e por “não reconhecer a importância do pai na vida dos filhos, revelada no seu comportamento premeditado da viagem para o Chile.” Fundamenta, também, a decisão no facto dos menores terem vivido em Portugal com rotinas sólidas na família paterna e nos infantários que frequentavam.

Ah: O processo de regulação das responsabilidades parentais é um processo de jurisdição voluntária o que implica a prevalência da conveniência e oportunidade sobre critérios de legalidade estrita, devendo ser adotada a solução que atenda prioritariamente aos interesses das crianças. O superior interesse da criança deve prevalecer, no confronto com os demais interesses, mesmo que atendíveis, nomeadamente o interesse dos progenitores, decorrente do princípio inferior da prevalência da família.

Qi: Sem conceder no interesse legítimo do pai ver crescer os filhos junto de si e no incumprimento muito grave por parte da mãe dos menores que não abona a seu favor, como pode decidir este tribunal de recurso?

1i: O tribunal tem o dever de equacionar todos os factos e circunstâncias, incluindo a situação de incumprimento da mãe, para aferir como ficarão melhor protegidos os interesses dos menores C e D, se ficarem a residir com o pai em Portugal ou no Chile com a mãe, sendo esta a dicotomia que ora se apresenta de facto.

2i: O acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 12/07/2017 determinou que “nas regulações de poder paternal subsequentes a divórcios ou separações, não existem pais vencedores, ou mais valorosos que outros – trata-se de uma forma convencional, regulada por lei e arbitrada por um terceiro, o tribunal, de minorar os efeitos potencialmente negativos de uma separação em que os pais, por vezes, persistem em não se entender, relativamente ao destino dos seus filhos”.

3i: A decisão a tomar vai ter efeitos profundos e duradouros na vida das crianças e não pode ser tomada de ânimo leve com base nas dicotomias que se apresentam: pai/mãe ou Portugal/Chile. O tribunal tem de analisar e ponderar todas as circunstâncias relacionadas com os menores, para aferir qual a situação que melhor garantirá o seu normal e são desenvolvimento, no plano físico, intelectual, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade, de acordo com as particulares circunstâncias do caso concreto, e as várias normas com implicação na questão.

4i: O filósofo espanhol José Ortega y Gasset (1883-1955) afirmou que “*o homem é o homem e a sua circunstância*”, querendo com isto dizer que, num mundo em perpétuo movimento e transformação, o ser humano só pode ser entendido como sujeito ativo, à medida que se analisa simultaneamente tudo ao seu redor, inclusive o corpo físico desse ator, mergulhado em determinado momento histórico.

5i: A “*circunstância*” de C e D, com 5 e 3 anos de idade, é: nasceram no Chile, seu país de origem; são fruto de um casamento ocorrido no Chile entre a mãe de nacionalidade chilena e o pai de nacionalidade portuguesa; ambos os pais nutrem por eles grande afecto; têm família, nomeadamente avós, tios e primos a residir no Chile e em Portugal; os pais ainda casados entre si encontram-se separados de facto e a viver cada um no respetivo país de origem; a distância geográfica que separa aqueles países é enorme;

não há sinais de que qualquer dos progenitores deseje viver no país de onde o outro é originário.

6i: O artigo 1906.º, do código civil dispõe sobre a forma como devem ser exercidas as responsabilidades parentais conjugado com o artigo 40.º, n.º 1, do regime geral do processo tutelar cível que dispõe “Na sentença, o exercício das responsabilidades parentais é regulado de harmonia com os interesses da criança.”

7i: Verifica-se uma enorme dificuldade de fazer subsistir a relação de proximidade com os dois progenitores devido à enorme distância geográfica que os separam, admitindo-se que essa distância possa aumentar devido à barreira linguística.

8i: O comportamento da mãe é altamente reprovável quando violou o acordo de medida de apoio junto dos pais mas não faz da mesma uma má mãe pois deve ser considerado que a mesma se encontrava fora do seu país por força do casamento e a vivenciar uma situação de abuso por parte do cônjuge que a trouxe para Portugal e de quem legitimamente esperava ser tratada com respeito e consideração.

Ai: A sentença recorrida incorreu num erro quando ignorou o fundamento invocado pela mãe dos menores no pedido de regulação das responsabilidades parentais que foi o facto daquela ter sido vítima de violência doméstica por parte do seu marido e pai dos seus filhos e que esta violência era presenciada pelos mesmos.

Aj: O tribunal não se pronunciou diretamente sobre esta questão limitando-se a salientar que “as vivências negativas reportadas pela menor C... relativamente ao progenitor se reportam primordialmente à interação que observa daquele com a progenitora e demais familiares, não se centrando no relacionamento interpessoal consigo.”

Ak: Não concordamos com esta afirmação pois a violência exercida sobre um progenitor na presença dos filhos constitui também ela uma forma de violência exercida sobre os menores. As crianças são de tenra idade, especialmente vulneráveis, desprotegidas e incapazes de se defender.

Ql: Como deve ser ponderada a violência doméstica neste tipo de situação?

1l: Segundo a Resolução n.º 58/174, da Assembleia Geral da ONU “a violência doméstica é a violência que ocorre na esfera privada, geralmente entre pessoas que têm relações familiares ou de intimidade”.

2I: O IV Plano Nacional contra a Violência Doméstica 2011-2013 considerou a violência doméstica como “todos os atos de violência física, psicológica e sexuais perpetrados contra pessoas, independentemente do sexo e da idade [e.g., cônjuge, companheiro/a, filho/a, pai, mãe, avô, avó], cuja vitimação ocorra em consonância com o conteúdo do artigo 152.º do Código Penal. (...) Este conceito foi alargado a ex-cônjuges e a pessoas de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação”.

3I: O V Plano Nacional contra a Violência Doméstica 2014-2017 funda-se na Convenção de Istambul e na consciencialização de que a violência de género e, no caso, a violência doméstica constituem uma grave e intolerável violação dos direitos humanos fundamentais.

4I: Com a alteração introduzida pela Lei n.º 24/2017, de 24 de maio, no código civil, o artigo 1906.º- A, veio expressamente reconhecer os efeitos negativos da violência doméstica e da violência no contexto familiar no exercício da parentalidade quando determina que “(...) o exercício em comum das responsabilidades parentais pode ser julgado contrário aos interesses do filho se: a) For decretada medida de coação ou aplicada pena acessória de proibição de contacto entre progenitores, ou b) Estiverem em grave risco os direitos e a segurança de vítimas de violência doméstica e de outras formas de violência em contexto familiar, como maus-tratos ou abuso sexual de crianças.”

5I: Do disposto no artigo 13.º, alínea b), da Convenção sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças resulta como causa de recusa do regresso da criança, o risco grave da mesma poder ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica ou de qualquer modo ficar numa situação intolerável.

AI: Há uma clara preocupação do legislador de que são contrários aos interesses das crianças a sua exposição a situações de violência doméstica e de violência familiar.

Am: Face à prova produzida é inequívoco que o requerido/recorrido usou de violência verbal e psicológica sobre a mãe dos seus filhos (a quem deve especial dever de respeito por força do casamento) e fê-lo variadas vezes ao longo dos anos de convivência em comum, não se coibindo de o fazer à frente dos seus filhos menores, demonstrando ademais uma personalidade “impulsiva” e com “défice de controle”.

1n: É possível perceber nas gravações produzidas uma vítima e um agressor o qual mostra total desrespeito pela mulher com quem casou e mãe dos seus filhos e a quem chama de “deficiente mental”, “mulher de merda”, “puta de merda”, “anormal de merda” mandando-a recorrentemente de volta ao Chile, “país de putas”, evidenciado desejo de prevalência da sua vontade e de dominação sobre aquela.

2n: A violência foi presenciada pelos vizinhos do casal que relataram o que viram.

3n: Apesar de não haver condenação penal os meios de prova analisados mostram de forma inequívoca a existência de violência verbal e psicológica do requerido/recorrido sobre a requerida/recorrente e que essa violência era exercida à frente dos menores.

4n: O relatório do IML relata que o menor C referiu “O papá me bateu aqui [aponta para a área zona lateral do tronco] (...) porque eu só estava a chorar.” e “O papá bateu à mamã (...) Mais do que uma vez ele bateu (...) Porque eu estava a chorar. Ele bateu na barriga e nas costas.”

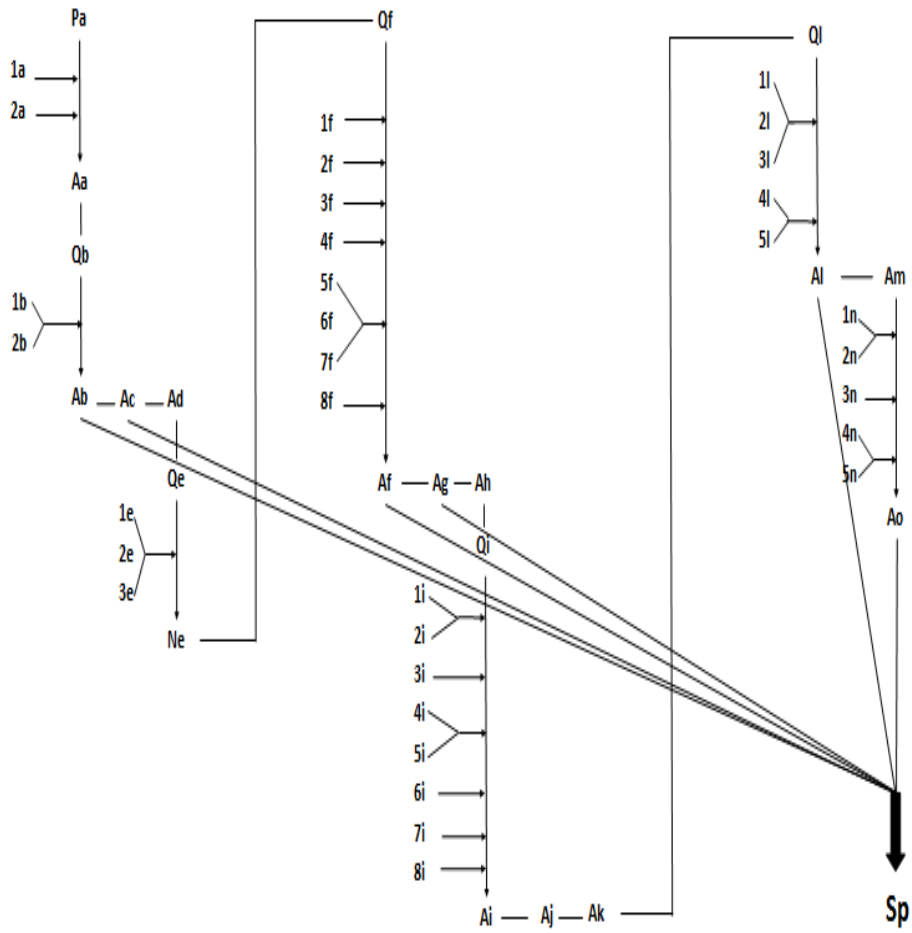
5n: A perita em psicologia forense do IML, no relatório que elabora refere quanto à personalidade do requerido que o mesmo se caracteriza como “um indivíduo que procura manipular a imagem que transmite tende a reduzir as manifestações do tipo ansioso e instável”.

Ao: Tudo ponderado, na decisão a proferir, o pai apresenta risco de poder transferir para a relação de parentalidade a agressividade que demonstrou exercer sobre a mãe dos menores à frente destes, o que no caso assume particular relevância dada a especial vulnerabilidade dos menores, de 5 e 3 anos de idade. A mãe dos menores mostra-se por isso mais capaz, de satisfazer as necessidades gerais e específicas de C e D, devendo apenas esforçar-se mais no sentido de manter e dar continuidade às relações afetivas das crianças, aqui se incluindo para além do pai, o avô paterno e demais familiares residentes em Portugal.

Sp: Entendemos que a 1ª instância não ponderou devidamente o traço “impulsivo” e “agressivo” da personalidade do progenitor a quem atribuiu a guarda dos menores, que é do interesse dos menores permanecerem com mãe, que se mostra mais capaz de satisfazer as suas necessidades de segurança, proteção e estabilidade, proporcionando-lhes um desenvolvimento equilibrado. A afetividade com o pai que é de primordial importância deverá ser mantida, não se vislumbrando por ora necessidade de restrições aos contactos (tal como defende a recorrente), cabendo à mãe um papel importante na

manutenção dos laços afetivos, devendo colaborar de forma ativa, para que os mesmos se desenvolvam e fortaleçam. Decide-se que os menores passam a residir com a mãe, no Chile devendo esta assegurar o contacto frequente com o pai.

(iii) Esquema da linha de argumentação



TRP - processo n.º 2879/17.8T8PRT.P1

(iv) Análise de argumentos e razões justificativas

A presente decisão judicial, do tribunal de recurso, apresenta um esquema modelado por um conjunto diversificado de raciocínios mas que, a final, resultam numa conclusão sedimentada num critério de ponderação entre a verificação de violência exercida em contexto familiar e a regulação das responsabilidades parentais. Vejamos os pontos principais desta argumentação que difere do caso precedente, no sentido em que reconhece um peso significativo aos episódios de violência doméstica na regulação das responsabilidades parentais.

O problema com o qual o tribunal é confrontado diz, essencialmente, respeito à regulação das responsabilidades parentais. O julgador começa por abordar como problema principal questões de natureza processual, referentes quer à pretensão da requerente verter novos factos quer à alteração dos pontos da matéria de facto dada como provada. A argumentação tem uma natureza simples e nos diversos atos de linguagem é fácil de perceber a presença de enunciados normativos e empíricos (os contidos entre Pa e Aa; os que constam entre Qe e Ne). Se para o decisor é simples de recusar a pretensão da requerente na adição de novos factos, já a decisão de alterar alguns pontos da matéria de facto mostra-se crucial para a justificação que se segue. Os enunciados (mais uma vez de natureza normativa e empírica) mostram que o tribunal se preocupou em sustentar aquela alteração através da prova produzida e que no seu entender não foram tidas em consideração pela tribunal *a quo*. O tribunal de recurso considera, portanto, que as gravações deixam clara a situação de violência sobre uma vítima. Veja-se a relação que pode ser estabelecida entre o ato de linguagem em Ai e Ak onde se afere o confronto das posições dos dois tribunais. Na primeira instância as cenas de violência foram entendidas como “vivências negativas” entre a progenitora e demais familiares que não incluíam as crianças. O tribunal de recurso, por sua vez, entende que a violência exercida sobre um progenitor na presença dos filhos constitui também ela uma forma de violência exercida sobre os menores. Estas afirmações encontram-se ancoradas em pontos anteriores como os que se compreendem entre Qi e Ai. O julgador deixa demonstrado que aquilo que deve ser tido em linha de conta é “um critério de ponderação pai/mãe, Portugal/Chile” para saber que melhor solução preenche o critério do superior interesse da criança. E nesta técnica de ponderação que o tribunal utiliza não pode deixar de ser ignorado o facto que a mãe foi vítima de violência doméstica no

ambiente familiar. Pensamos que um aspeto criticável neste passo argumentativo relaciona-se com o conceito de ponderação. Entendemos que o conceito é utilizado no sentido de ponderar os melhores interesses dos menores no âmbito das responsabilidades parentais mas, num sentido argumentativo, a técnica demonstra, sim, um esquema de adequação, no qual o decisor entende que a guarda dos filhos deve ser estabelecida segundo o princípio do melhor interesse dos menores. A ponderação, aqui, não é utilizada no sentido de fixar um critério diferenciador entre princípios ou valores mas no sentido de estabelecer o que é mais adequado para os menores: ficar em Portugal com um pai agressor ou ficar com a mãe, no Chile.

A violência doméstica pesa consideravelmente na adoção da solução final. Entre **QI** e **AI**, o tribunal através de razões normativas (regras nacionais e internacionais) demonstra que há uma clara preocupação do legislador quanto às situações de violência familiar. Já entre 1n e 5n, as razões que são de natureza empírica, sustentam que a violência física e psicológica se verificou, de forma inequívoca, e que foi perpetrada pelo pai junto da mãe, em frente dos filhos em comum. Em **Ao** o tribunal volta a utilizar a expressão “tudo ponderado” para significar que a decisão mais adequada é atribuir a guarda à mãe, ficando os menores a residir com ela no Chile, declarando que o pai apresenta um risco elevado de transferir para a relação de parentalidade a agressividade que já havia demonstrado perante a mãe.

A decisão judicial apresenta um aspeto pragmático no sentido defendido por Atienza (2009) na media em que o tribunal elencou razões a favor da tese de que a mãe é a que se encontra em melhores condições de ficar com a guarda dos filhos menores dada a natureza violenta e agressiva do pai preenchendo assim o critério de servir o melhor interesse das crianças. Durante a linha de argumentação aquilo que o autor designa de *ato ilucionário* (os passos identificados pela letra maiúscula, expressam afirmações e perguntas (o **P** que conduzirá ao **S**). Trata-se daquilo que o autor designa como um conjunto de atos ilocucionários que pretendem, no fundo, convencer o auditório sobre a adequação e justeza da sua decisão. Sem embargo da crítica que pode ser erigida ao conceito de ponderação/adequação entendemos que a sentença reflete uma decisão acertada e bem justificada. É certo que as linhas de argumentação não são completamente independentes mas as razões elencadas permitem concluir inequivocamente sobre o peso que as situações de violência doméstica (ainda que não

tenham sido objeto de condenação penal, nos termos utilizados pelo tribunal de recurso) devem ter na regulação das responsabilidades parentais.

Não obstante o peso significativo que a situação de violência doméstica revela no presente caso, constatamos que os conflitos derivados da violência familiar não obstam à regulação de um regime de visitas/convívio entre o/a agressor/a e os menores. É certo que as circunstâncias do caso determinam que o convívio entre o progenitor e os menores manter-se-á à distância tendo em conta que a mãe reside no Chile. Porém, percebe-se que o facto de se considerar que o pai tem um carácter violento e agressivo não constitui razão suficiente para o afastar do convívio com os menores. Na próxima decisão verificamos quais as razões que o tribunal de recurso utiliza para manter um regime de visitas num quadro de violência doméstica, no qual a mãe teve necessidade de se deslocar para uma casa de abrigo.

Caso 22

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 1 de abril de 2019 (processo n.º 155/18.8T8BJA-E.E1)

(i) Narração sumária do caso

A presente decisão trata de uma situação em que os progenitores se separam devido a questões relacionadas com violência doméstica, cujos factos, de acordo com os factos provados, se encontram em investigação ou em fase de instrução. A progenitora foi acolhida numa casa de abrigo em outubro de 2018, com o filho menor de 2 anos e meio. As responsabilidades parentais foram reguladas determinando-se que o menor fica à guarda da mãe e o pai poderá conviver com o mesmo em visitas supervisionadas. Este regime foi estabelecido provisoriamente e o tribunal advertiu ambos os progenitores que “(...) o normal funcionamento deste regime será considerado para a determinação da guarda definitiva (...)”. A supervisão das visitas do pai deu conta que o filho conviveu bem com o pai e restante familiares paternos, sem se verificar momentos de tensão, zanga ou choro. O filho tem vivido com a mãe na casa de abrigo. O presente recurso deriva do facto de a mãe ter saído da instituição que a acolheu e ter iniciado a sua autonomização de vida em Oliveira do Hospital. As responsabilidades parentais foram reguladas no sentido de se manter um regime de visitas, no qual o pai teria de ir buscar o filho todos os fins-de-semana (com exceção do primeiro do mês) a Oliveira do

Hospital e a mãe teria de o ir buscar, no final daquela estadia, a Odivelas. Entre as duas localidades distam mais de 250km. O menor seria sempre entregue nas instalações de uma autoridade policial. O pai inconformado com a decisão interpôs o recurso onde alega a nulidade da decisão por falta de fundamentação

(ii) A linha de argumentação jurídica

Pa: Há nulidade da sentença por contradição entre os fundamentos e a decisão?

Ab: É nula a sentença quando os fundamentos estejam em oposição com a decisão ou quando ocorra alguma ambiguidade ou obscuridade que a torne ininteligível de acordo com o artigo 615.º, alínea c), do código de processo civil.

Qc: Quando se verificam os fundamentos de nulidade?

1c: Alberto dos Reis refere “dois tipos de sentença viciada: a sentença injusta e a sentença nula. A primeira enferma de erro de julgamento; a segunda enferma de erro de actividade (erro de construção ou formação”.

2c: Entre os fundamentos e a decisão não pode haver contradição lógica: se, na fundamentação da sentença, o julgador seguir determinada linha de raciocínio, apontando para determinada conclusão e, em vez de a tirar, decidir noutro sentido, oposto ou divergente, a oposição será causa de nulidade da sentença.

3c: Na conceção de Antunes Varela “não se inclui entre as nulidades da sentença o chamado erro de julgamento, a injustiça da decisão, a não conformidade dela com o direito substantivo aplicável, o erro de construção do silogismo judiciário”.

4c: A nossa lei impõe que o silogismo da decisão se ache corretamente estruturado de maneira a que seja possível concluir que a conclusão corresponde às premissas de onde emerge sendo que a desconformidade se encontra no processo lógico desenvolvido e não no seu conteúdo.

Nc: A estrutura da decisão e as conexões existentes entre os motivos de facto e de direito demonstra que existe uma lógica na arquitetura da sentença e, dessa forma, a invocada nulidade não se verifica. O requerente não coloca em causa o silogismo judiciário mas a injustiça do decidido.

Qd: Verifica-se a nulidade por falta de elementos da decisão de facto?

1d: Estamos perante uma decisão provisória que visa a antecipada proteção e efetivação dos direitos do menor. Esta decisão é de natureza provisória e cautelar, “mas a sua emissão não está, de modo algum, dependente da formulação de um juízo prévio de

oportunidade e conveniência (...) cabendo ao juiz nas circunstâncias aí enunciadas e socorrendo-se dos elementos que disponha, independentemente da sua exuberância ou exiguidade, proferir decisão provisória sobre o pedido de regulação do exercício das responsabilidades parentais”.

2d: Na interpretação do artigo 38.º, do regime geral do processo tutelar civil, os tribunais superiores apontam que o julgador não tem de aguardar por quaisquer diligências de prova nem pela audição dos técnicos especializados, pois trata-se de uma decisão que visa proteger os interesses do menor e que deve ser orientada por critérios de razoabilidade, bom senso, prudência e moderação.

3d: De acordo com o artigo 39.º, do regime geral do processo tutelar civil, trata-se de uma fase transitória que antecede a produção de prova.

4d: A audição técnica especializada serve o duplo propósito de enriquecer e agilizar a instrução, trazendo ao Tribunal a avaliação diagnóstica das competências parentais e potenciando a disponibilidade das partes para o acordo de regulação do exercício das responsabilidades parentais que melhor salvaguarde o interesse da criança.

Nd: Não assiste razão ao recorrente. Daqui decorre que não existe a necessidade de ordenar a anulação da decisão em ordem a promover a modificabilidade da decisão de facto nos termos estabelecidos pela alínea c), do n.º 2, do artigo 662.º, do código de processo civil.

Qe: Verifica-se erro na aplicação do direito, designadamente, do pedido de entrega do menor ao recorrente?

1e: Em sede de responsabilidades parentais, o superior interesse da criança surge como um objetivo a prosseguir por todos quantos possam contribuir para o desenvolvimento harmonioso da criança e a ele se mostram adstritos com particular acuidade os pais e o Estado.

2e: O artigo 1878.º, do código civil dispõe que compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens.

3e: O conceito de responsabilidades parentais é fortemente inspirado na recomendação n.º R (84) sobre as responsabilidades parentais, aprovada pelo comité de Ministros do Conselho da Europa, em 28 de setembro, de 1984 em que aquelas emergem como “o conjunto dos poderes e deveres destinados a assegurar o bem-estar moral e material

do filho, designadamente tomando conta da sua pessoa, mantendo relações pessoais com ele, assegurando a sua educação, o seu sustento, a sua representação legal e a administração dos seus bens”.

4e: As responsabilidades parentais são uma situação jurídica complexa, onde avultam poderes e deveres de natureza funcional e daí resulta que as mesmas não sejam entendidas como “um conjunto de faculdades de conteúdo egoísta e exercício livre, mas de faculdades de conteúdo altruísta, que devem ser exercidas primariamente no interesse do menor (e não dos pais), de exercício vinculado”.

5e: O objetivo do processo de regulação das responsabilidades parentais é a fixação do regime de exercício das funções parentais por ambos os progenitores, em resultado da dissolução da estrutura familiar. Usualmente este processo abrange três questões fundamentais que se prendem com a guarda dos filhos, o direito de visita e a obrigação de alimentos.

6e: A regulação provisória é obrigatória em casos de inexistência de acordo entre os progenitores o que resulta do artigo 38.º, do regime geral do processo tutelar cível.

7e: A primeira instância assinala que “nos autos não existem elementos que sustentem a alegada incapacidade da progenitora em satisfazer as necessidades básicas do filho”, “nem tão pouco existem elementos que façam recluir pela segurança ou pela estabilidade emocional do (...)”.

8e: A rutura do casal parental é suscetível de causar sofrimento afetivo na criança e a intensidade dos conflitos parentais constitui fator de risco preponderante no aparecimento de perturbações psíquicas na criança durante e depois da separação da família conjugal.

9e: A decisão não está motivada pela existência de um quadro de convivência marital quebrada por questões relacionadas com a alegada violência doméstica.

10e: Não é atendível o argumento do recorrente quando invoca os prejuízos associados com a distância para se manterem os convívios familiares. O menor sempre teria de realizar o mesmo percurso para contactar com o progenitor não guardião.

11e: Ainda que em abstrato se possa censurar a mãe por ter alterado a sua residência de forma unilateral, sem comunicação prévia ou autorização do tribunal – aquilo que deve imperar é a salvaguarda do interesse do menor e não a proteção das conveniências dos pais. Com o superior interesse da criança pretende-se assegurar um

desenvolvimento harmonioso da criança ou jovem, tendo em conta as suas necessidades, bem como a capacidade dos pais para as satisfazer.

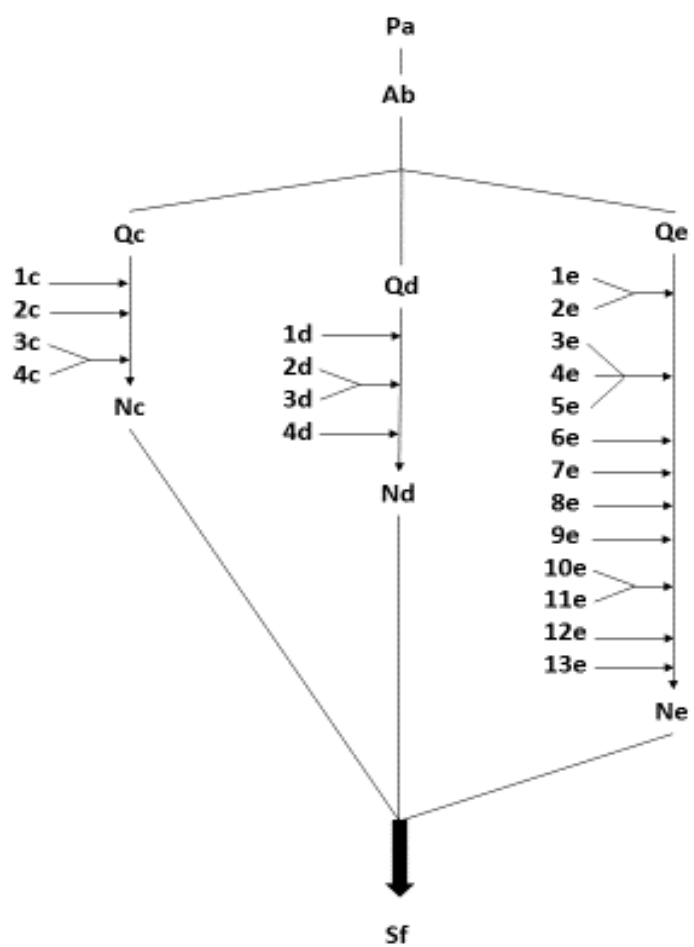
12e: Tendo em conta a idade do menor a ideia matriz nesta fase dos autos é a de “assegurar a manutenção da estabilidade emocional e afetiva do filho, sendo o critério adotado o da relevância da continuidade das relações da criança.” O que vem vertido nos pontos 34, 35, 36, 37 e 38 dos factos provados.

13e: O Ministério Público propõe a manutenção da decisão ao evidenciar que a decisão provisória “revela-se muito sensata, mantendo a residência da criança de tenra idade junto da mãe, optando pelo que é certo em vez de arriscar pelo incerto”.

Ne: O superior interesse do menor é continuar a viver na companhia da mãe e as razões para apurar a guarda definitiva do menor serão oportunamente consideradas pelo tribunal depois das diligências instrutórias que se mostrem adequadas à justa composição do litígio.

Sf: Não existem elementos objetivos que permitam invalidar o juízo feito pela primeira instância, a que se associa de forma preponderante a atual situação do menor. Mantém-se o decidido pelo juízo de família e menores julgando-se o pedido improcedente.

(iii) Esquema da linha de argumentação



TRE - processo n.º 155/18.8T8BJA-E.E1

(iv) Análise dos argumentos e razões justificativas

A presente decisão judicial apresenta uma argumentação jurídica que coloca a ênfase na tónica do conceito de superior interesse da criança. Smart (2000) defendeu que o direito aplica uma perspectiva andocêntrica e patriarcal do corpo normativo, o que conduz a um deficiente tratamento da violência de género e em concreto à desconsideração da vítima no sistema penal. Pode dizer-se que esta sentença evidencia esta posição. Vejamos como pode ser analisada a vertente formal, material e pragmática desta decisão por forma a deixar clara a desconsideração da vítima no sistema penal.

A argumentação formal é bastante clara quando verificamos as inferências que são retiradas das premissas. Por exemplo, o problema que começa por ser analisado diz respeito à falta de fundamentação (**Pa**) da sentença provisória que impõe a regulação das responsabilidades parentais (a mãe já se encontrava na casa de abrigo com o seu filho menor). O tribunal usa de uma conceção formal (**4c**) alavancando a conclusão à lógica dedutiva com base nas premissas. Trata-se da habitual técnica de silogismo subsuntivo. Acrescentando as razões de natureza material (jurisprudência e doutrina em **1c**, **2c** e **3c**) acaba por concluir que não se justifica o pedido do recorrente. A partir daqui a sentença apresenta questões que retira dessa conclusão prévia (**Nc**). Na vertente da argumentação material as razões normativas ínsitas no raciocínio entre **Qd** e **Nd** são bastante claras e tidas como suficientes para a conclusão que a sentença não padece de nenhuma nulidade. Mas vejamos o raciocínio contido entre **Qe** e **Ne**. As razões são, sobretudo, de natureza sistemática. Quer dizer que o julgador estabelece um raciocínio a partir do conceito do superior interesse da criança delineando o seu conteúdo e significado a partir de elementos normativos, jurisprudenciais e doutrinários. Ou seja, verifica-se uma abordagem de argumentos de natureza teórica. As razões que se explanam numa decisão para a justificar também devem apresentar a sua outra característica que consiste na sua natureza prática. Quer isto significar que consegue delimitar o que é o superior interesse da criança e, posteriormente, esta formulação deve conduzi-lo à aplicação da norma e à retirada de uma conclusão. Aquela a que o julgador chega é que a criança menor deve continuar a conviver com o pai, num regime de visitas, mas recusa-lhe a atribuição da sua guarda. Ora, das razões apresentadas não existe qualquer menção ao facto de esta criança poder vir a ser uma potencial vítima de violência doméstica. Vejam-se as razões articuladas entre **1e** e **13e**. Ou seja, verifica-se

a ausência de um raciocínio de natureza prática na medida em que os elementos teóricos invocados não conduzem o decisor a concluir por uma ação de risco para o menor ou até mesmo para a mãe em consequência das alegadas agressões domésticas. Por exemplo, não se encontra qualquer razão que enuncie sobre que factos (verdadeiros) terão conduzido a mãe a uma casa de acolhimento. O tribunal afirma mesmo em **9e** que a decisão anterior não se encontra motivada pela existência de um quadro de alegada violência doméstica. As razões de natureza prática justificam a atuação e o facto de não serem considerados os factos alegados nos processos de violência doméstica conduzem a uma justificação deficiente da regulação das responsabilidades parentais. Este ponto conduz-nos à próxima constatação que, no fundo, consiste na desconsideração da vítima (onde se deve incluir o menor) num quadro de regulação de responsabilidades parentais tal como defendemos acima. Isto quer dizer que as razões esgrimidas num raciocínio jurídico podem desafiar-se entre elas. O julgador pode ter de decidir qual das razões apresenta maior peso, o que em termos materiais acaba por não se verificar nesta decisão.

Na senda de Smart podemos questionar se, de facto, o raciocínio jurídico desta decisão evidencia uma posição paternalista do sistema jurídico. Vejamos a razão apresentada em **11e**. O tribunal refere que a mãe pode ser censurada pelo facto de ter alterado a sua residência de forma unilateral. A mãe, que vivia numa casa de abrigo, surge como a figura censurável que impede o pai de exercer livremente o direito ao convívio com o filho menor apesar de ter sido acolhida numa casa de abrigo. O conceito definidor de superior interesse da criança, na ótica deste tribunal passa por salvaguardar o “interesse do menor e não a proteção das conveniências dos pais” e com ele pretende-se “assegurar o desenvolvimento harmonioso da criança ou jovem”. Percebe-se que esta é uma razão teórica peso para o tribunal. Já a questão latente da violência doméstica de que a mãe terá sido vítima não é sequer considerada como razão. O raciocínio da argumentação material deve, essencialmente, apresentar razões de natureza prática com os fragmentos das razões de natureza teórica. Percebe-se que um/a juiz/juíza não pode agir, na motivação de uma sentença, de forma arbitrária. Tem que seguir o que está inscrito nas normas e nos valores do sistema jurídico. Pensamos que, no presente caso, o tribunal apresenta uma argumentação material sobretudo de natureza teórica que delimita o campo do superior interesse da criança através de razões normativas,

jurisprudenciais e doutrinárias. As razões factuais consideradas dizem respeito a uma censura declarada à mãe e a uma advertência ao pai no sentido de fazer prevalecer aquele superior interesse da criança. Nestas razões de facto não são tidas em linha de conta as questões da violência doméstica o que denota uma deficiente argumentação do tipo prático.

Quanto ao aspeto técnico a argumentação resulta justificada, mas uma vez que ignora razões materiais de fundo pode dizer-se que também é insuficiente. Este aspeto é importante de ter em linha de conta quando damos nota da argumentação pragmática. O estilo de retórica não resulta muito persuasivo por duas razões: primeiro, é ignorada uma questão material quando não se consideram os factos atinentes à alegada violência doméstica sofrida pela mãe (sublinhe-se de novo que esta teve de ser acolhida em casa de abrigo); segundo, o discurso retórico persuade quanto à questão do superior interesse da criança (não há dúvida que aquilo que deve orientar a regulação das responsabilidades parentais é este princípio) mas não tem qualquer efeito em relação à questão da violência doméstica e ao modo como esta pode influenciar a delimitação do superior interesse da criança. O efeito da argumentação pragmática é, assim, insuficiente uma vez que, no concreto, uma decisão que tecnicamente está justificada, em termos de efeito prático, pode resultar opressora de uma vítima de violência doméstica e do seu filho menor.

A visão judicial do regime de convívios encontra-se sedimentada num conjunto de argumentos que, tendencialmente, têm privilegiado a regulação das responsabilidades parentais para um regime de guarda alternada. No próximo caso analisamos quais são esses argumentos.

Caso 23

Acórdão do tribunal da Relação de Lisboa, de 12 de abril de 2018 (processo n.º 670/16.8T8AMD.L1-2)

(i) Narração sumária do caso

No presente caso iremos analisar a argumentação jurídica vertida numa situação de regulação das responsabilidades parentais. A questão da ocorrência de violência doméstica é levantada de forma superficial uma vez que a situação decorre da apresentação de um documento da APAV que atribui à mãe um estatuto de vítima. Do

processo não se infere qualquer situação de agressão entre os progenitores, mas é possível verificar o clima de conflito e divergência entre ambos. Não nos iremos debruçar sobre outras questões incidentais sem prejuízo de poderem ser invocadas, caso seja necessário, para melhor entendimento dos enunciados argumentativos. A situação dá conta de um caso em que as responsabilidades parentais foram reguladas provisoriamente entre dois progenitores que se encontram em clima de grande conflitualidade. A mãe solicitou a guarda exclusiva do menor, com direito de visitas do pai, de forma pontual. O regime provisório fixado foi o geral: a mãe ficou com a guarda do menor e o pai com direito a visitas em períodos de 15 dias tendo, igualmente, sido fixada a prestação de alimentos. O pai não se conformou com esta decisão provisória e recorreu da mesma. Já na fase de julgamento e decisão o tribunal *a quo* vem a determinar o mesmo regime, ou seja, a guarda fica com a mãe sendo que o pai tem o direito de visitas, em fins-de-semana alternados. Inconformado com a decisão o pai vem pedir ao tribunal de recurso que a revogue determine o regime de guarda partilhada.

(ii) A linha de argumentação jurídica

Pa: O problema invocado quanto à regulação das responsabilidades parentais alega erro de julgamento na subsunção jurídica tendo em consideração os factos provados.

Qb: Que requisitos subjazem à regulação das responsabilidades parentais?

1b: De acordo com o artigo 1906.º, do código civil, o processo de regulação das responsabilidades parentais tem por objeto decidir a fixação da residência dos filhos, fixar os alimentos e o regime de visitas no tocante ao progenitor que não tem a criança a cargo.

2b: A Constituição da República Portuguesa consagra o princípio da igualdade entre cônjuges.

3b: A Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro alterou a expressão “poder paternal” por “responsabilidades parentais”, consagrando a igualdade de direitos e deveres de ambos os pais relativamente à pessoa e património dos filhos.

4b: A legislação está de acordo com a Recomendação n.º R /84) 4, do comité de Ministros do Conselho da Europa, de 28 de fevereiro de 1984, estando em consonância com a Convenção Europeia sobre o exercício dos direitos da criança. O centro da atenção passa a estar nos direitos das crianças que têm de ser salvaguardados.

Ab: As responsabilidades parentais comportam elementos de natureza pessoal e patrimonial, podendo ser divididas em aspeto interno (a educação do menor) e externo (a substituição do menor).

Qc: Qual é o conteúdo das responsabilidades parentais?

1c: Encontra-se definido no artigo 1878.º, do código civil, constituindo o conjunto de poderes e deveres atribuídos aos progenitores no exercício da parentalidade.

2c: Consta do n.º 1, do citado normativo, que: “Compete aos pais pela segurança e saúde dos filhos, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los e administrar os seus bens”.

Ac: O termo responsabilidades parentais traduz a ideia de que os pais, em absoluta igualdade perante o outro e em concertação com o filho menor, têm a missão de procurar cumprir os interesses do mesmo, sendo ambos responsáveis pelo bem-estar deste.

1d: Segundo Helena Bolieiro e Paulo Guerra “o poder paternal não é um direito subjetivo sobre os filhos menores, uma vez que a sujeição destes às responsabilidades parentais se faz nos limites da conformidade com o quadro de direitos e deveres estabelecidos no Código Civil, não no interesse dos pais mas sim em benefício da criança”.

2d: Nas alterações introduzidas aos artigos 1901º a 1912º do Código Civil, mostra-se realçada a referência ao exercício das responsabilidades parentais como pertencendo a ambos os pais, como também a funcionalidade dos poderes que integram as responsabilidades parentais, colocando a criança e o seu interesse no centro do exercício de tais responsabilidades.

3d: O artigo 1906.º, do código civil estabeleceu como regime regra, em caso de divórcio ou separação dos pais, o exercício em comum por ambos os progenitores, quanto às questões de particular importância na vida do filho.

4d: No âmbito da Lei n.º 61/2008 visou-se também acentuar o estatuto de igualdade de pai e mãe, ao estabelecer-se como regra o exercício comum das responsabilidades parentais, privilegiando-se a denominada guarda conjunta em detrimento da guarda única.

Qe: Com qual dos progenitores deve a criança ficar a viver?

1e: Na versão anterior do código civil, antes das alterações introduzidas pela Lei n.º 61/2008, esta realidade era designada por guarda e na atual nomenclatura o legislador optou pela expressão residência.

2e: O conceito de “residência” do filho deverá ser determinado “de acordo com o interesse deste, tendo em atenção todas as circunstâncias relevantes, designadamente o eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro” tal como dispõe o n.º 5, do artigo 1906.º, do código civil.

3e: Salienta Guilherme de Oliveira “Abandonou-se progressivamente o uso das palavras “guarda”, direitos de “visita”, em favor das palavras “residência” e “contacto”, ao mesmo tempo que as leis passaram a recomendar ou a exigir a redacção prévia de “planos de parentalidade” que cumpram o objectivo de regular a convivência dos dois progenitores com o filho. A ideia de um progenitor com um papel principal foi desaparecendo nos Estados Unidos; o mesmo se tem verificado na Europa (...).

Ae: Exercício em conjunto das responsabilidades parentais e residência alternada são realidades distintas que não devem ser confundidas embora se encontrem interligadas.

Qf: Que critérios devem orientar a admissibilidade de residências alternadas?

1f: Decorre do n.º 1, do artigo 1906.º, do código civil, que a regra é a da atribuição a ambos os progenitores do exercício das responsabilidades parentais, salvo os casos em que essa atribuição não salvaguarda o interesse do filho, hipótese em que, por decisão fundamentada, o tribunal deve determinar qual dos progenitores assegurará o exercício dos poderes-deveres que integram as responsabilidades parentais - nº 2 do preceito.

Qg: Como devem ser distinguidos os conceitos?

1g: Atender à posição de Maria Clara Sottomayor, *Entre idealismo e realidade; a dupla residência das crianças após o divórcio* e Joaquim Manuel da Silva, *A Família das crianças na separação dos pais*, a guarda compartilhada.

2g: A “guarda exclusiva”, o exercício exclusivo das responsabilidades parentais com residência exclusiva; “guarda conjunta”, o exercício conjunto das responsabilidades parentais com residência exclusiva a um dos progenitores e um regime de visitas a outro; “guarda alternada”, a residência alternada com exercício exclusivo nos respetivos períodos de residência de cada um dos pais, e, “guarda compartilhada” como exercício conjunto das responsabilidades parentais com residência alternada.

Ag: Na “guarda única” o exercício das responsabilidades parentais é atribuído a um dos progenitores ficando o outro com o direito de ser informado sobre o modo do seu exercício - artigo 1906.º, n.º 6, do código civil. A designada “guarda conjunta ou compartilhada” inclui uma componente jurídica e uma componente material, que respeita à vivência diária do filho. O menor pode residir com um dos progenitores, gozando o outro de um amplo direito de visita, ou pode habitar alternadamente com ambos, de acordo com determinado ritmo temporal.

Ah: A “guarda conjunta ou compartilhada” exige e pressupõe uma convivência entre ambos os progenitores e a possibilidade de tomada de decisões em comum e que os antagonismos entre os progenitores sejam eliminados ou minimizados, colocando os interesses da criança acima dos mesmos.

Ai: São, portanto, várias as designações que podem ser adotadas: guarda alternada, residência alternada, guarda partilha, guarda conjunta, custódia compartilhada, ou até exercício alternado das responsabilidades parentais, que se traduz no “exercício unilateral alternado, com repartição paritária do tempo entre cada um dos pais”, admitindo-se que a expressão “exercício conjunto das responsabilidades parentais” será a que melhor designa a realidade que mais se adequa à atual letra da lei.

1i: O exercício conjunto das responsabilidades parentais não é sinónimo de guarda ou residência alternada e uma coisa não importa necessariamente a outra. Refere Guilherme de Oliveira que “(...) Concretamente a imposição do exercício conjunto das responsabilidades parentais não tem nada a ver com as ideias conhecidas de guarda física conjunta, alternada, etc.”

Aj: O facto de a criança residir ora com um, ora com outro dos progenitores, não lhe retira a natureza da designada guarda conjunta, porquanto o que releva é a realidade que lhe subjaz: a da partilha e compartilhamento da responsabilidade parental por ambos os pais relativamente a todas as decisões que envolvem a vida do seu filho.

1j: Tendo em conta o critério de residência da criança, a guarda pode ser física (e legal) ou só legal. Se houver exercício conjunto das responsabilidades parentais, a guarda física poderá pertencer a um dos progenitores cuja residência foi fixada como residência habitual da criança, enquanto ao outro compete somente a guarda legal.

2j: Refere Jorge Duarte Pinheiro que “É comum o uso da expressão “guarda conjunta” para designar o exercício conjunto das responsabilidades parentais. Em rigor, guarda,

ou confiança, não é o mesmo que responsabilidades parentais. A guarda é um de entre os vários poderes contidos nas responsabilidades parentais. Como decorre do artigo 1907.º, um pai a quem não foi confiado o filho pode exercer as responsabilidades parentais. O exercício das responsabilidades parentais abrangerá então os poderes que não sejam incompatíveis com o poder de guarda que incumbiu a outrem.”

Ak: No sistema português o exercício conjunto das responsabilidades parentais em casos de divórcio ou situações de ruptura tem vindo a ser, em regra, entendido como de guarda conjunta.

1k: De acordo com o n.º 3, do artigo 1906.º, do código civil, o exercício das responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente do filho «...*cabe ao progenitor com quem ele reside habitualmente, ou ao progenitor com quem ele se encontra temporariamente*”. Não se deve entender aqui a rejeição da denominada guarda conjunta com residência alternada. A lei não veda a possibilidade de ser fixada residência alternada.

2k: A jurisprudência dos tribunais da Relação tem admitido não haver impedimento à existência de dois domicílios alternados do menor embora rejeite essa possibilidade nos casos em que ela não mostra servir o interesse dos menores, designadamente, em caso de conflito acentuado entre os progenitores ou no caso de crianças muito pequenas (Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18 de março de 2013, processo n.º 3500/10.0TBRR e de 19 de junho de 2012, processo n.º 2526/11.1TBRR).

3k: Existe jurisprudência que entende que a residência alternada não pode ser decretada pelo tribunal fora das hipóteses em que os pais estão de acordo (acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 20 de outubro de 2010, processo n.º 134/04.2TBOVR-C, acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14 de fevereiro de 2015, processo n.º 1463/14.2TBCSC e acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 06 de outubro de 2015, processo n.º 1009/11.4TBFIG-A. Por outro lado também existe jurisprudência que admite a “guarda/residência conjunta” (acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 12 de janeiro de 2017, processo n.º 996/16.0T8BCL-D.G1), que aponta para o facto de a lei não proibir e relevando o interesse da criança e os acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17 de dezembro de 2015, processo n.º 6001-11.6TBCSC.L1-6 e de 24 de janeiro de 2017, processo n.º 954-15.2T8AMD-A.L1-7 dando inteira relevância ao interesse da criança.

4k: Entende-se ser legalmente admissível a “*guarda conjunta ou compartilhada*” que resultar do artigo 1906.º, n.º 7, do código civil. Como bem salientou o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 7 de agosto de 2017, processo n.º 835/17.5T8SXL-A, “No exercício em comum das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho, os pais podem estar em desacordo quanto à residência do filho; nesse caso o tribunal decidirá a questão da residência de acordo com o interesse do filho tendo em conta todas as circunstâncias relevantes”. Deve ter peso relevante a igualdade e responsabilidade parental partilhada, quer ao nível do Conselho da Europa, quer ao nível da legislação espanhola e francesa e também da jurisprudência espanhola a tal respeito.

5k: De igual forma o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 24 de outubro de 2017, processo n.º 273/13.9RBCTB-A.C1, considerou que mesmo não existindo acordo dos pais, a alternância de residências é uma solução adequada ao exercício conjunto das responsabilidades parentais, salvo se o desacordo se fundamentar em razões factuais relevantes ou se mostrar que a medida não promove os interesses do filho.

Ql: Qual o critério de ponderação do julgador?

Al: O principal critério orientador que deve guiar o julgador em qualquer decisão relativa ao exercício das responsabilidades parentais é o superior interesse da criança.

1l: O “*interesse superior da criança*”, enquanto conceito jurídico indeterminado carece de preenchimento valorativo, cuja concretização deve ter por referência os princípios constitucionais, como o direito da criança à proteção da sociedade e do Estado com vista ao seu desenvolvimento integral - artigo 69.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa e que tem as suas raízes na Declaração Universal dos Direitos da Criança, adoptada pela ONU em 20 de novembro de 1959.

Qm: Que critérios devem estar subjacentes na ponderação da situação concreta de cada criança?

1m: Para se aferir o modelo que melhor favoreça o bom desenvolvimento da criança não pode deixar de se tomar em conta as características concretas de ambos os pais e da própria criança, endógenas e exógenas, não podendo deixar de ser ponderado o relacionamento e a capacidade de diálogo que os progenitores conseguem manter, não obstante se encontrarem separados

2m: O legislador aponta, como elementos concretizadores de tal conceito, “todas as circunstâncias relevantes”, designadamente, o eventual acordo dos pais; a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro” (artigo 1906.º, n.º 5, do código civil CC); o interesse da criança de manter uma relação de grande proximidade com os dois progenitores (artigo 1906.º, n.º 7, do código civil).

Qn: Quais são as vantagens e inconvenientes da fixação de única residência ou de residência alternada?

1n: Defende a doutrina (Jorge Duarte Pinheiro) “O modelo legal actual de exercício das responsabilidades parentais nos casos de progenitores que nunca viveram juntos, que se divorciaram ou se separaram, implica uma situação nitidamente desigualitária: em regra é atribuída a maior parcela temporal do poder de decisão em actos da vida corrente do filho a um dos progenitores.”

2n: As desvantagens da *guarda única* traduzem-se na sobrecarga de tarefas diárias do progenitor guardião, não pagamento da pensão de alimentos pelo progenitor não guardião e, frequentes vezes, o impedimento das visitas pelo progenitor guardião. Outra desvantagem da guarda única é a possibilidade de se verificar a alienação parental, cujos sintomas incluem rejeição em relação ao progenitor alienado, e de culpabilidade em relação a esse progenitor.

3n: O conceito de “guarda alternada” funciona num quadro de exercício unilateral das responsabilidades parentais em que as decisões importantes relativas à criança são tomadas exclusivamente por cada um dos progenitores sem necessitar do consentimento do outro, sendo nesta modalidade de guarda maiores os riscos de contradição e de bloqueio, podendo as decisões de um dos pais, durante o período em que detém o exercício das responsabilidades parentais, frustrarem ou anularem as decisões do outro.

4n: Os inconvenientes deste sistema são reconhecidos no que respeita “à *consolidação dos hábitos, valores, e ideias na mente do menor*”, com prejuízo para a formação da sua personalidade, face à alternância entre casas e pais, com eventuais padrões de vida diferentes. Será de afastar este regime.

An: O exercício conjunto das responsabilidades parentais com alternância de residência exige, por parte dos pais, uma cooperação constante, sendo todas as decisões relativas

à educação da criança tomadas conjuntamente, centradas na perspectiva do interesse dos filhos, sendo nessa colaboração que reside o regime de exercício compartilhado ou da guarda conjunta em prol e benefício do menor.

Qo: Que vantagens apresenta este regime?

1o: De acordo com o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28 de junho de 2012, processo n.º 33/12.4TBBRR.L1-8 e considerando a doutrina as vantagens são inequívocas por permitem eliminar os conflitos, reduzir os efeitos do impacto da separação dos pais nas relações parentais, e nas que se estabelecem entre os progenitores e os respectivos filhos, com a envolvência directa e conjunta de ambos os pais, fortalecendo assim a actividade e os laços afectivos entre os filhos e os pais e reforçando, por esta via, o papel parental.

Ao: A residência alternada pode ser mais benéfica para o menor que a residência exclusiva com um dos progenitores, porquanto aquela será a que está mais próxima da que existia quando os pais viviam na mesma casa, já que a criança continuará a estar com ambos os pais por períodos prolongados e equivalentes estabelecendo relações de maior intimidade.

Ap: A igualização dos direitos e responsabilidades dos pais diminui a conflitualidade e encoraja a cooperação entre estes, uma vez deixa de haver um perdedor e um vencedor, o que reduz a tentativa de denegrir a imagem um do outro através de acusações mútuas. Por outro lado, mesmo que num período inicial subsista alguma conflitualidade entre os pais estes tendem, com a passagem do tempo, a ultrapassarem os seus conflitos, adaptando-se à nova situação e relacionando-se de uma forma pragmática.

1p: O estabelecimento de uma residência única constitui uma violação do princípio da igualdade entre os cônjuges consagrada no artigo 36º nº 3 da Constituição da República Portuguesa, visto que na residência singular ou exclusiva o papel secundário que é reservado ao progenitor com quem a criança não reside, não promove a igualdade de direitos e as responsabilidades entre os pais.

2p: É igualmente causador da quebra das relações familiares, impeditiva de um convívio estreito e saudável com ambos os progenitores, que pode gerar prejuízos irreparáveis e potencia a disputa entre os pais, com todas as consequências negativas que daí decorrem para a criança.

Aq: A residência alternada permite uma relação próxima da criança com ambos os progenitores, sendo aceite que a vinculação afectiva se constrói no dia-a-dia. A proximidade dos pais com os filhos, após a separação, é mais susceptível de minimizar os efeitos negativos da separação e pode constituir um factor inibidor de que o progenitor não residente se acomode e delegue no outro progenitor a responsabilidade pela educação e acompanhamento dos filhos, mesmo que o exercício das responsabilidades parentais seja conjunto. A residência alternada permite que os pais continuem a dividir atribuições, responsabilidades e tomadas de decisões em iguais condições, reconhecendo as suas diferenças e limitações bem como o valor do papel de cada para com a criança.

Qr: Que argumentos se encontram contra o regime da residência alternada?

Ar: O critério mais apontado prende-se com a estabilidade da criança.

1r: A residência alternada pode dar origem a que as crianças não interiorizem as regras, criando incerteza e insegurança, porque os hábitos diários devem ser alterados o menos possível. Daqui decorre a necessidade de fixar uma única residência.

2r: Tal residência alternada é susceptível de comprometer o equilíbrio da criança, a estabilidade do seu quadro de vida e a continuidade e unidade da sua educação, pois não garante a colaboração dos pais no interesse da mesma.

3r: O contacto com ambos os pais é suscetível de gerar conflitos de lealdade na criança, tentativas de manipulação dos pais, problemas de disciplina devido à exposição de diferentes modelos de educação e estilos de vida.

4r: Maria Clara Sottomayor defende que mesmo num contexto de exercício conjunto de responsabilidades parentais é prejudicial para algumas categorias de crianças, em função da sua idade e variáveis da sua personalidade

5r: Os opositores da residência alternada sobrevalorizam a estabilidade que possa advir de um só espaço físico perante o benefício emocional de ter ambos os progenitores junto de si. De acordo com Cidalina Freitas a criança terá dois espaços físicos, pai e mãe, ainda que em doses reduzidas de tempo, mas emocionalmente por inteiro, partilhando o seu dia-a-dia com ambos.

Qs: Pode haver efeito traumático com a mudança constante de residência?

1s: O julgador deve ter em consideração para aprovação de tal medida a personalidade, a idade e temperamento de cada criança em concreto para apurar se essa solução é no superior interesse da criança.

2s: Alguns psicólogos classificam como mito a instabilidade da criança quando aplicada à modalidade da residência alternada admitindo que a questão se pode colocar apenas em crianças com idade inferior a 18 meses de acordo com Catarina Ribeiro em comunicação apresentada em seminário sobre residência alternada no Centro de Estudos Judiciários, em 1 de junho de 2012.

3s: Salienta Joaquim Manuel da Silva que “havendo conflito entre os progenitores, a residência exclusiva agrava-o, consolida-o, aumentando-o muitas vezes, gerando um grande número de abandonos, de “órfãos de pais vivos”, que, quando não ocorrem, por força da exposição da criança a este stresse tóxico, permanente e intenso, gera nelas profundos problemas de desenvolvimento emocional e cognitivo, que são na sociedade atual um problema grave de saúde”.

As: A ideia de que a guarda compartilhada expõe a criança ao conflito é discutível. A residência com um só dos progenitores em detrimento do outro alimenta a posição de irredutibilidade do progenitor guardião que faz poucas concessões aumentando o sentido de frustração do outro e potenciando uma conflitualidade entre os progenitores.

At: Mais importante do que a manutenção das rotinas e horários, já prejudicados pela separação, é a manutenção da relação muito próxima com o outro progenitor.

Qu: Que factores devem ser ponderados na fixação do exercício conjunto das responsabilidades parentais com residência alternada?

1u: A figura tradicional de “pai de fim-de-semana” já não é aceite pelos progenitores que exigem uma participação na vida dos filhos em igualdade de circunstâncias com a mãe.

2u: O regime de residência alternada de acordo com os recentes ensinamentos da psicologia é o que melhor salvaguarda os interesses das crianças na medida em que permite que a mesma mantenha um relacionamento o mais próximo possível com ambos os progenitores.

3u: Devem ser tidos em conta as competências pessoais dos progenitores para responder às necessidades das crianças, em termos de cuidados básicos, desenvolvimento cognitivo e emocional.

4u: O regime de residência alternada tem sempre de ser ponderado porquanto permite:

a) garantir aos filhos a possibilidade de desfrutar da presença de ambos os progenitores em circunstâncias semelhantes às que existiam antes da rutura, evitando os traumas decorrentes da separação; evitar sentimentos negativos dos menores, como sejam o medo do abandono, sentimento de lealdade, sentimento de culpa ou sentimentos de negação; fomentar uma atitude mais aberta dos filhos em face da separação e uma maior aceitação do novo contexto, evitando situações de manipulação consciente ou inconsciente, por parte dos pais relativamente aos filhos; aceitar a importância do significativo envolvimento da figura paterna e materna na vida da criança, quer na partilha de momentos lúdicos, quer na gestão do quotidiano e das suas dificuldades; continuarem os pais a exercer em pleno os seus direitos e obrigações relativos às responsabilidades parentais e de participar, em condições de igualdade, no desenvolvimento e crescimento dos filhos. Tudo isto resumido em Ana Teresa Leal, *Novos modelos e tendências na regulação do exercício das responsabilidades parentais. A tutela cível do superior interesse da criança*. Tomo I, julho 2014, ebook, CEJ, p. 372.

5u: O regime de residência alternada é de rejeitar quando se verifique: incapacidade do outro cônjuge, traduzida em factos, para cuidar da criança; existência de uma elevadíssima conflitualidade entre os progenitores especialmente quando têm de se encontrar ou falar um com o outro e que não decorra apenas da disputa da residência da criança; inexistência de qualquer das situações previstas no artigo 1906.º- A, do código civil "(...) ter sido decretada medida de coacção ou aplicada pena acessória de proibição de contacto entre progenitores, ou de estarem em grave risco os direitos e a segurança de vítimas de violência doméstica e de outras formas de violência em contexto familiar, como maus-tratos ou abuso sexual de crianças."

Au: Há necessidade de afastar mitos associados ao divórcio ou separação parental por influência de fatores culturais e asserções que têm vindo a ser contestadas pelos resultados da investigação científica tais como: O mito do progenitor psicológico de que, após a separação, a criança deverá viver apenas com um dos progenitores para ter "mais estabilidade"; a alternância de residência provoca elevada instabilidade na criança e é

um factor de risco; a figura materna é a principal e única referência em termos de vinculação; as crianças não devem dormir alternadamente “em duas casas” porque para estarem equilibradas devem ter apenas a “sua casa”.

Av: A regra deve ser a concessão a cada um dos progenitores de igual tempo de contacto ou residência com o filho, e a atribuição da titularidade do exercício de todas as responsabilidades parentais a cada um dos progenitores que estiver, e enquanto estiver, com o filho, indicando as seguintes quatro fortes razões em abono do exercício alternado das responsabilidades parentais:

1v: É um modo de tentar dar à criança dois pais em vez de um só ou de um meio.

2v: É uma forma de organização que contribui para criar uma cultura autêntica de partilha das responsabilidades entre os pais.

3v: É a modalidade que satisfaz o princípio da igualdade dos progenitores, imposto pelos artigos 36.º, nº. 5 e 13.º, da Constituição da República Portuguesa e pelo artigo 18.º, da Convenção Sobre os Direitos da Criança.

4v: É a forma de organização que melhor se adequa ao princípio de que os filhos não devem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles (art. 36º, nº6, da CRP).

5v: A sociedade hodierna clama por um maior envolvimento parental, por parte de ambos os progenitores, em igual paridade que se conjuga com uma grande variedade de actividades e decisões, tais como, ensinar e educar; acompanhar, dar apoio e afecto; brincar e partilhar lazeres; levar e buscar à escola; fazer tarefas domésticas; gerir a vida quotidiana da criança, articulando trabalho-família.

6v: Neste momento está em curso uma petição dirigida à Assembleia da República (<https://igualdadeparental.org/peticao/>) em prol de uma mais concreta e inequívoca definição legal da residência alternada.

Aw: No caso vertente, o regime de exercício conjunto das responsabilidades paternas com residência alternada mostra-se compatível com o interesse da criança. Há equivalência de condições oferecidas por cada um dos progenitores demonstrada pela ligação afectiva que ambos os progenitores mantêm com o filho. As capacidades demonstradas por qualquer um deles revelam o papel de “cuidador primário” ou de “referência” da criança, sendo certo que tudo aponta no sentido de uma maior

disponibilidade do progenitor para promover relações estáveis do filho com a progenitora.

Qx: Com base em que razões?

1x: Verifica-se *in casu* uma relação afectiva da criança com cada um dos pais.

2x: Há disponibilidade de cada um dos progenitores para prestar ao menor os cuidados necessários à sua saúde, alimentação e educação social, cultural e moral e gozam ambos de competências para o efeito, visto serem ambos excelentes cuidadores.

3x: Os progenitores da criança gozam do apoio da família alargada, nomeadamente dos respectivos ascendentes.

4x: As condições socioeconómicas dos progenitores são adequadas.

5x: A idade da criança (*quase com quatro anos de idade*), o seu grau de desenvolvimento (*é uma criança inteligente, perspicaz, muito dócil e bem disposta, observador e curioso, apresentando um óptimo desenvolvimento a vários níveis*), segundo a informação sobre Audição Técnica Especializada (ATE) e as necessidades próprias de uma criança no seu estado etário, levam a considerar ser do interesse de Jorge a continuidade das relações afectivas, quer com a mãe, quer com o pai e respectivos avós maternos e paternos.

6x: A distância da residência dos progenitores entre si e o infantário que o menor frequenta não torna impossível o funcionamento do regime.

7x: Não foi reportada nos autos, quer nas alegações iniciais dos progenitores, quer no relatório social a existência de violência no seio familiar.

8x: Segundo a auditoria técnica especializada ambos os progenitores se encontram centrados no bem-estar do filho.

Ax: O desacordo entre os progenitores e o seu difícil relacionamento não constituem um pressuposto para a não fixação do regime de residência alternada. A fixação deste regime de residência alternada terá a virtualidade de pacificar a situação de conflitualidade existente entre os progenitores.

Sy: Revoga-se a sentença recorrida, substituindo-se por outra em que se determina que o menor deverá residir, alternadamente, com ambos os progenitores, por períodos de uma semana, devendo, para o efeito, cada um dos progenitores, alternadamente, ir buscar a criança ao infantário/escola, na segunda-feira, findas as actividades e aí o entregar na 2ª feira subsequente, antes do início das actividades, iniciando-se a alternância com o pai.

iv) **Análise dos argumentos e razões justificativas**

A presente decisão judicial é estruturada a partir de uma argumentação que discute quatro questões essenciais: os requisitos que devem ser atendidos na regulação das responsabilidades parentais (**Qb**), com qual dos progenitores deve a criança ficar (**Qe**), qual deve ser o critério de ponderação para aferir essa decisão (**Ql**) que fatores devem ser ponderados no exercício conjunto com residência alternada. Estas proposições centrais levam à construção de linhas de raciocínio (algumas das quais repetidas) que se encontram focalizadas na distinção das categorias de guarda única/guarda compartilhada e residência fixa/residência alternada. É a partir desta distinção conceptual que o tribunal vai chegar à conclusão que a guarda conjunta com residência alternada é a solução que melhor defende o superior interesse da criança. Esta conclusão implica, por conseguinte, a revogação da decisão do tribunal *a quo* que havia decidido de diferente modo.

O esquema da linha de argumentação revela uma argumentação de tipo formal muito evidente, desde logo, pela formulação das próprias questões no texto da sentença. Este método, de silogismo subsuntivo, procura expor as razões que justificam internamente o corpo da decisão judicial. No presente caso, as premissas formuladas são, essencialmente, de natureza normativa. Só o raciocínio exposto entre **Qx – Ax** aponta uma justificação de natureza fáctica. Estamos, por conseguinte, diante de uma decisão que procura explicitar quais as circunstâncias que justificam alcançar um certo fim normativo que, no caso, é o superior interesse da criança (**Ql – Il – Al**). Tal como refere Atienza (2014) o/a juiz/juiza não pode limitar-se a aplicar a norma, tem que justificar porque é que a criança deve ficar com ambos os progenitores ou só com um deles e em que medida é que essa decisão satisfaz a finalidade estabelecida pela norma (o superior interesse da criança). Trata-se de uma ação de justificação que implica uma maior discricionariedade do julgador. No presente caso, percebe-se que as linhas de argumentação são construídas para que se justifique, inequivocamente, que o regime da guarda conjunta com residência alternada é o que melhor se adequa ao interesse da criança. Cumpre, por isso, analisar a solidez da argumentação material.

No que respeita à argumentação material é de realçar os tipos de enunciados sobre os quais o decisor empreende uma justificação exaustiva (pelos menos em termos conceptuais) recorrendo quer a razões do tipo normativo e jurisprudencial quer a razões

do género doutrinário. Atienza (2014, p. 279) afirma que “(...) as razões são factos”. Pois bem, as razões na presente decisão referem-se, essencialmente, a enunciados de natureza explicativa (na medida em que esclarecem sobre conceitos, princípios e o domínio da sua aplicação) que pertencem ao sistema jurídico. Este tipo de enunciados encontra-se bem presente nas várias linhas de raciocínio argumentativo. Desde logo o que é estabelecido entre **Qb** e **Ac**. O julgador começa por indagar o que se deve entender por responsabilidades parentais e qual é o seu conteúdo. Percebe-se que atribui um peso considerável ao princípio da igualdade parental (**2b**) repetindo, com frequência, o termo “igualdade de direitos” (**3b**) ou “estatuto de igualdade de pai e mãe” (**4d**). Este elenco de razões, pertencentes ao sistema jurídico, sustenta a afirmação em **Ac** da “absoluta igualdade” dos pais, “um perante o outro”.

Tal como se referiu acima a linha de argumentação é muito explicativa. Nesta medida não significa que sejam, necessariamente, argumentos de teor justificativo. A categoria explicativa é evidente na linha de raciocínio expressa a partir de **Qe**. O tribunal elenca um conjunto de conceitos que esclarece: a guarda conjunta, a guarda exclusiva e a guarda alternada diferenciando-as dos conceitos de residência fixa e residência alternada. Estas razões não são apontadas num sentido de ação, mas de identificar normas e esclarecer acerca do significado de termos ou palavras. Assim, são mais um tipo de razão auxiliar que tem como finalidade delimitar o âmbito de adequação do regime que o decisor pretende aplicar ou decidir. Esta técnica é repetida nas afirmações **Ag, Ah, Ai, Aj** e **Ak**. Um lote de razões que sustenta estas definições vem de enunciados normativos (**1k**) e jurisprudenciais (**2k, 3k, 4k** e **5k**). Neste ponto entende-se que é passível de crítica a capacidade justificativa da presente decisão no que concerne a aplicação da residência alternada. Se é verdade que as razões **k** avançam com a justificação de que o regime de residência alternada não é vedado por lei, também é verdade que não o impõe. Portanto, o tribunal deveria ter (também) equacionado posições jurisprudenciais que determinam as razões pelas quais não deve ter lugar a aplicação de um regime de residência alternada. Aliás, nos acórdãos que são apontados em **k** as passagens citadas evidenciam que tal regime não deve ser aplicado quando viola o superior interesse da criança, sendo que o elevado clima de tensão ou conflito entre os progenitores é uma das situações que deve ser ponderada no zelo pelo seu superior interesse. Esta situação de conflitualidade é demonstrada quer pelos factos provados

(as razões compreendidas entre **1x** e **8x**) quer pelo relatório do processo, proveniente da primeira instância, que demonstra um número considerável de iniciativas processuais (requerimento, alegações, etc.) entre os progenitores e que atestam bem a divergência de entendimento quanto à residência alternada.

O âmbito concreto do princípio do superior interesse da criança foi delimitado através da ponderação de razões que justificam o regime da residência alternada. O próprio tribunal o afirma em **Qm**. O julgador utiliza razões a favor de uma teoria e razões que podem ser apontadas contra a mesma. A técnica da argumentação material mostra-se adequada o que não quer dizer que se encontre, suficientemente, justificada. O aplicador da lei enuncia razões normativas que devido à sua força regulatória (são razões perentórias) já teriam robustez suficiente para decidir pela rejeição do recurso. Optou, contudo, por tecer uma linha argumentativa como se tratasse de um caso difícil. Ora os casos difíceis colocam o tribunal perante uma situação em que não existe uma regra do sistema jurídico (lacuna da lei) ou um desajuste entre o aspeto diretivo e o aspeto justificativo da regra. Não é o que se passa. Quando muito o julgador, no uso da técnica da ponderação poderia confrontar o princípio da igualdade parental (artigo 36.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa) e o princípio do superior interesse da criança (artigo 1906.º, n.º 5, do código civil) para concluir qual deles deve prevalecer em caso de desacordo entre os progenitores e verificando-se a ausência de conflitualidade entre ambos. O que a lei impõe (que pode constituir um enunciado normativo) no artigo 1906º, n.º 5 é que “O tribunal determinará a residência do filho e os direitos de visita de acordo com o interesse deste, tendo em atenção todas as circunstâncias relevantes, designadamente o eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro.” Uma vez que não há acordo entre os progenitores, o julgador decide ponderar o interesse do menor adequando o seu conteúdo ao princípio da igualdade entre progenitores, mas mantendo de fora o peso que o conflito latente entre ambos pode oferecer ao menor. Daí que se defenda que o tribunal não aferiu adequadamente o peso do conflito entre os progenitores, para determinar se o interesse da criança fica ou não satisfeito. Esta questão tem particular pertinência quando se aferem as restantes razões que têm uma natureza valorativa (quando o tribunal menciona os “mitos” da parentalidade e desvaloriza os “traumas” da separação dos pais (**1s**, **2s** e **3s**)).

Em modo de conclusão da presente análise – a decisão demonstra um raciocínio lógico dedutivo de carácter formal, invocando razões de natureza material que carecem de uma justificação mais aprofundada no confronto dos princípios a ponderar. Não se pode olvidar que a enunciação dos aspetos materiais obedece a um processo adequado de interpretação entre o que são as premissas normativas e as premissas fácticas. No exercício de racionalidade da lógica dedutiva tem lugar a construção de convicções baseadas na indução. Ou seja, o processo de formação do julgador acontece, sempre, pela via indutiva ao considerar os aspetos carreados para o processo, que o decisor não presenciou, não viu, não testemunhou, mas que acredita que aconteceram em virtude das premissas fácticas que se apresentam diante de si. Ora, este exercício de convicção formada através da lógica indutiva não se verificou quanto à conflitualidade patente entre os progenitores. Afinal, esta ponderação teria a suscetibilidade de contrariar os “mitos” da parentalidade e a estabilidade/instabilidade da criança.

Caso 24

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 16 de junho de 2017 (processo n.º 16/16.5GAAGD.P1)

(i) Narração sumária do caso

O arguido A foi condenado como autor material de um crime de violação, previsto e punido pelo artigo 164.º, n.º 1, alínea a), do código penal e, também, pela prática de um crime de violência doméstica, previsto e punido pelo artigo 152.º, n.º 1, alínea b), do código penal. A pena única principal é de seis anos de prisão e uma pena acessória de proibição de contactos com a vítima pelo período de três anos. Esta condenação derivou de factos que têm por assente que entre o arguido A e a vítima B decorreu uma relação extraconjugal, de natureza amorosa que envolvia um relacionamento sexual, passeios, troca de telefonemas e mensagens e convívio regular. Com o fim da relação o arguido **A** não se conformou e através de ameaças e violência, forçou a vítima **B** a manter com ele um envolvimento sexual, ameaçando-a que se não acedesse à sua vontade, que enviaria ao marido da vítima elementos gravados do seu relacionamento sexual. O arguido **A** já havia sido condenado, antes, em duas penas suspensas pelo crime de violência doméstica. O principal problema levantado para o tribunal de recurso relaciona-se com a falta de preenchimento dos tipos, ou seja, o

arguido entende que não deve ser condenado nem pelo crime de violação nem pelo crime de violência doméstica por não se encontrar preenchida a ação típica.

Nesta decisão iremos cingir-nos à linha de argumentação que é estabelecida para os crimes de violação e de violência doméstica, ficando à margem outras questões invocadas como as de natureza processual e a prática de outros crimes, por parte do agressor. Consideramos ser apropriado equacionar a argumentação veiculada no crime de violação dado que o tribunal elenca justificações que desviam os atos de violência do cenário da violência doméstica para o contexto da violação.

(ii) A linha de argumentação jurídica

Pa: Os dois principais problemas tratam de avaliar se existe o preenchimento do crime de violência doméstica e do crime de violação.

Qb: O crime de violência doméstica foi, efetivamente, praticado?

1b: O crime de violência doméstica, no seu artigo 152.º, do código penal, estabelece que “1 - 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; (...) é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal. 4 - Nos casos previstos nos números anteriores, podem ser aplicadas ao arguido as penas acessórias de proibição de contacto com a vítima e de proibição de uso e porte de armas, pelo período de seis meses a cinco anos, e de obrigação de frequência de programas específicos de prevenção da violência doméstica. 5 - A pena acessória de proibição de contacto com a vítima deve incluir o afastamento da residência ou do local de trabalho desta e o seu cumprimento deve ser fiscalizado por meios técnicos de controlo à distância.”

2b: A doutrina e a jurisprudência definem o bem jurídico com a necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana, em particular a saúde, física, psíquica e mental. Trata-se de um bem jurídico complexo que afeta a dignidade da pessoa humana e o livre desenvolvimento da personalidade.

3b: Taipa de Carvalho declara que “O bem jurídico protegido por este tipo de crime é a saúde, bem jurídico complexo que abrange a saúde física, psíquica e mental, e bem

jurídico este que pode ser afectado por toda a multiplicidade de comportamentos que (...) afectem a dignidade pessoal do cônjuge (...).”

4b: Neste sentido decide também o acórdão da Relação de Coimbra, de 19-11-2008.

5b: As anteriores redações da norma deixavam dúvidas para o carater da reiteração ou habitualidade das condutas violentas. Contudo, a atual redação refere expressamente que a conduta pode assumir ou não, caráter de reiteração.

6b: As vítimas deste crime podem ser as pessoas identificadas nas alíneas a), c) e d), “pessoas 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”. Neste caso são várias as situações equiparadas ao casamento: união de facto; união sem coabitação; concubinato e relação de namoro. Recentemente é o namoro quem mais casos abrange de violência doméstica.

Qc: O que é a relação de namoro como situação análoga à dos cônjuges equiparada a uma relação afética, estável e análoga?

1c: O namoro deverá passar por uma relação de alguma estabilidade, afetiva, emocional e um projeto de vida em comum. O namoro destina-se ao conhecimento mútuo e deverá comportar um projeto de vida.

2c. A relação de namoro não comporta uma relação ocasional – *one night stand* – e muito menos uma relação de cariz exclusivamente sexual. Deve constituir uma relação afetiva mínima.

3c: A relação de namoro deve passar por critérios de intimidade, dever de fidelidade; lealdade, boa-fé e publicidade ou notoriedade da relação mas o mais impressivo da relação de namoro é a análise da factualidade (Dora Machado Pires, Sentido e alcance da inserção das relações de namoro e equiparadas no crime de violência doméstica – reflexões críticas acerca do alargamento do tipo. Dissertação de mestrado. Universidade Católica Portuguesa).

Qd: A relação entre o arguido A e a assistente enquadra-se nos moldes enunciados anteriormente?

1d: A matéria de facto provada demonstra que a relação entre o agressor e a assistente teve como móbil exclusivo o relacionamento sexual.

2d: A matéria de facto provada salienta este aspeto quando refere “relacionando-se o casal sexualmente, duas a três vezes por semana, encontrando-se quase diariamente...”;

“... se não continuasse a manter consigo relações sexuais designadamente de cópula...”; “... caso não continuassem a relação amorosa que até ali tinham mantido, divulgaria os referidos vídeos...”; “... relações sexuais, designadamente de cópula, duas a três vezes por semana...”; “... de cada vez que se encontravam para manter relações sexuais...”; “Nesse mesmo dia, enquanto estavam a manter relações sexuais, designadamente de cópula, o arguido apontou-lhe um canivete...”.

3d: Há uma dominância da relação sexual e o arguido só tinha em mente esse propósito mesmo que tivesse de recorrer à violência e ameaça. Os encontros com a família do arguido ocorreram porque o local onde se relacionavam sexualmente era a casa daquele. Os momentos fora do âmbito sexual foram poucos e pautaram-se por uma relação proibida, menos por parte do arguido que estava livre e desimpedido.

4d: O tribunal a quo faz referências tímidas à relação de namoro apenas se referindo a esta nos pontos 1), 4) e 26).

Nd: A relação de namoro para efeito de violência doméstica não abrange uma relação de natureza exclusivamente sexual e tem de assentar em laços afetivos, emocionais, de compromisso e com publicidade.

1e: Há hoje uma tendência perigosa para integrar todas estas condutas no crime de violência doméstica quando o código penal serve tipos legais de crime muito mais apropriados para qualificar aqueles atos.

2e: O arguido não hesitou em chantagear e ameaçar a assistente sempre que pretendia satisfazer os seus instintos libidinosos. Uma relação de namoro para efeitos jurídico-penais não pode ser levada em conta só numa perspetiva sexual, devendo ter algo mais.

Ne: Entendemos que este tipo de relação não integra o conceito de namoro para efeito de violência doméstica. Neste sentido o arguido tem que ser absolvido da prática deste crime e consideram-se retirados dos factos provados as alusões a qualquer relação amorosa bem como o elemento subjetivo do crime.

Qf: Verifica-se a prática de um crime de violação, previsto e punido pelo artigo 164.º, n.º 1, alínea a), do código penal?

1f: O crime de violação, previsto e punido pelo artigo 164.º, n.º 1, alínea a), do código penal estabelece que: ““1 - Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito

anal ou coito oral; ou b) A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos; é punido com pena de prisão de três a dez anos.”

2f: É necessário que a coação ou constrangimento tenha ocorrido através de meio típico da coação – violência, ameaça grave ou ter o agente tornado a vítima inconsciente ou a ter colocado na impossibilidade de resistir.

3f: Para se falar de coação tem de preexistir uma relação de causa/efeito, ou seja, que o meio de coação tenha por objetivo a prática do ato sexual.

4f: Como violência deve ser considerada apenas o uso da força física destinada a vencer uma resistência oferecida ou esperada. Deve ser considerada idónea a vencer a resistência efetiva ou esperada da vítima. Não se torna necessária uma resistência efetiva bastando contar-se com ela e o uso da violência se destine a vencê-la.

5f: A coação usada habitualmente nesta relação através da ameaça constante teve como propósito causar um mal ou perigo à assistente – a violência psíquica.

6f: O arguido serviu-se da violência física/coação para alcançar objetivos. Usou as várias gravações que tinha na sua posse com vídeos a manter relações sexuais com a assistente e que as divulgaria aos familiares da mesma; apontou-lhe uma réplica de pistola de plástico; enquanto a ofendida chorava o arguido tirou o próprio cinto, com o qual deu duas voltas ao pescoço daquela; mediante ameaça obrigou-a a manter relações sexuais consigo.

7f: As ameaças são graves e demonstram que o arguido não nutria qualquer respeito pela vítima pretendendo aproveitar-se dela sexualmente o que reforça a tese de exclusão do conceito de namoro.

8f: O arguido pretendeu reiteradamente obrigar a assistente a manter consigo relações sexuais por meio de violência física e psíquica limitando a liberdade sexual da vítima atuando de forma deliberada, livre e consciente.

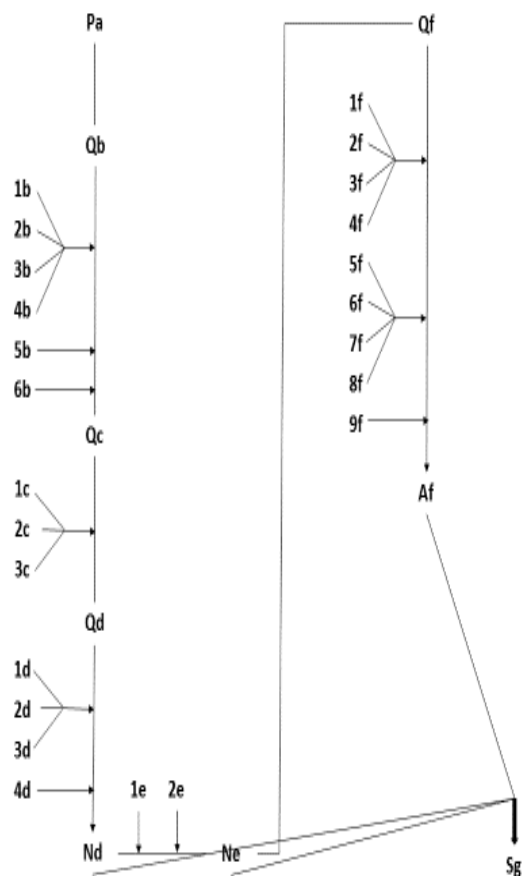
9f: Estamos perante um crime de trato sucessivo porque a repetição da atividade se prolonga no tempo e é difícil de quantificar o número de crimes sexuais praticados.

Af: A integração do crime de violação não sofre qualquer contestação nesta circunstância e improcede qualificação jurídica diversa.

Sg: O arguido fica absolvido da prática de um crime de violência doméstica e condenando como autor material de um crime de violação na pena de cinco anos e seis

meses de prisão. Com a absolvição da violência doméstica sucumbe, também, a condenação da pena acessória de proibição de contactos com a vítima.

(iii) Esquema da linha de argumentação



TRP - processo n.º 16/16.5GAAGD.P1

(iv) Análise dos argumentos e razões justificativas

O problema central da presente sentença discute o preenchimento do crime da violência doméstica. Sem nos determos na questão do aspeto formal, é de sublinhar que se encontra bem patente no encadeamento das questões que foram formuladas entre **Qb** e **Qf**. Neste percurso é visível a formulação das premissas subjacentes à técnica do silogismo subsuntivo. O que nos interessa, sobretudo, tem relação com a interpretação material que é dada ao conceito de relação de namoro e que passamos a analisar.

O tribunal elenca, sobretudo, enunciados do tipo normativo, jurisprudencial e empírico. Tal como outras sentenças já aqui analisadas, coloca a ênfase na letra da regra ínsita no artigo 152.º, do código penal. Daqui decorre o argumento que o bem jurídico protegido pelo tipo é a “saúde física, psíquica e mental” dado o valor da proteção da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade. A tónica da dignidade humana, mais uma vez, a servir de fio condutor para a construção do racínio jurídico na fundamentação da decisão. Neste particular, não difere das decisões precedentes.

O que importa refletir sobre a justificação diz respeito ao conceito de relação de namoro, sobre o qual o tribunal discorre um razoamento que acaba por esvaziar o crime de violência doméstica e conduz, conseqüentemente, à absolvição do arguido nesta parte. Percebe-se que o decisor tem dúvidas sobre se os factos do caso caem dentro da previsão da norma por se tratar de uma relação extra conjugal. A norma do artigo 152.º não refere, expressamente, as relações daquela natureza. O que encontramos no seu n.º 1, alínea b) é a expressão “relação de namoro ou uma relação análoga à dos cônjuges ainda que sem coabitação.” Neste particular, a justificação parte da conceptualização da relação de namoro. O tribunal baseia-se em enunciados do tipo doutrinário (**Qc: 1c, 2c e 3c**) coadjuvados por enunciados do tipo empírico (**Qd: 1d, 2d, 3d e 4d**) para afastar as relações extra conjugais do âmbito de previsão da regra sobre a violência doméstica. Estamos perante um problema de aplicabilidade da norma. Para o tribunal, a figura da violência doméstica não é aplicável ao caso concreto porque os factos – no seu entender – demonstram que a relação entre o arguido e a ofendida tinha uma natureza exclusivamente sexual. Já a primeira instância havia considerado a relação entre os sujeitos (arguido e ofendida) como uma relação de namoro, ainda que se tratasse de uma relação extra conjugal. Assim, o problema que aqui se coloca tem que ver não só

com a aplicabilidade da norma mas também com a interpretação que deriva da expressão “relação de namoro ou relação análoga à dos cônjuges”. A expressão não envolve imprecisões ou ambiguidades. Definir o que é essa relação de namoro é que exige do julgador a tarefa de construir um enunciado interpretativo. Face à dinâmica das relações interpessoais, nem sempre estáveis, nem sempre tranquilas, nem sempre cândidas, a empreitada revela-se difícil. É que nem todas as relações de namoro podem ser enquadradas naquilo que o tribunal exige ser uma relação de namoro, ou seja, uma relação que exige “alguma estabilidade afetiva ou emocional e um projeto de vida em comum. O namoro destina-se ao conhecimento mútuo e deverá comportar um projeto de vida” (1c). Atienza (2013, p. 646) refere que “Uma boa solução de um problema jurídico não é nunca (ou quase nunca) exclusivamente uma solução «estritamente técnica». Pois bem, o argumento construído por este tribunal – nesta perspetiva técnica – tem força (sob o ponto de vista técnico) suficiente para justificar a decisão? Teria se, em relação ao caso concreto, não se pudesse formular um contra argumento que refuta aquele ou o põe em causa. Neste sentido, vejamos o raciocínio jurídico construído por um outro tribunal, relativamente ao que deve ser entendido como relação extra conjugal.

Caso 25

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 7 de julho de 2016 (processo n.º 18/15.9GAPRD.P1)

(i) Narração sumária do caso

O arguido **A** foi condenado pela prática de um crime de violência doméstica na pena de vinte meses de prisão que foi substituída pela prestação de trabalho a favor da comunidade em 480 horas. O arguido **A** manteve uma relação de namoro com a assistente **B** durante três anos. Depois de terminada a relação o arguido não se conformou e passou a perseguir e insultar a assistente. As suas ações passaram pelo envio de mensagens e interpelação na rua. O problema colocado ao tribunal de recurso prende-se com o preenchimento do tipo legal violência doméstica. De salientar que, para o interesse da análise, relevam, apenas, os argumentos sobre aquele tipo de crime.

(ii) A linha de argumentação jurídica

Pa: O problema colocado ao tribunal de recurso prende-se com um alegado erro notório de julgamento (invocado pelo recorrente) o que devia conduzir à falta de preenchimento do tipo.

Qb: Quais os conceitos que devem ser admitidos nas situações de violência doméstica?

1b: Importa referir que face à revisão operada pela Leis n.º 59/2007, de 4 de Setembro e n.º 19/2013, de 21 de fevereiro, a reiteração da conduta criminosa, no preenchimento do tipo, pode sofrer correções, onde o comportamento violento, praticado uma única vez, excepcional, pode reconduzir-se à integração do tipo legal de maus tratos.

2b: A nova lei veio também dispensar o pressuposto da coabitação: ainda que sem coabitação, no caso de relações análogas às dos cônjuges.

3b: A violência pode ser exercida na pessoa do outro, incluindo do mesmo sexo, com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou uma relação análoga à dos cônjuges, mesmo que sem coabitação.

4b: Os atos integradores do conceito de violência doméstica produzem-se durante a relação ou mesmo depois de a relação terminar, posto que o cometimento desses factos seja uma consequência e esteja intimamente ligado com aquela relação.

Ab: O bem jurídico não se queda pela comunidade familiar ou conjugal mas também com a forma de proteção genérica da dignidade da pessoa humana, em particular da saúde.

Qc: Por quanto tempo decorreu o namoro ou situação análoga à dos cônjuges e em que período ocorreram os factos ilícitos integradores do tipo?

1c: O recorrente e a assistente mantiveram uma relação que durou cerca de três anos, desde final de 2010, até Janeiro de 2014. Durante este período não há notícia da ocorrência de exercício de violência física ou psicológica sobre a assistente.

2c: A atuação do arguido confina-se às ameaças desenvolvidas por meio de telecomunicações, globalmente por meio de SMS, durante o período compreendido entre os dias 28/08/2014 e 09/03/2015.

3c: Ocorreu um episódio de violência física, com data de 07/01/2015, onde a assistente foi empurrada contra o veículo e simultaneamente injuriada.

4c: A norma tutela as relações atuais e as pretéritas como forma de proteger a degradação da integridade pessoal da vítima, face ao abuso de poder nas relações afetivas.

5c: A protecção das relações pretéritas está intimamente ligada ao stalking. Estes casos de perturbação do ex parceiro, com recurso a ameaças e injúrias, por meio das telecomunicações: chamadas telefónicas, mensagens ou emails prolongam-se, em regra, para lá da relação, não deixando de estar relacionadas com a cessação desse namoro ou de qualquer outra situação análoga.

Qd: Haverá um limite temporal?

Nd: Parece que não, só casuisticamente se pode aferir se esses factos.

Qe: Como definir relações equiparadas às dos cônjuges no âmbito da violência doméstica?

1e: As situações análogas às dos cônjuges, independentemente do sexo (casamento), são plúrimas: união de facto; união sem coabitação; concubinato; relação de namoro e outras que porventura obedeçam aos critérios fixados na lei.

2e: O arguido é casado e vive, regularmente, com outra pessoa que não aquela objecto da alegada violência doméstica.

3e: A coabitação não é um pressuposto para o cometimento do crime.

4e: A procura da relação sexual exclusiva está afastada por via da prova produzida.

Qf: Como se pode falar de namoro ou de situação parecida com a dos cônjuges?

1f: Pode, porque a relação de concubinato estabelecida é uma evidência, existindo uma objectiva comunhão de leito, que se prolongou ao longo de 3 anos, muito embora sem uma regularidade quanto à comunhão de mesa e habitação.

Af: A relação extraconjugal, durante cerca de 3 anos, releva para a prática do crime de violência doméstica desde que preenchidos os restantes requisitos.

Ag: A relação de concubinato, concubinato adulterino, estabelece uma relação de afecto, partilha e compromisso entre os participantes, equiparada a “namoro” para efeitos de integração do crime em análise.

1g: No acórdão do STJ, de 05-06-1985 a relação de concubinato estável não se transforma em união de facto, por impossibilidade da própria relação adúltera.

2g: A doutrina e o acórdão do TRC, de 27-02-2013, consideram que o enunciado da relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação aponta que não é a cobertura da relação pelo vínculo do casamento que molda o tipo de crime que não exige a exclusividade da relação.

Ah: A relação extraconjugal também se inclui nas relações análogas de afetividade, pelo que a relação adúltera tem reflexos no domínio da valoração criminal, designadamente para efeitos de violência doméstica.

Qi: Verificou-se erro na apreciação da matéria de facto?

1i: A prova produzida demonstra a relação de namoro, extraconjugal, que o recorrente estabeleceu com a assistente segundo um processo de estabilidade.

2i: O tribunal *a quo* refere que “atentos os factos provados temos de concluir que a relação entre assistente e arguido, durou três anos, e manifestava um carácter mais ou menos estável de relacionamento amoroso, com “uma proximidade existencial efectiva”, “uma relação de confiança entre agente e ofendido, baseada em fundamentos relacionais mais ou menos sólidos, em que cada uma deles é titular de uma «expectativa» em que o outro, por via desse laço, assume um dever acrescido de respeito e abstenção de condutas lesivas da integridade pessoal do parceiro (a)” - citando posição doutrinária

3i: O tribunal *a quo* considerou pouco credível o depoimento do arguido.

Ni: Não se verificou erro de apreciação de prova para a confirmação da existência de uma relação de namoro entre o arguido **A** e a assistente **B**.

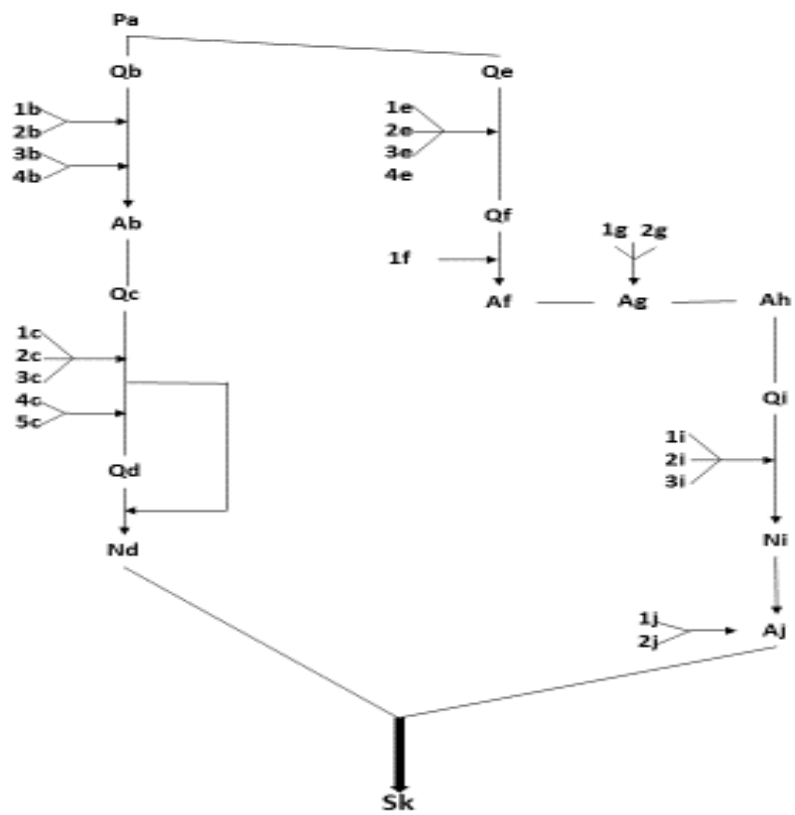
1j: A relação de namoro é confirmada pelos factos provados: o arguido **A** conviveu no círculo familiar mais próximo da assistente **B**, emprestou-lhe dinheiro, através das mensagens ficou demonstrado que tentou arranjar uma vaga de emprego para a filha daquela.

2j: Apesar do arguido **A** pretender fazer parecer que a assistente é prostituta a sua argumentação é pouco convincente face à matéria provada e mesmo que assim fosse não estaria excluída a violência doméstica desde que preenchidos determinados requisitos do tipo.

Aj: A relação com uma prostituta ficaria excluída do tipo caso fosse ocasional, isolada e excepcional, ao contrário, se a relação com uma prostituta se apresentar estável ao longo de vários anos, com uma convivalidade permanente e demonstração de cumplicidade, que ultrapasse a relação sexual, não custa admitir que os critérios de violência doméstica sejam integrados.

Sk: Improcedem os alegados vícios de erro notório de apreciação da prova e erro de julgamento e confirma-se a decisão recorrida.

iii) Esquema da linha de argumentação



TRP - processo n.º 18/15.9GAPRD.P1

iv) Análise dos argumentos e razões justificativas

A presente decisão, sob o ponto de vista formal segue o modelo das que lhe precedem – a lógica formal que representa o esquema das premissas, da conclusão e da relação que se encontra estabelecida entre as inferências. Já quanto à análise argumentativa material podem ser identificados dois raciocínios. O primeiro que repete a habitual posição normativa, jurisprudencial e doutrinária sobre a aplicação do tipo de violência doméstica – **Qb – 1b – 2b – 3b – 4b – Ab**. O que sobressai na construção deste tipo de argumento são os enunciados factuais que o decisor considera com o intuito de aferir as condutas violentas. Assim, em **1c**, **2c** e **3c** aferem-se ditas condutas. Em **4c** e **5c** considera-se o *stalking* como uma forma de violência. Adita-se o fator tempo para se determinar que é algo que deve ser avaliado casuisticamente para se determinar se há uma relação afetiva. Nesta medida, o tribunal parece seguir a linha de orientação doutrinária que afasta os relacionamentos casuais do âmbito de aplicação do crime de violência doméstica.

A segunda linha de raciocínio centra-se sobre as relações que devem ser consideradas análogas às dos cônjuges, referindo-se às relações de concubinato. O tribunal elenca quatro razões para determinar se uma relação extramatrimonial deve cair no âmbito legal do tipo sobre violência doméstica. Para tanto, debruça-se sobre a análise da letra de lei referindo que a norma indica que a coabitação não é um pressuposto para o cometimento do crime, ou seja, os agentes amorosamente envolvidos podem não viver juntos (**3e**). A segunda razão aponta a ausência de regularidade na relação dos juntos. O facto de não se verificar não significa que não exista uma efetiva comunhão de leito (**1f**). Um terceiro enunciado acaba por afastar o mero intuito de manter relações sexuais uma vez que a prova produzida indicia o contrário. Finalmente, uma quarta razão – de natureza jurisprudencial – refere que anteriores acórdãos já haviam considerado que a relação extraconjugal é análoga à dos cônjuges ainda que sem coabitação.

As quatro razões que se acabam de enumerar sustentam, no fundo, que uma relação extramatrimonial cabe dentro da previsão da norma do artigo 152.º, do código penal sublinhando a importância “de uma proximidade existencial afetiva”. Isto significa que um vínculo afetivo e efetivo constitui uma razão para determinar a existência de uma relação amorosa, quer ela seja entre cônjuges, entre namorados ou entre duas

peessoas que se envolvem fora da relação conjugal ou fora da relação de namoro, independentemente de coabitarem ou do tempo em que dura o relacionamento.

Sob o ponto de vista material, a presente decisão mostra-se razoável na sustentação das razões sobre a determinação de um vínculo afetivo na relação amorosa. Neste aspeto difere da decisão anterior, que entendeu que a motivação do agente/agressor era somente a de manter relações sexuais com a vítima. Ora esta determinação levou ao afastamento da aplicação da norma do artigo 152.º, do código penal e ao subsequente afastamento da aplicação das penas acessórias. Na presente decisão pode identificar-se um lado pragmático quando o julgador tem a preocupação de formular questões a que responde com os diversos tipos de enunciados (normativos, doutrinários, empíricos, jurisprudenciais). Esta categoria da argumentação – a pragmática – pode ser fundamental para determinar a autonomização de outras razões (como é o caso da “proximidade existencial afetiva”) que acabam por influir no caminho que conduz ao resultado final. Esta técnica não está presente na decisão anterior, que favoreceu os factos atinentes à intenção do agente manter relações sexuais com a vítima em detrimento da determinação de um vínculo emocional efetivo que circunscreveria um resultado decisório diferente. O que se verifica nos dois casos (este e o anterior) é uma diferente interpretação da aplicação quanto à previsão da norma ínsita no artigo 152.º, do código penal. A expressão concubinato (para se referir às relações amorosas fora do âmbito conjugal, análogas à dos cônjuges ou de namoro) não faz parte da letra da lei. A partir daqui surgem algumas ambiguidades no que respeita, por um lado, a sua interpretação (definir o que é uma relação de concubinato ou extra relação amorosa) e conseqüente aplicabilidade. É que, como demonstram a presente sentença e a anterior, as decisões finais são diametralmente opostas. Na anterior decisão o arguido foi absolvido da prática do crime de violência doméstica. Na presente decisão o agressor foi condenado.

Nas duas próximas decisões serão analisados os argumentos que sustentam a aplicação da norma do artigo 152.º, pelo Supremo Tribunal de Justiça. A parte argumentativa que releva diz respeito a questões de aplicabilidade da norma e às razões definidoras da medida concreta da pena (penas parcelares e pena conjunta). No primeiro caso, o arguido sai com uma condenação agravada. No segundo caso, o arguido é um juiz de direito que sai absolvido, tendo sido condenado na segunda instância. O

que interessa sublinhar são dois aspetos: (i) os argumentos que sustentam o afastamento ou aplicação da norma inserida no artigo 152.º, do código penal; (ii) os argumentos que justificam, no caso da sua aplicação, a medida concreta da pena.

Caso 26

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27 de novembro de 2019 (processo n.º 86/18.1GBTCS.C1.S1)

(i) Narração sumária do caso

O arguido **A** foi condenado numa pena única de sete anos de prisão pela prática dos seguintes crimes: um crime de violência doméstica contra **B** (companheira); um crime de violência doméstica contra **C** (filha); um crime de violência doméstica contra **D** (filha); um crime de lenocínio. O arguido **A** foi, ainda, condenado às penas acessórias de proibição de contacto com **B** (mulher) pelo período de cinco anos, devendo manter-se afastado do local de residência e local de trabalho de **B**. Foi, igualmente, condenado à proibição de uso e porte de armas pelo mesmo período de 5 anos, a frequentar programa específico de prevenção da violência doméstica ficando, também, inibido do exercício de responsabilidades parentais pelo período de sete anos. A presente condenação derivou de um julgamento onde ficaram provados factos que comprovaram as condutas violentas do arguido para com a sua mulher e filhos. O arguido **A** envolveu-se amorosamente com **B** quando esta tinha 15 anos. Ao longo dos anos de relacionamento amoroso obrigou a ofendida **B** à prática da prostituição sujeitando-a a agressões físicas e psicológicas na presença dos filhos. O exercício argumentativo que nos importa realçar aborda dois pontos: a aplicação da norma do artigo 152.º no que concerne a relação de intimidade entre **A** e **B**.; os argumentos que justificam a aplicação da medida concreta da pena. Da condenação resultou o recurso por parte do Ministério Público que pede uma pena mais grave, num total de doze anos de prisão (invoca a gravidade dos factos praticados ao longo de 25 anos). Já o arguido, também, interpôs recurso requerendo a fixação de penas parcelares inferiores para os crimes de violência doméstica e lenocínio (na medida em que, nestes crimes, os factos foram valorados duplamente), impondo-se, conseqüentemente, uma pena única mais reduzida.

ii) A linha de argumentação jurídica

Pa: No presente caso o Supremo Tribunal de Justiça autonomiza duas questões: a necessidade de delimitar os factos a cada um dos ilícitos de que o arguido foi acusado e condenado; a determinação individualizada das medidas das penas parcelares e da pena única.

Qb: O que são factos?

Ab: No sentido naturalístico, são precipitações/realizações do fazer ou realizar humano e pessoal incidente sobre a realidade, física e material, e susceptível de influir, determinar e modificar um estado/situação historicamente existente.

1b: São estas realizações/concretizações do acontecer e sentir humano e pessoal que devem ser apreendidas pelo tribunal.

2b: Os factos nem sempre – ou quase nunca – se configuram como singelos, unipolares e solipsos.

Ac: A agregação, numa proposição frásica, de uma ideia compósita e de conteúdo plural não pode constituir uma deficiência de composição/elaboração de um acto judicial.

1c: O comportamento do arguido, ao obrigar a companheira a prostituir-se, configurava uma situação de violência interpessoal porque utilizando o seu ascendente pessoal sobre a ofendida a determinava/obrigava, mediante uma imposição psicológica e social, a ter relações sexuais com outros homens.

2c: A violência pessoal e familiar assumia uma dúplice variável: a humilhação e subjugação pessoal e física da ofendida, no interior da esfera/círculo familiar; a utilização/“coisificação” que sujeitava a ofendida quando a «oferecia» aos amigos para com ela terem relações sexuais remuneradas.

Ad: Neste duplo sentido de violência – interpessoal/doméstica e externa (imposição de relacionamentos sexuais com outros indivíduos) – não é exigível ao tribunal efectuar uma destrição das acções, condutas e comportamentos.

Pe: A individualização das penas parcelas e a determinação concreta da pena conjunta.

Qf: Deve atender-se ao pedido do recorrente Ministério Público que requiere a agravação das penas para um total de doze anos?

Qg: Deve atender-se ao pedido do recorrente arguido **A** que requiere a desagravação das penas?

1f: O bem jurídico que se pretende tutelar com o crime (delito) de “violência familiar habitual”, aparece, para a maioria da doutrina do país vizinho, como um bem de conteúdo e natureza ideal-valorativa, a saber a dignidade pessoal ou a integridade moral.

2f: A doutrina nacional defende ser a «saúde» o bem jurídico tutelado no artigo 152.º, do código penal.

Nf: Não se nos afiguram totalmente solventes as razões de alguma doutrina para confinar o feixe institucional-valorativo da relação familiar a uma mera e lhana tutela da «saúde». A tutela deve abranger não só a “saúde” mas outros valores integrantes do relacionamento familiar e devem segregar laços relacionais dotados de uma natureza e solidariedade específica e singular.

Qh: Qual tem sido a evolução do conceito de maus tratos para o de violência doméstica em termos jurisprudenciais?

1h: O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30 de outubro de 2019 defende que “Em relação ao bem jurídico protegido por esta incriminação, (...) 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 n.º 1 do artigo 152.º.”; “O crime de violência doméstica é um crime específico, que pressupõe a existência de relação entre o agente e o sujeito passivo/vítima (...); “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.”

2h: O Acórdão de 09-01-2018, do Tribunal da Relação de Évora refere sobre a violência doméstica: “A descrição típica esgota-se na inflicção 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.”

3h: O Acórdão de 26-09-2017, do Tribunal da Relação de Évora esclarece que “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 (...)” e “(...) 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.”.

Qi: Como se delimita os casos em que a conduta integra o 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?

1i: A solução está no conceito de maus tratos, sejam eles físicos ou psíquicos.

2i: No código penal de 1982, o artigo 153.º continha a epígrafe maus tratos ou sobrecarga de menores e de subordinados ou entre cônjuges.

3i: Com a reforma de 1995 (DL 49/95), passou a constar do artigo 152.º com a epígrafe maus tratos ou sobrecarga de menores de incapazes ou do cônjuge, tendo-se eliminado o requisito da malvadez ou egoísmo fazendo-se desaparecer o dolo específico.

4i: A reforma de 1998 (L 65/98) consagrou no artigo 152.º com a epígrafe maus tratos e infracção de regras de segurança e procedeu a alterações a nível do procedimento no que tange ao Ministério Público.

5i: Com a L 7/2000 o crime passa a ser de índole pública.

6i: Na reforma de 2007 (L 59/2007) deu-se uma das maiores alterações consagrando-se no artigo 152.º o crime de violência doméstica, que foi autonomizado dos crimes de maus tratos (art. 152.º-A) e do crime de violação de regras de segurança (art. 152.º-B). E consagrou-se a desnecessidade de reiteração.

7i: A L 19/2013 acrescentou na alínea b), do n.º 1 a relação de namoro alargando o âmbito do crime.

8i: Por último a L 44/2018 subdividiu o n.º 2 em duas alíneas consagrando matéria nova na alínea b) (difusão através da Internet...).

9i: O fenómeno da violência doméstica deu, recentemente, origem à L 80/2019, de 2/9 disciplinando a formação obrigatória dos magistrados em direitos humanos e violência doméstica.

Qj: Como deve ser determinado o bem jurídico protegido?

1j: A doutrina evidencia uma posição dominante que é sufragada por Américo Taipa de Carvalho, na anotação ao artigo 152.º, do código penal. O autor defende que a *ratio* do tipo não está na proteção da comunidade familiar, conjugal, educacional ou laboral mas sim na proteção da pessoa individual e da sua dignidade humana. A saúde é um bem

jurídico complexo que abrange a saúde física, psíquica e mental, sendo que a saúde pode ser afetada por uma multiplicidade de comportamentos que impedem o saudável desenvolvimento da personalidade afetando a dignidade pessoal dos sujeitos.

Qk: A dignidade da pessoa humana encontra-se abrangida no bem jurídico a proteger pela norma do artigo 152.º, do código penal?

Ak: As posições da doutrina e da jurisprudência alargaram o objeto da tutela do crime de violência doméstica à dignidade da pessoa humana.

1k: Augusto Silva Dias defende que este crime visa proteger a integridade corporal, a saúde física e psíquica e dignidade da pessoa humana.

Ql: A integridade pessoal encontra-se abrangida no bem jurídico a proteger pela norma do artigo 152.º, do código penal?

1l: Moreira das Neves (2010) defende que a violência doméstica inclui condutas que se consubstanciam em violência ou agressividade física, psicológica, verbal e sexual, pelo que, o bem jurídico é a integridade pessoal. A ser apenas a tutela da saúde (física e psíquica) a proteção ficaria aquém da dimensão que a Constituição dá a este tipo de direitos.

Qm: E quanto à integridade física e psíquica, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual e a honra?

1m: Paulo Pinto de Albuquerque discorda da posição maioritária na doutrina e jurisprudência nacionais, entendendo que “os bens jurídicos protegidos pela incriminação são a integridade física e psíquica, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual e até a honra”.

Qn: Como é que a jurisprudência enquadra a questão do bem jurídico?

1n: O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de junho de 2016 (processo n.º 125/15.8PHNST.S1) refere que o bem jurídico abrange uma panóplia de bens jurídicos, de natureza complexa, tais como a saúde física e mental, a liberdade, e a liberdade sexual.

2n: O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13 de setembro de 2018 (processo n.º 372/17.8PBLRS.L1.S1) menciona que o bem jurídico protegido é a saúde – bem jurídico complexo que abrange a saúde física, psíquica e mental. Este bem jurídico pode ser afectado por uma multiplicidade de comportamentos que dificultam o saudável desenvolvimento da personalidade e afetam a dignidade pessoal.

3n: O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30 de outubro de 2003 (processo n.º 3252/03) considerou que o bem jurídico protegido pela incriminação é, em geral, o da dignidade humana e, em particular o da saúde, que abrange o bem-estar físico, psíquico e mental podendo esta ser afetada por qualquer espécie de comportamento que afeta a dignidade pessoal.

4n: No acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 5 de novembro de 2008 (processo n.º 2504/3ª secção) o bem jurídico protegido é a integridade física, a saúde e a dignidade, enquanto pessoa humana.

5n: O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de março de 2009 (processo n.º 236/09-3ª secção) declarou que o crime de violência doméstica protege a saúde física e mental do cônjuge, sendo que esse bem pode ser violado por todo o comportamento que afecte a dignidade pessoal daquele, designadamente, por ofensas corporais simples.

6n: O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 9 de março de 2017 (processo n.º 1006/15.OJABRG.G1.S1-5ª secção) declara que o arguido consumou, no crime de violência doméstica, a lesão de bens de elevado significado pessoal e social como a integridade psíquica, a liberdade e a honra.

An: Das posições (doutrina e jurisprudência) elencadas defendemos a que entende que o bem jurídico protegido é a “a integridade corporal, a saúde física e psíquica e dignidade da pessoa humana.” O bem jurídico protegido não pode ser só a preservação da integridade física dos membros do agregado familiar, mas também a preservação de um sentido institucional de solidariedade e respeito interpessoal, que estando contido na salvaguarda do respeito pela integridade física, está para além desse patamar de valorações.

Qo: Como deve ser determinada a medida da pena?

1o: Pode dizer-se que com a pena o sistema pretende negar a negação consumada pelo agente de um preceito social válido.

2o: Segundo Claus Roxin, a pena “só resulta legítima quando é preventivamente necessária e, ao mesmo tempo, é justa no sentido de que evita ao autor qualquer carga que vá além da culpabilidade do facto”.

3o: Bacigalupo entende a culpabilidade como “culpabilidade do facto” a qual deve atender a uma ponderação geral da personalidade. Para a individualização da pena este

juízo deve excluir referências à conduta anterior ao facto (sobretudo penas sofridas), a perigosidade do carácter do autor assim como a conduta posterior ao facto.

4o: Günther Jakobs defende que “a transgressão da norma constitui em maior ou menor medida uma perturbação da confiança da generalidade na validade da norma”.

5o: O artigo 71.º, n.º 1, do código penal estabelece que "a determinação da pena dentro dos limites definidos na lei é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção".

Ao: Na individualização da pena o juiz desempenha uma tarefa mediadora, construtiva e constitutiva das reacções penais ajustadas ao caso e convincentes da sua justeza.

Qp: O que deve ser considerado na determinação da medida concreta da pena?

1p: 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.

2p: A intensidade do dolo ou negligência;

3p: Os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram;

4p: As condições pessoais do agente e a sua situação económica;

5p: A conduta anterior ao facto e posterior a este;

6p: A falta de preparação para manter uma conduta lícita.

7p: Winfried Hassemer defende que “na decisão de determinar a pena são relevantes: a culpabilidade do sujeito; os efeitos da pena...; os 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”.

8p: Na jurisprudência alemã defende-se “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...”.

Ap: Os crimes perpetrados pelo arguido ofendem valores que devem assegurar um viver inter pessoal embasado no respeito por pessoas que compartilhem um feixe comum e inextrincável de relacionamentos específicos.

Aq: O tribunal recorrido justificou a sanção em virtude da reiterada e consistente actuação de aviltamento, depreciação, humilhação e desconsideração física, psíco-

emotiva, tanto pessoal, familiar e sexual levada a efeito e perpetrada, durante cerca de 25 (vinte e cinco) de vivência comum com a ofendida.

Ar: O recorrente Ministério Público reclama uma pena mais elevada por considerar que só dessa forma se preserva a integridade da norma violada e se alcança o merecimento pessoal de desvalor da conduta reiterada ao longo dos 25 (vinte e cinco) anos.

Qs: Que ações do agente devem ser consideradas para uma avaliação dos valores ético-jurídicos violados?

1s: O arguido colheu e viveu com a ofendida num ambiente emotivo-psicológico depauperado e desconsiderado, decorrente de um quadro de depreciação, distonia e discrasia funcional-familiar.

2s: O arguido manteve uma relação de humilhação e sujeição da ofendida como o evidenciam o modo como se lhe dirigia, menoscabando-a e aviltando-a como ser humano, depreciando-a e desdourando-a como mãe dos filhos e ameaçando-a para a sua continuidade em casa se não se ativesse e observasse os desejos e injunções que ele lhe ditava e exigia.

3s: O ambiente vivido pela ofendida terá sido de total sujeição e submissão, apática e passiva, aos ditames, caprichos e injunções pessoais do arguido.

4s: O arguido manteve uma atitude de ascendência terrificante e dominadora sobre a ofendida, exolindo-a da sua dignidade pessoal e familiar e reconduzindo-a a uma condição de inferioridade e menoridade intelectual e racional-social.

As: Somos de entender que a pena a impor pelo crime de violência doméstica perpetrado na pessoa da ofendida B deve ser agravado para os 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses.

Qt: Como deve ser determinada a pena única?

1t: O artigo 77.º, do código penal, ordena a qualificação de uma pena conjunta ou unitária que abranja a totalidade dos ilícitos praticados, com consideração pelos factos e a personalidade do agente.

2t: O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 1 de julho de 2015 determina que a pena conjunta deverá ser encontrada em consonância com as exigências gerais de culpa e prevenção.

3t: Figueiredo Dias esclarece que além dos critérios gerais de medida pena contidos no artigo 72.º, do código penal deve considerar-se um critério especial que se consubstancia na consideração conjunta dos factos e da personalidade.

4t: O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13 de setembro de 2006 decidiu que o sistema de punição do concurso de crimes consagrado no artigo 77.º, do código penal, “rejeita uma visão atomística da pluralidade de crimes e obriga a olhar para o conjunto – para a possível conexão dos factos entre si e para a necessária relação de todo esse bocado de vida criminosa com a personalidade do seu agente. Fundamental na formação da pena conjunta é, assim, a visão de conjunto, a eventual conexão dos factos entre si e a relação “desse bocado de vida criminosa com a personalidade.”

5t: Jeschek refere que a pena global se determina como acto autónomo de determinação penal com referência a princípios valorativos próprios. Deverão equacionar-se em conjunto a pessoa do autor e os delitos individuais o que requer uma especial fundamentação da pena global.

6t: A ponderação abrangente da situação global das circunstâncias específicas é imposta, além do mais, pela consideração da dignidade do cidadão que é sujeito a um dos actos potencialmente mais gravosos para a sua liberdade.

7t: Uma pena adequada é aquela que é proporcional à gravidade do crime cometido. Torna-se fundamental a necessidade de ponderação entre a gravidade do facto e a gravidade da pena. Ao cometer um crime, o agente incorre na sanção do Estado no exercício do seu direito de punir ao mesmo tempo que esta sanção importa uma limitação de sua liberdade.

8t: O princípio da proporcionalidade implica invadir o menos possível a esfera de liberdade do indivíduo, isto é, ser intrusivo apenas na medida do estritamente necessário à finalidade da pena.

9t: A ideia da proporcionalidade não pode ser separada de considerações sobre a finalidade e função da pena.

10t: Refere Norbierto Barranco que se deve aceitar o critério da proporcionalidade pois o direito penal foca a sua atenção na prevenção de comportamentos e maior ênfase na prevenção é imbricada quanto maior a importância do interesse a ser protegido.

11t: Ferrajoli salienta a noção de gravidade do crime quer em termos de critérios para a sua quantificação quer em termos que definem os limites da pena.

12t: Gimbemat defende que as sanções em direito penal fixam-se a partir do valor do bem jurídico protegido e da natureza culposa ou dolosa do delito da conduta que lesou aquele bem.

At: A proporcionalidade entre a dimensão da pena e a gravidade do crime é um princípio geral que admite uma pluralidade de perspectivas. Sendo o direito penal entendido como a protecção de direitos legais que defendem o desenvolvimento pessoal, daí decorre que quanto mais valor é dado a cada um deles, maior o esforço que deve ser incrementado para garantir a sua salvaguarda.

Au: Para muitos Autores o princípio da proporcionalidade radica na necessidade protecção dos bens jurídicos e no princípio da culpa pois que é necessária a existência duma proporção entre a ameaça penal e a danosidade social do facto.

1u: A proporcionalidade entrecruza-se com as ideias de justiça e com a lógica da utilidade do protecção jurídico-penal e respeito pelos valores sociais.

2u: Santiago Mir Puig, defende que a proporcionalidade deve ser baseada na nocividade social do facto cujo pressuposto é a afirmação da validade das regras da consciência colectiva. Mir Puig observou que a proporcionalidade é necessária para o funcionamento adequado de prevenção general.

Av: Neste contexto a proibição de excesso tem uma importância determinante.

Qw: Porquê?

1w: Refere Anabela Rodrigues que a finalidade de prevenção geral é limitada pela referência ao bem jurídico.

2w: O critério principal para valorar a proporção da intervenção penal é o da importância do bem jurídico protegido porquanto a sua garantia é o principal fundamento da referida intervenção.

3w: A vivência jurídica num Estado de Direito Democrático terá de estar ancorada nos princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança. O princípio da segurança jurídica, enquanto imbricado no princípio do Estado de Direito Democrático, comporta a ideia da previsibilidade que, no essencial se “reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos”.

4w: A propósito da “segurança jurídica” e da “protecção da confiança” refere o J.J. Gomes Canotilho que “... a segurança jurídica está conexionada com elementos

objectivos da ordem jurídica - garantia da estabilidade jurídica, segurança de orientação e de realização do direito - enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. (...)”.

Aw: A dignidade da pessoa é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano. Implica um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa contra qualquer acto que o confrontem. A mesma dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida quando os cidadãos sejam atingidos por um tal nível de instabilidade jurídica que não permitam, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar no Estado e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas.

1x: O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27 de Fevereiro de 2013 declara “Nos termos do artigo 77.º, n.º 1, do Código Penal, o agente do concurso de crimes (...) é condenado numa única pena, em cuja medida são considerados, em conjunto, os factos e a personalidade do agente”.

Ax: Na consideração da personalidade deve ser ponderado o modo como a personalidade se projecta nos factos ou é por estes revelada, ou seja, aferir se os factos traduzem uma tendência desvaliosa, ou se se reconduzem a uma pluriocasionalidade que não tem raízes na personalidade do agente.

1x: Maurach, Gossel e Zipf referem que a pena conjunta deve formar-se mediante uma valoração completa da personalidade do autor e das diversas penas parcelares. Para a determinação da dimensão da pena conjunta o decisivo é que se obtenha uma visão conjunta dos factos; a maior ou menor autonomia a frequência da comissão dos delitos; a diversidade ou igualdade dos bens jurídicos protegidos violados.

2x: Também Jeschek defende que deve equacionar-se em conjunto a pessoa do autor e os delitos individuais o que requer uma especial fundamentação da pena global.

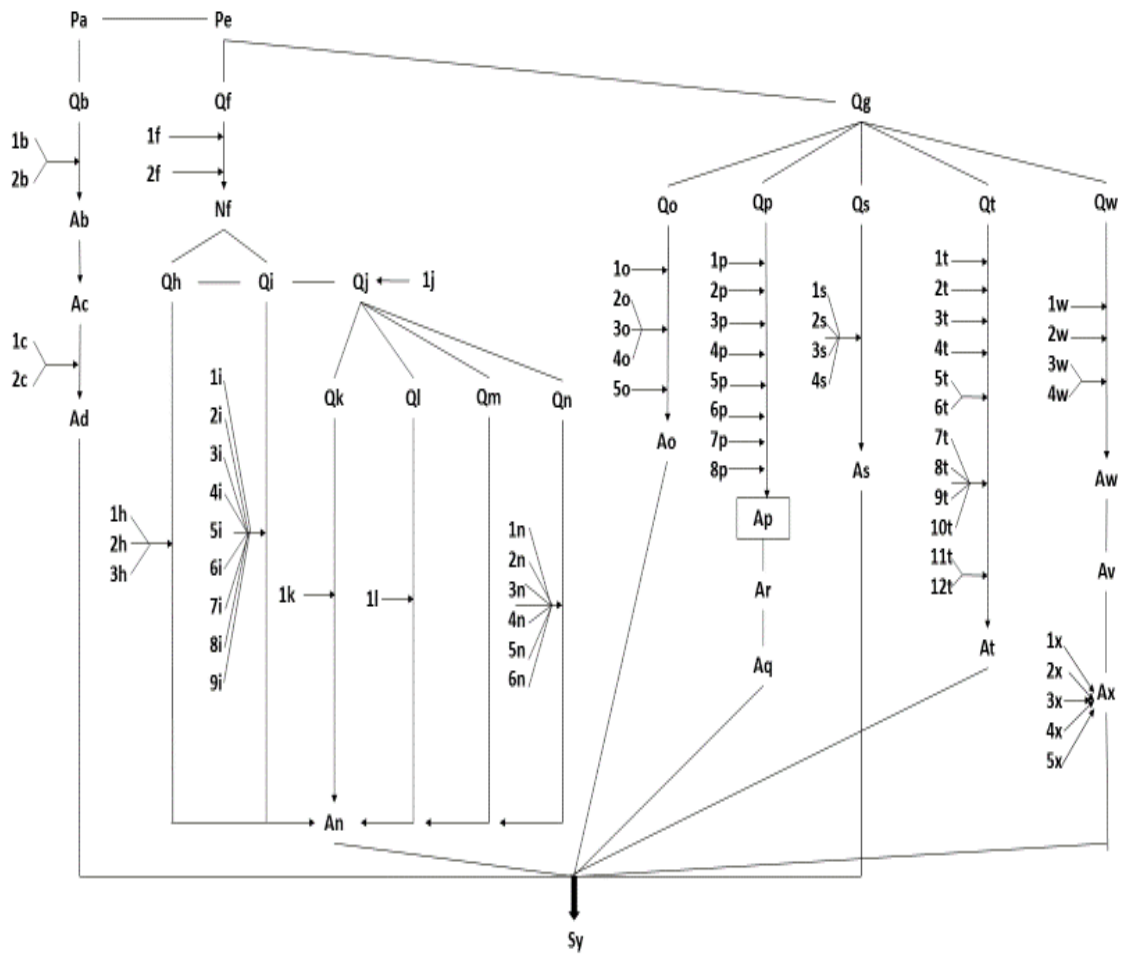
3x: A aplicação e a interacção das regras do artigo 77.º, n.º 1, do código penal convocam critérios de proporcionalidade material na fixação da pena única. Também exigem proporcionalidade e proibição de excesso em relação aos fins na equação entre a gravidade do ilícito global e a amplitude dos limites da moldura da pena conjunta.

4x: Defende Aharon Barak que a regra básica de ponderação e construção ou encontro da harmonia e do equilíbrio (*balancing*) de direitos e razões (proporcionalidade) está na “importância social marginal” dos valores ou posições em confronto.

5x: É necessário um exercício de ficção que considere a danosidade individual e social das condutas, os efeitos que as ações ilícitas ocasionam na confiança dos cidadãos, a culpa das ações típicas e as consequências/efeitos que é possível detetar/prever nas vivências futuras dos envolvidos.

Sy: A pena mínima apurada foi de 4 anos (a pena concreta mais alta a que foi condenado) e a pena máxima foi de 14 anos (a soma de todas as penas parcelares a que foi condenado). Com as indicadas molduras – mínima e máxima – achamos ajustada a irrogação de uma pena única de 8 (oito) anos de prisão, alterando-se assim a decisão recorrida.

(iii) Esquema da linha de argumentação



STJ - processo n.º 86/18.1GBTCS.C1.S1

(iv) Análise dos argumentos e razões justificativas

A sentença demonstra uma linha de argumentação jurídica construída a partir de dois problemas interligados: a análise factual e a análise da medida da pena (parcelar e única). Enquanto o primeiro problema (os factos) é, rapidamente, resolvido, já o segundo (a medida da pena) reflete a elaboração de um conjunto de vários argumentos com vista a justificar a decisão final do tribunal, que foi a agravação da condenação.

Nesta decisão é interessante salientar que, apesar de não divergir do habitual modelo formal do silogismo subsuntivo, são equacionadas várias questões controvertidas na análise de argumentos com natureza material. O primeiro argumento – que trata de negar que não é necessário autonomizar os factos provados em relação a cada delito praticado – é justificado através de razões de carácter empírico (**1c** e **2c**) e teórico (**1b** e **2b**). A sustentação do argumento podia ter sido mais consistente se fizesse uso do elenco dos factos provados oferecendo razões de natureza empírica para a desnecessidade de individualização dos factos no que concerne a infligência de maus tratos no ambiente doméstico e a coação exercida sobre a ofendida para a prática de atos sexuais com terceiros. Ou seja, se o tribunal não tem dúvidas quanto às premissas fácticas o raciocínio ficaria mais claro se a subsunção fáctica enunciasse de que modo considera que os factos caem na previsão da norma aplicável, isto é, na tipologia do artigo 152.º, do código penal, o que resulta mais ou menos claro em **Ad**.

O que nos suscita maior interesse de análise, sob o ponto de vista da argumentação material refere-se aos vários argumentos que sustentam a agravação da pena do agente. O julgador defende que a proteção do bem jurídico tutelado pela norma penal da violência doméstica não deve ater-se, apenas, à saúde física e mental, mas também deve abranger “valores integrantes do relacionamento familiar e devem segregar laços relacionais dotados de uma natureza específica e singular”. As razões que sustentam esta justificação radicam nos habituais enunciados doutrinários (**Qh** – **1h** – **2h** – **3h**) e jurídicos (**Qi** – **1i** – até **9i**). Quer dizer estes valores, a que o tribunal se refere, podem são retirados de um exercício racional que valora o caminho evolutivo (em termos legislativos) do crime de violência doméstica.

Toda a argumentação construída em torno da agravação da pena, nesta sentença, reflete aquilo que Atienza (2004, p. 151) defende como “uma norma penal faz

algo mais do que qualificar uma conduta como obrigatória, proibida, permitida ou indiferente.” Ou seja, na norma penal existe o elemento diretivo e o elemento valorativo. Neste particular esta decisão judicial permite retirar dos seus argumentos o valor que é assignado à norma penal. Em **Ao** declara-se a ideia de justiça da pena que comporta uma valoração – a de que a pena não pode ultrapassar a medida da culpa. E, **Ap** afirma-se que os valores se encontram subjacentes a uma relação de intimidade, quer dizer, a relação de intimidade existe porque se verifica uma ligação íntima entre duas pessoas, que se desenvolve em função desse especial vínculo. A ação do agente é desvaliosa em relação a esses valores específicos quando se trata de “uma relação de humilhação” (**2s**), de um “ambiente de... total sujeição e submissão apática e passiva...” (**3s**) ou uma “atitude de ascendência terrificante e dominadora sobre a ofendida.” (**4s**). Ou seja, o tribunal retira da conceção valorativa a justificação para o agravamento da pena do crime de violência doméstica que passou para os 4 (quatro) anos. Com uma argumentação jurídica que apela à natureza valorativa (e também imperativa) da norma (violência doméstica) é caso para indagar sobre a sua dimensão valorativa. Neste caso o valor aparece mesurado pelo desvalor da ação do agente, isto é, por condutas que atentam contra a saúde física e psíquica. O argumento, assim enunciado, parece sugerir que além do caráter imperativo da norma, existe uma perspetiva valorativa que não pode deixar de ser considerada na determinação da medida da pena. Alinhado neste raciocínio, parece-nos legítimo aceitar que a dimensão valorativa da norma do artigo 152.º, do código penal, não pode deixar de ser invocada em outras situações problemáticas, levantadas em casos anteriores. É o caso do concurso aparente e do concurso efetivo, ou a questão da intensidade do dano, ou da determinação das responsabilidades parentais em contexto de violência doméstica.

A dimensão valorativa da norma do artigo 152.º, do código penal permite reconhecer que a regra foi formulada tendo em conta uma realidade social que afeta muito mais as mulheres do que os homens. E sob este ponto de vista significa que a regra comporta uma dimensão de género que não pode ser ignorada na construção do argumento, quando o seu comando imperativo é aplicado ao caso concreto. Há, portanto, um verdadeiro sentido pragmático da regra que urge sublinhar na construção de um sentido de argumentos jurídicos.

Outro aspeto material presente nesta decisão judicial diz respeito ao argumento construído para a definição concreta da medida da pena única. O julgador sedimenta o seu raciocínio em enunciados jurídicos, jurisprudenciais e doutrinários. O princípio da proporcionalidade é usado como uma razão **(7t)** para determinar a pena adequada que será aquela que é proporcional à gravidade do crime. Depois de enunciar diversos entendimentos doutrinários o tribunal defende que “sendo o direito pena entendido como a proteção de direitos legais que defendem o desenvolvimento pessoal... quanto mais valor é dado a cada um deles, maior o esforço... para garantir a sua salvaguarda.” **(At)**. O sentido de proporcionalidade na aplicação da medida da pena **(Au – 1u – 2u)** está ligado à ideia de “nocividade do facto social” – ideia de que o crime lesa a coletividade – e proteção do bem jurídico. Neste raciocínio a proporcionalidade está ligada “à dignidade da pessoa que é uma qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano.” Esta assunção leva o tribunal a usar a técnica da ponderação – razões em **1x – 2x – 3x e 4x)** para justificar que a personalidade do agente deve ser ponderada através dos factos, da sua tendência para as condutas desvaliosas serem ocasionais ou frequentes. Esta opção implica, necessariamente, uma técnica interpretativa e, novamente, aferir o valor – ou, no caso concreto, o desvalor das ações face ao que impõe a regra.

Há um aspeto que entendemos continuar a ser abordado de forma deficiente. Trata-se do valor agregado à dignidade humana. O tribunal reconhece que o bem jurídico protegido não pode radicar apenas na saúde física e mental, uma vez que o valor atribuído ao vínculo especial que une duas pessoas é muito específico e exige dos agentes um respeito incontornável pela liberdade e autodeterminação de cada um deles. Parece que neste argumento o conteúdo da dignidade humana pode ser aferido através deste vínculo especial afetivo entre os sujeitos. Neste particular aspeto é um sentido diferente da dignidade humana como valor presente em todos os crimes contra as pessoas. É que o desvalor da ação é tanto maior quanto mais próximo for o vínculo especial que une os dois sujeitos.

A argumentação jurídica desta sentença demonstra que a dimensão valorativa da norma penal não pode ser dissociada da sua dimensão imperativa (Atenza, 2004), podendo uma e outra operar como justificação da decisão. Na próxima decisão analisamos uma sentença que estabelece critérios de aplicabilidade diametralmente

opostos. Vejamos a técnica utilizada para afastar a aplicabilidade da norma da violência doméstica.

Caso 27

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de outubro de 2019 (processo n.º 39/16.4TRGMR.S2)

(i) Narração sumária do caso

O arguido **A** é um juiz de direito que foi submetido a julgamento no Tribunal da Relação, tendo sido condenado a uma pena de prisão de um ano e seis meses, suspensa na sua execução, pela prática de um crime de violência doméstica. O arguido **A** manteve uma relação amorosa com a ofendida **B**, entre 2007 e 2011, finda a qual dirigiu a esta uma quantidade de mensagens com insultos. Ou seja, está em causa a discussão de um eventual crime de violência doméstica cometido por meio do envio de mensagens eletrónicas. Não obstante os vários problemas que são levantados no recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, iremos apenas debruçar-nos sobre a questão que invoca a integração (ou não) dos factos provados no tipo de violência doméstica e as razões atinentes à sua aplicabilidade/afastamento.

(ii) A linha de argumentação jurídica

Pa: Os factos provados integram o crime de violência doméstica?

1b: O crime de violência doméstica encontra-se previsto no artigo 152.º, do código penal, retirando-se da sua leitura as múltiplas alterações que sofreu ao longo do tempo. Estamos perante um tipo de elevada complexidade onde mergulham diversas conceções de sociedade e de família.

2b: O crime começou por ser consagrado na versão originária do código penal, de 1982, no artigo 153.º, com a epígrafe *maus tratos ou sobrecarga de menores e de subordinados ou entre cônjuges*.

3b: Com a reforma de 1995 (DL 49/95), passou a constar do artigo 152.º, com a epígrafe *maus tratos ou sobrecarga de menores de incapazes ou do cônjuge*, tendo-se eliminado o requisito da malvadez ou egoísmo fazendo-se desaparecer o dolo específico.

4b: A reforma de 1998 (L 65/98) consagrou no artigo 152.º, os *maus tratos e infracção de regras de segurança* e procedeu a alterações a nível do procedimento no que tange ao Ministério Público.

5b: Com a reforma de 2007 (L 59/2007) deu-se uma das maiores alterações consagrando-se no artigo 152.º o crime de *violência doméstica*, que foi autonomizado do crime de *maus tratos* (artigo 152.º-A) e do crime de *violação de regras de segurança* (artigo 152.º-B). E consagrou-se a desnecessidade de reiteração.

6b: A L 19/2013 acrescentou na alínea *b*) do n.º 1 a *relação de namoro*.

7b: Por último, a L 44/2018 subdividiu o n.º 2 em duas alíneas consagrando matéria nova na alínea *b*) (difusão através da *Internet...*).

8b: A última legislação sobre a violência doméstica foi concretizada na L 80/2019, de 2 de setembro, que altera a Lei do CEJ, disciplinando a formação obrigatória dos magistrados em direitos humanos e violência doméstica.

Ab: Um sinal da complexidade do crime violência doméstico está na determinação do *bem jurídico* protegido pelo mesmo.

Qc: Qual a posição da doutrina?

1c: A posição dominante é sufragada por Américo Taipa de Carvalho, na sua anotação ao artigo 152.º, do código penal. “A *ratio* do tipo não está, pois, na protecção da comunidade familiar, conjugal, educacional ou laboral, mas sim na protecção da pessoa individual e da sua dignidade humana. (...) O bem jurídico protegido por este tipo de crime é a saúde - bem jurídico complexo que abrange a saúde física, psíquica e mental”. Esta posição conta com a concordância de inúmeros autores/autoras.

2c: O objeto de tutela do crime de violência doméstica reconduz à dignidade da pessoa humana. Neste sentido, Augusto Silva Dias defende que este crime visa proteger a integridade corporal, a saúde física e psíquica e dignidade da pessoa humana.

3c: José Francisco Moreira das Neves conclui que o bem jurídico é a integridade pessoal, uma vez que a tutela da saúde, abrangendo a saúde física, psíquica e mental, “ficará aquém da dimensão que a Constituição dá aos direitos que este tipo de ilícito visa tutelar”.

4c: Paulo Pinto de Albuquerque discorda da posição maioritária na doutrina e jurisprudência nacionais, entendendo que “os bens jurídicos protegidos pela incriminação são a integridade física e psíquica, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual e até a honra”.

5c: André Lamas Leite tem um posicionamento diferente do tradicional e dominante. “O bem jurídico protegido por esta incriminação é, por natureza, múltiplo, reconduzindo-se à integridade pessoal e o livre desenvolvimento da personalidade (...)”.

Qd: E qual é a posição da jurisprudência?

1d: No acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de junho de 2016, refere-se “O crime terá como bem jurídico a proteger, no descritivo típico, segundo alguns, uma panóplia de bens jurídicos, emprestando-lhe natureza complexa, como a saúde física e mental, a liberdade, na sua projecção individual, sexual; para outros a dignidade da pessoa humana, o da dignidade em geral e, em particular, a sua saúde.

2d: No acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13 de setembro de 2018 (processo n.º 372/17.8PBLRS.L1.S1) diz-se que “o bem jurídico protegido por este tipo de crime é a saúde – bem jurídico complexo que abrange a saúde física, psíquica e mental, e bem jurídico este que pode ser afectado por toda a multiplicidade de comportamentos que impeçam ou dificultem o normal e saudável desenvolvimento da personalidade da criança ou do adolescente, agravem as deficiências destes, afectem a dignidade pessoal do cônjuge, prejudiquem o possível bem-estar dos idosos ou doentes, ou sujeitem os trabalhadores a perigos para a sua vida ou saúde”.

3d: Diversos arestos do Supremo Tribunal de Justiça, como por exemplo o acórdão de 30 de outubro de 2003 (processo n.º 3252/03 - 5.ª) considera-se que “O bem jurídico protegido pela incriminação é, em geral, o da dignidade humana, e, em particular, o da saúde, que abrange o bem-estar físico, psíquico e mental, podendo este bem jurídico ser lesado, no âmbito que agora importa considerar, por qualquer espécie de comportamento que afecte a dignidade pessoal do cônjuge e, nessa medida, seja susceptível de pôr em causa o supra referido bem-estar”.

4d: No acórdão de 5 de novembro de 2008 o bem jurídico protegido na incriminação era a *pessoa* do cônjuge (ou equiparado), a sua integridade física, a sua saúde e a sua *dignidade*, enquanto pessoa humana, e não a instituição familiar.

5d: No acórdão de 12 de março de 2009 (processo n.º 236/09 - 3.ª Secção) considera-se que no crime protege-se a saúde física e mental do cônjuge, sendo que esse bem pode ser violado por todo o comportamento que afecte a dignidade pessoal daquele, designadamente, ofensas corporais simples.

6d: No acórdão de 09 de março de 2017 (processo n.º 1006/15.0JABRG.G1.S1 - 5.ª Secção) declara-se que “consumou no crime de violência doméstica a lesão de outros bens de elevado significado pessoal e social como são a integridade psíquica, da liberdade e até a honra. O que evidencia, na imagem global do facto, um traço da sua personalidade que é o da falta de contenção para a ofensa de bens jurídicos de carácter pessoal”.

7d: No acórdão de 20 de abril de 2017, (processo n.º 2263/15.8JAPRT.P1.S1, da 5.ª Secção) consta: “Na identificação e caracterização dos bens jurídicos protegidos no crime de violência doméstica generalizadamente, se apontam como carecidas de protecção a saúde e a dignidade da pessoa entendida esta numa dimensão garantística da integridade pessoal contra ofensas à saúde física, psíquica emocional ou moral da vítima embora no estrito âmbito de uma relação de tipo intra-familiar pois é a estrutura “família” que se toma como ponto de referência da normatização acobertada nas alíneas a) a d) do n.º 1 do art. 152.º (...) A violência doméstica pressupõe um contacto relacional perdurável no seio dessa estrutura de tipo familiar; pressupõe também uma contundente transgressão relativamente à esfera de autonomia da vítima; (...)”.

Ad: Podemos concluir que o bem jurídico protegido é a saúde, nas suas várias vertentes, também como emanção da própria dignidade da pessoa humana.

Qe: Que ideias fundamentais podem ser alinhavadas em relação ao crime de violência doméstica?

Ae: Estamos perante um crime de relação, dado que existe um traço de união entre a vítima e o arguido, derivada do casamento, ou relação análoga, de namoro, ou de coabitação. Um crime em que o bem jurídico protegido é plural e complexo e que tem na sua base (cfr. a redacção do n.º 1 do artigo 152.º) o conceito nuclear de maus tratos (físicos ou não físicos), que o distingue de outras infracções (integridade física, ameaça, perseguição, injúria, difamação).

Af: Nem toda a ofensa à integridade física, por exemplo, ocorrida no seio de uma relação, integrará, necessária e forçosamente, um crime de violência doméstica, que o legislador tipificou em norma própria. Há que ponderar se é lesado o bem jurídico protegido pelo crime de violência doméstica e se a conduta integra a noção de maus tratos.

Qg: O que deve entender-se por maus tratos?

Ag: Os *maus tratos*, como se espelha na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, acima transcrita, e da doutrina a seguir mencionada, hão-de assumir-se em lesões graves, intoleráveis, brutais, pesadas.

1g: Nuno Brandão refere que “(...) julgo que lhes falta ainda uma clara vinculação ao bem jurídico. (...) Daí que me pareça sempre de exigir que o comportamento violento, visto em toda a sua amplitude, seja um tal que, pela sua brutalidade ou intensidade ou pela motivação ou estado de espírito que o anima, seja de molde a ressentir-se de modo indelével na saúde física ou psíquica da vítima.”

2g: André Lamas Leite defende que “Os «maus tratos físicos ou psíquicos» devem, a nossos olhos, ser interpretados como *lesões graves, pesadas da incolumidade corporal e psíquica do ofendido*, diríamos que no campo de tensão entre os tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos e a tutela da integridade física e moral.”

3g: Inês Fonseca Mendes argumenta que, usualmente, é um crime que se comete de forma reiterada. “Neste sentido, podemos distinguir dois vectores: o da habitualidade e o da intensidade dos actos. Seja um acto isolado ou reiterado, se se verificar que apreciado à luz da intimidade do lar, coloca em sério risco a vida em comum, por reconduzirem a pessoa ofendida a vítima, de forma permanente, ou não, a um tratamento incompatível com a sua dignidade e liberdade, encontramos preenchido o tipo de violência doméstica.”

Ah: O que está em causa e em discussão é o cometimento de um eventual crime de *violência doméstica* (artigo 152.º, n.º 1, alínea *b*), do código penal) cometido por meio de envio de *mensagens electrónicas*, que tiveram lugar na fase da separação definitiva do casal e imediatamente após a consumação da mesma.

1i: A matéria fáctica provada evidencia *quatro momentos temporais distintos* onde constam diversas mensagens e emails enviados pela assistente ao arguido, reveladores da linguagem utilizada pelo casal.

2i: O arguido não aceitou o fim da união de facto com a assistente e pretendia o seu reatamento. Tal circunstância motivou, por parte do mesmo, o envio à assistente de mensagens ora de amor ora ofensivas.

3i: A decisão recorrida entendeu que se verificava o crime de violência doméstica pois “o facto de ter resultado provado que em datas muito anteriores ao período temporal em que se verificou o envio pelo arguido à assistente das mensagens de que se trata, a

assistente em mensagens que enviou ao arguido (designadamente, em 2009 e 2010) dirigiu-lhe expressões tais como “cadelão”, “camarinha”, “filho da puta”, “metes nojo mesmo até aos porcos”, também não leva a afastar o preenchimento do crime de violência doméstica, designadamente, por via da reciprocidade de condutas, posto que, num e noutro dos casos, estamos perante momentos divergentes, sendo grande a distância temporal que os separa.”

Ai: Não pode considerar-se “grande a distância temporal” a que separa as mensagens da assistente das mensagens do arguido. A assistente enviou entre 2009 e 2010. O arguido enviou em 2011.

Qj: O tipo de linguagem usada entre o arguido e a ofendida era recíproco?

Aj: O que ressalta da matéria de facto é que a relação entre o arguido e a assistente era pautada por troca de emails, remetidos por um e por outro, similares aos emails do arguido objecto dos presentes autos. O tipo de linguagem era recíproco.

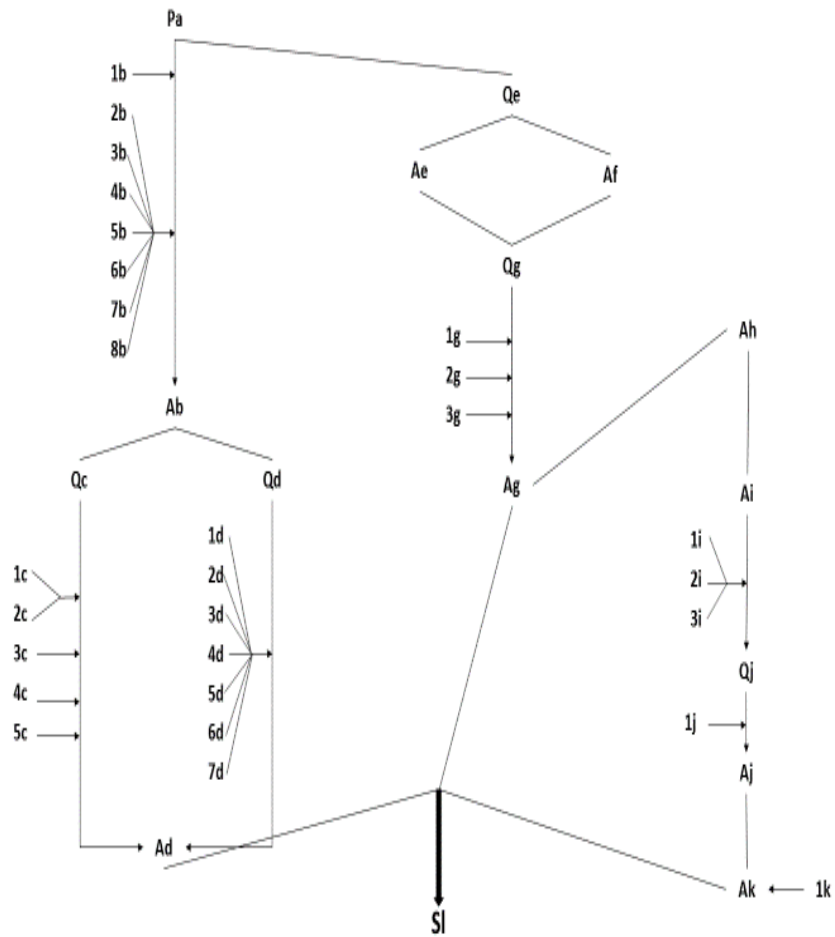
1j: o conceito de *maus tratos*, essencial no crime de violência doméstica, tem na sua base lesões graves, intoleráveis, brutais, pesadas.

Ak: Dado o tipo de linguagem utilizada pelo casal, e, no caso específico, pela própria assistente, bem expressa nas mensagens, acima transcritas, enviadas pela mesma ao arguido, não estamos perante lesões que integrem a figura jurídica dos *maus tratos*, não se verificando, por isso, o crime de violência doméstica.

1k: Da matéria fáctica verifica-se que a assistente continuou a manter contactos com o arguido após a separação definitiva (ocorrida em Julho de 2011) socorrendo-se do mesmo, e aproveitando os seus conhecimentos jurídicos, no âmbito de diversos processos judiciais.

Sl: Absolve-se o arguido da parte criminal.

(iii) Esquema da linha de argumentação



STJ - processo n.º 39/16.4TRGMR.S2

(iv) Análise dos argumentos e razões justificativas

Esta decisão do Supremo Tribunal de Justiça diz respeito a um caso de um magistrado judicial que tendo sido condenado no Tribunal da Relação acaba absolvido na parte do crime de violência doméstica, na última instância. Vamos reter-nos na argumentação do tipo material uma vez que é aquela que se verifica determinante (neste caso) para o afastamento da aplicabilidade da norma contida no crime de violência doméstica.

O conceito de maus tratos é central na determinação da aplicabilidade do crime de violência doméstica. Esta visão é repetida através de enunciados jurídicos e jurisprudenciais. Veja-se, por exemplo, o elenco de razões da decisão anterior entre **1i** – **8i** e as razões, na presente decisão, entre **1b** – **8b**. Ambos os raciocínios dão como assente que, face à evolução legislativa do crime, o bem jurídico protegido pela norma tem uma natureza complexa. A doutrina segue este alinhamento de razões, enunciadas entre **1c** e **5c**. Esta forma de entender a proteção do bem jurídico não é nova. Foi fixado um sentido para a aplicação da regra do artigo 152.º, do código penal, que é repetida, através, de argumentos (ao aduzirem razões de natureza é esta complexidade que conduz ao argumento dos maus tratos (**Qg**). E é neste ponto que gostaríamos de aduzir algumas considerações, de natureza substantiva, pois é o entendimento acerca dos maus tratos que tem levado ao afunilamento de certas condutas (as mais violentas) em detrimento de outras (menos violentas) que ocorrem no espaço doméstico.

Os maus tratos nem sempre foram entendidos da mesma forma ao longo de consagração legislativa deste tipo penal. De facto, para a sua aplicação a interpretação judicial recorre ao seu elemento literal, mas, também, ao seu *animus*. O que a evolução legislativa do crime de violência doméstica demonstra é que estes maus tratos (ocorridos no seio doméstico) herdaram características interpretativas que remeteram a mulher não só para uma categorização que a colocava numa posição inferior ao homem, mas também, como um sujeito problemático e conflituoso quando não atua de acordo com as regras sociais impostas para o seu género. O discurso judicial chegou a estar embasado no requisito de “malvadez e egoísmo”³³ para dirimir as questões dos maus tratos entre cônjuges. Este discurso judicial foi abandonado, mas subsistem sinais daquela categorização da mulher: se a mulher retribui a ofensa, não é vítima; se a mulher não sofre uma agressão, com especial intensidade, não é vítima.

Na presente decisão o que os factos provados demonstram é que a vítima já havia dirigido mensagens eletrónicas de carácter insultuoso ao arguido (entre 2009 e 2010 – 3i) e este, *a posteriori* (em 2011) veio a fazer o mesmo. Pelo que, o tribunal questiona se estas mensagens, primeiro, integram o conceito de maus tratos, segundo, se existe reciprocidade de condutas. O tribunal *a quo* considerou que, apesar das mensagens, previamente, enviadas pela mulher, a conduta do arguido integrava o tipo previsto na violência doméstica, designadamente, o envio das mensagens eletrónicas, com o teor que ficou reproduzido, não deixavam de constituir maus tratos, em especial, de natureza psicológica. Já o Supremo Tribunal de Justiça – instância de recurso – considerou que não porque se verifica a reciprocidade de condutas (Qj – Aj – 1j).

No nosso entender a reciprocidade de condutas não deve constituir uma justificação material para o afastamento da aplicabilidade da norma da violência doméstica. A reciprocidade não é uma questão muito discutida em termos jurisprudenciais³⁴ mas, genericamente, a jurisprudência entende que na reciprocidade de condutas não há lugar ao preenchimento do crime de violência doméstica. O que consideramos é que as condutas dos agentes devem ser analisadas segundo o valor (já o referimos na decisão anterior e outras) que argumentamos estar inserido no corpo da regra. Trata-se de um comando que tem subjacente a dimensão do género e este aspeto não pode deixar de ser levado em consideração. Apesar de o tribunal invocar que não existe a humilhação e subjugação da vítima, entendemos que os factos provados mostram, claramente, aquelas circunstâncias. Se analisarmos as mensagens enviadas pelo arguido verificamos que não se tratam de meros “impropérios”, como o tribunal os qualificou. Trata-se de ameaças e manifestações de poder sobre a vítima: “Tu és minha. Vai ser assim toda a vida e ninguém se vai arrepender. És minha”; “Estás muito enganada. Eu não penso que tu és maluca. Eu sei que és militante e voluntária. Mas o teu reinado acabou. Alguém te vai tirar o tapetinho dos pés.”; “Uma coisa é absolutamente certa: mais cedo ou mais tarde alguém se vai arrepender muito. Dadas as circunstâncias esse alguém não sou eu.”; “Vai-te foder, sua filha da puta.”; “O teu dever é estares na cama sempre que eu me deitar e sempre que eu acordar. Não está a cumprir com as tuas obrigações.” Já a ofendida enviou mensagens onde se verifica que dirigiu ao arguido os seguintes insultos: “Vadio”; “Cabrão”; “Ho gajo tenho de aproveitar para trabalhar e aproveitei e vim visitar o meu pai ho burro”; “Estas bem gringo”; “Então lacrau”. Na conduta do agressor pode

ser observada um conteúdo que permite determinar um sentido de propriedade sobre a ofendida – “Tu és minha” – e de ameaça – “mais cedo ou mais tarde alguém se vai arrepender. Dadas as circunstâncias esse alguém não sou eu.” Quer dizer, as condutas do arguido estão revestidas de um sentido de poder e de ameaça sobre a ofendida enquanto esta dirige um conjunto de insultos que não consubstanciam esse sentido de poder sobre o arguido.

Os maus tratos de natureza psicológica apelam ao recurso valorativo da norma do artigo 152.º, do código penal numa perspectiva de apelar à interpretação do seu *animus*. O tribunal optou por mostrar nesta argumentação o papel que se atribui ao tipo de vítima provocadora – a ofendida também enviou mensagens ofensivas e aproveitou-se dos conhecimentos jurídicos do arguido para seu benefício – e aproveitadora, considerando, a final, que as mensagens se tratavam de meros “impropérios”.

A violência nas relações de intimidade envolve vários tipos de violência que pode ser recíproca ou não (Whitaker *et all*, 2007). A norma penal da violência doméstica mostra a preocupação de retratar várias realidades complexas das relações íntimas: as conjugais, as de namoro, as análogas à dos cônjuges e aquelas que já terminaram, quer tenha havido coabitação ou não. Não se tratam de uns quaisquer sujeitos. Tratam-se de sujeitos que mantêm ou mantiverem, entre si, um vínculo específico. Por exemplo, o Supremo Tribunal de Justiça reconhece este laço quando afirma em **Ac** que estamos perante “um crime de relação que existe um traço de união entre a vítima e o arguido...”. Todo o tipo de violência, nestes contextos, deve ser considerado para aferir a posição de poder e subjugação de um sujeito tem sobre o outro.

Na linha do que defendemos no caso anterior, a aplicação da norma penal da violência doméstica exige que se, primeiro, o especial vínculo afetivo entre os indivíduos, segundo, que de acordo com uma perspectiva de género sejam avaliados os comportamentos entre os agentes de modo a perceber a posição de poder e subjugação. Este entendimento permite o enquadramento de todas as condutas violentas (sejam elas praticadas com grande intensidade ou não) deixando de lado a subjetividade inerente de conceitos como intensidade das condutas.

A doutrina classifica o crime como sendo palco de violências muito graves, deixando para outros enquadramentos as pequenas violências. Ora esta interpretação material da norma acaba por sublinhar a questão da intensidade e gravidade das agressões

infligidas e conduziu ao afastamento das questões de reciprocidade. Um sujeito que leve uma bofetada no meio de uma discussão pode sentir-se, igualmente, humilhado e desvalorizado quando comparado com um sujeito que levou uma tarefa e teve de receber tratamento médico. Este tipo de raciocínio acaba por introduzir na equação o desvalor da ação do sujeito que retribui a agressão. Se retribui é porque não é fraco. Se não é fraco é porque é forte. Se é forte e se consegue defender é porque a sua dignidade e integridade pessoal não ficam afetadas. Logo, não há preenchimento do crime. Diríamos, então, que uma das principais questões materiais da aplicabilidade da norma está não só no que determina o seu comando imperativo, mas, também, na sua dimensão valorativa.

Capítulo I

Os sentidos da racionalidade judiciária na argumentação jurídica

1. Argumentos e narrativas da decisão judicial

As narrativas judiciais têm uma importância decisiva na identificação de problemas prementes no debate político criminal. A violência doméstica afeta, sobretudo, as mulheres.³⁵ Na realidade, constitui o grupo que mais sofre no contexto das relações de intimidade acabando, com frequência, por ocorrer o feminicídio.³⁶ O conflito deixou de estar resguardado na esfera privada para ter uma visibilidade pública, o que tem exigido dos operadores judiciais a criação de medidas de luta contra a violência doméstica. É assim que tem surgido um modelo verdadeiramente reformista da política criminal no combate a esse flagelo.³⁷ É com este enquadramento de fundo que pretendemos, no presente capítulo, identificar as questões materiais que sobressaem dos enunciados justificativos das decisões judiciais de violência doméstica, ou seja, aquilo que ganha mais relevo na sua fundamentação. Assim, é incontornável debater sentidos, afinar interpretações e notar a coerência da narrativa. A enumeração dos argumentos mais proeminentes foi possível graças ao método de esquematização, modelo referencial proposto por Atienza (2013) que potenciou um olhar tridimensional sobre as decisões judiciais, assente no entendimento que a argumentação reveste uma natureza formal, material e pragmática. Os sentidos de que falamos são determinados através da construção do argumento e dizem respeito aos vários tipos de enunciados. Pelo que, se torna possível uma visão abrangente do contexto de justificação da sentença e estabelecer uma apreciação crítica com propostas de reformulação.

A narrativa é fixada a partir de um conjunto de sentidos atribuídos aos enunciados e argumentos. É, por isso, pertinente indagar se “o juiz é dotado de alguma habilidade particular – carismática? – para aceder à verdade dos factos sem grandes dificuldades” (Ibañez, 2011). Não sendo possível responder, de forma taxativa, um sim ou um não, sempre se infere que o processo de formação de convicção de um juiz resulta de um conjunto de procedimentos complexos com a finalidade de apurar a verdade (ou

a verdade possível) que conduzirão a uma decisão, supostamente a mais acertada. Esta verdade é apurada através de factos – os provados – que, no processo de tomada de decisão, deverão (ou não) ser subsumidos à norma através de argumentos a favor ou contra uma determinada tese. Podemos, pois, afirmar que todo o processo de narrativa argumentativa encerra a fixação de muitos sentidos de argumentação jurídica.

No percurso da justificação da sentença tem lugar o que Carnelutti (1958, p. 72) designa de “dinamismo do processo”. De facto, a presente investigação considera não só os mecanismos atinentes ao desenrolar da ação (por exemplo, as normas processuais, as questões relacionadas com a prova ou discussões de qualificação) como também a dinâmica argumentativa contida na interpretação e na aplicação do direito. Através desta dinâmica pretende-se levantar a hipótese de um conjunto de argumentos que constituem a narrativa (ou narrativas) judicial em torno do discurso da violência doméstica, em particular, os casos que se referem às relações de intimidade, suscitando problemáticas e soluções.

No modelo teórico que Atienza (2013) propõe na sua obra *Curso de argumentación jurídica*, enunciam-se e descrevem-se as perspetivas de análise de uma decisão judicial, assente no estudo de argumentos de natureza formal, material e pragmático. Este campo – o da justificação da sentença – permite identificar problemas de natureza argumentativa com o fim de refletir sobre eventuais – ou prováveis – soluções. Numa outra obra – *Las piezas del derecho* (2004) – o mesmo autor discorre sobre o carácter dual das normas nomeando dois tipos de enunciados presentes na mesma: o comando e a justificação. Com estas duas categorias de análise é possível indagar sobre os múltiplos sentidos da argumentação jurídica que vem sendo construída acerca da violência doméstica. O comando manda que se pense na subsunção dos factos à norma. A justificação pede que se indiquem os fundamentos de aplicação da norma. Será, portanto, de grande importância considerar os vários elementos da regra – a sua letra, a sua estatuição e o seu espírito. Na análise da fundamentação os argumentos vertidos consistem em enunciados que podem ser classificados numa tipologia diversa. A classificação mais relevante é aquela que estabelece a separação entre enunciados jurídicos e metajurídicos (Atienza, 2004).

Os argumentos e narrativas que iremos analisar de seguida, refletem as causas da violência doméstica, facto que não é alheio ao carácter, acentuadamente, reformador

da legislação. Temos, assim, as causas de caráter social e de caráter individual. Nas primeiras indicam-se razões de natureza sistêmica como a desigualdade entre os sexos, derivada da distribuição desigual do poder entre mulheres e homens, as relações de dependência entre homens e mulheres, estabelecidas a partir da crença da superioridade masculina e a tolerância da sociedade acerca da violência masculina sobre a mulher. Nas últimas, em relação a este fenômeno, podem apontar-se o consumo do álcool e drogas, situações de ansiedade, frustrações e sentimentos de inferioridade, desemprego bem como a reprodução de comportamentos observados na infância (CEJ, 2016).

Estas causas de que falamos, estão presentes na argumentação das decisões judiciais, encorpando um conjunto de argumentos e narrativas ao redor de categorias diversas quanto à aplicação do preceito normativo da violência doméstica. Os argumentos são capazes de constituir uma narrativa de sentidos (único ou diversos) que questionam o caráter reformador da lei e indagam sobre a categoria de gênero presente no momento da sua aplicação. A aplicação da norma – que está orientada para a prossecução de um certo fim – é coadjuvada por questões de princípios abrindo, assim, a possibilidade de estabelecer sentidos diversos de razoamento jurídico. A voz da jurisprudência vai relatando uma história acerca do campo da justificação baseando-se no comando ínsito na regra e na diretriz teleológica subjacente. Este caminho – da mesma forma que não é alheio às causas determinantes da violência doméstica – não ignora, também, uma certa visão de moralidade no sentido que Holmes descreveu em *The path of Law*: “A lei é a testemunha e o depósito externo da nossa vida moral. A sua história é a história do desenvolvimento moral da raça.” (Holmes Jr., 1897).

Neste breve introito o que pretendemos é suscitar os problemas dos argumentos e narrativas que resultam da justificação das sentenças judiciais. Atienza entende as concepções jurídicas como ligadas a um problema, o que significa que devem ser identificadas as situações problemáticas das decisões judiciais que requerem uma solução. Daqui decorre a possibilidade de pensar sobre eles, de refletir sobre a sua adequação, a sua ligeireza, a sua consistência, a sua posição inovadora, a sua capacidade de garante na aplicação do direito. Na mesma obra Holmes (1897) declarava que “A lei fala de direitos, e deveres, e malícia, e intenção, e negligência, e por aí adiante, e nada é mais fácil, ou devo dizer, mais comum na argumentação jurídica, do que considerar

estas palavras no seu sentido moral, em algum momento do argumento, e assim cair numa falácia.” O autor fala de um *dogma* incorporado no direito, definidor de linhas concretas e limitadoras da realidade social. Queria o autor significar que os juízes, condicionados pelos limites da lei, são influenciados pela sua visão moral daquela realidade social. A presente investigação não ignora esta circunstância, sobretudo, referindo-se à cultura patriarcal dominante que, inevitavelmente, se reflete nas decisões judiciais.

Esta visão limitadora não passou despercebida ao feminismo jurídico que no discurso judicial identificou dicotomias argumentativas como masculino/feminino, público/privado, razão/emoção, ativo/passivo, individual/coletivo, estas interpretadas como hierarquizadas e sexualizadas.³⁸ As críticas que daqui resultaram contribuíram para a construção de uma visão feminista do direito, que conceptualiza o sujeito jurídico através de referencial valorativo masculino. Em *In a diferente voice*, Gilligan (1982) defende a importância de tornar visível a perspectiva feminina nas “decisões morais”. Reivindica a autora que a abordagem masculina, por um lado, procura a afirmação de princípios básicos na busca pela justiça. Por outro lado, a vertente feminina centra-se na responsabilidade que as pessoas têm umas com as outras, procurando cuidar delas, o que origina o dever de responsabilidade e avaliação da complexidade da realidade circundante e do mundo. Já Smart (1995) alertou que o discurso jurídico, fosse através da lei fosse através das decisões judiciais, continha uma linguagem neutra que conduzia à reprodução sistemática e institucional de um discurso radicado na visão do patriarcado. Este entendimento sobre o neutro – quer na redação da lei quer na sua aplicação – conduziu a uma abstração das diferenças na dicotomia entre homem/mulher. Neste sentido, Duarte (2011) defende que o Direito tem dois modos de entender a identidades das mulheres: ou as insere nos textos legais com base na diferença entre os sexos ou universaliza a categoria da mulher, tornando-a homogénea e omitindo as suas diferenças. Ora, a norma jurídica ganha uma outra vida quando é aplicada através da decisão judicial e a forma como é entendida dá origem a vários atos de linguagem que fazem parte do seu corpo e aduzem as razões de justificação da solução jurídica. Esta visão feminista tem sido capaz de evidenciar as desigualdades entre homem e mulher e tem contribuído para a implementação de medidas legislativas que tentam corrigir as assimetrias de género.

No entanto, no que concerne a aplicação do direito é possível revelar duas circunstâncias: primeiro, a aplicação do direito – no sentido de aplicar a norma ao caso concreto, de subsumir o facto à regra - continua a revelar que muitas situações de conflito são tratadas sem a consideração daquelas disparidades. Em consequência, em casos de violência contra a mulher – como é a questão da violência doméstica – o tipo de argumentação utilizada na fundamentação da decisão judicial pode revelar um conteúdo racional que – embora almeje a descoberta da verdade – coloca a mulher numa posição de risco, ainda que o direito possa ter sido bem aplicado.

Uma boa aplicação do direito nem sempre equivale a dizer que uma decisão judicial evidencia um bom raciocínio argumentativo. A decisão pode estar bem estruturada em termos formais, mas levantar problemas de fundamentação material ou pragmática. Sabemos que a motivação da decisão judicial é imperativa, mas pode levantar questões de aplicação da norma quando, por exemplo, a linguagem é imprecisa ou quando os termos ínsitos nas normas conduzem a diferentes interpretações e, por conseguinte, a soluções distintas.

Nos próximos temas aquilo que nos propomos analisar encontra-se segmentado em dois pontos cruciais: primeiro, parece-nos indispensável a aproximação ao enquadramento conceptual (jurídico e social) da violência doméstica, dando conta de visões doutrinárias que acabam por ser construídas como narrativas do discurso das decisões judiciais; segundo, analisar os argumentos e narrativas desse discurso jurídico – subtraído da análise argumentativa que foi feita nos capítulos precedentes – em torno de categorias, que identificámos, no campo da justificação da sentença, a partir de MacCormick (1995) e Atienza (2013). No contexto da argumentação jurídica da violência doméstica é possível identificar enunciados típicos da narrativa da justificação que assentam na proteção do bem jurídico, na qualificação e interpretação das premissas fácticas e premissas normativas, na apreciação da prova, no concurso entre infrações e na determinação da medida da pena e subsequente decisão sobre condenação ou absolvição. A investigação tem em conta problemas derivados de uma padronização de argumento (s) ou narrativa (s) e a avaliação de medidas de correção (soluções possíveis) com o fim último de contribuir para uma melhor justiça social, que é, afinal, uma das finalidades do direito.

2. Violência doméstica – percepções conceptuais

O tratamento legal da violência doméstica, enquanto crime autónomo, levou vários anos a consolidar-se. Dadas as suas implicações sociais tende a sofrer alterações no quadro legal, – no campo das medidas preventivas e punitivas – fruto da consciência social acerca dos danos (diretos e indiretos) trágicos que provoca na sociedade, em geral, e na vida dos sujeitos, em particular.

Na abordagem ao conceito de violência doméstica, pretendemos analisar dois aspetos. O primeiro, foca a questão evolutiva do enquadramento legal da violência doméstica. O segundo, centra-se na análise de visões doutrinárias sobre o conceito. Uma e outra perspetiva têm a intenção de evidenciar os aspetos argumentativos (entenda-se aqui a questão de argumentos num sentido lato) que, hoje, são passíveis de ser identificados nas decisões judiciais e contribuem decisivamente para o seu desfecho.

Das várias reformas penais, entre 1982 e 2007, a dimensão normativa tomou, nos dias de hoje, a seguinte forma:

“Artigo 152.º

Violência Doméstica

1 - Quem, de modo reiterado ou não, infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais:

- a) Ao cônjuge ou ex-cônjuge;
- 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;
- c) A progenitor de descendente comum em 1.º grau; ou
- d) A pessoa particularmente indefesa, nomeadamente em razão da idade, deficiência, doença, gravidez ou dependência económica, que com ele coabite; é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

2 - No caso previsto no número anterior, se o agente:

- a) Praticar o facto contra menor, na presença de menor, no domicílio comum ou no domicílio da vítima; ou

b) Difundir através da Internet ou de outros meios de difusão pública generalizada, dados pessoais, designadamente imagem ou som, relativos à intimidade da vida privada de uma das vítimas sem o seu consentimento; é punido com pena de prisão de dois a cinco anos.

3 - Se dos factos previstos no n.º 1 resultar:

a) Ofensa à integridade física grave, o agente é punido com pena de prisão de dois a oito anos;

b) A morte, o agente é punido com pena de prisão de três a dez anos.

4 - Nos casos previstos nos números anteriores, podem ser aplicadas ao arguido as penas acessórias de proibição de contacto com a vítima e de proibição de uso e porte de armas, pelo período de seis meses a cinco anos, e de obrigação de frequência de programas específicos de prevenção da violência doméstica.

5 - A pena acessória de proibição de contacto com a vítima deve incluir o afastamento da residência ou do local de trabalho desta e o seu cumprimento deve ser fiscalizado por meios técnicos de controlo à distância.

6 - Quem for condenado por crime previsto neste artigo pode, atenta a concreta gravidade do facto e a sua conexão com a função exercida pelo agente, ser inibido do exercício do poder paternal, da tutela ou da curatela por um período de um a dez anos.”

Este elemento literal conduz à formulação de vários tipos de enunciados, sobretudo, os de carácter jurídico, que podem vir a salientar definições, aspetos normativos ou valorativos, traços regulativos, levantar questões de princípios ou aplicação de regras. Partindo deste pressuposto é possível aferir, através das decisões judiciais, que argumentos jurídicos são bons e aqueles que são deficientes ou arditos, considerando que o decisor judicial utiliza a sua técnica de racionalidade jurídica. Saunders (1994) defende que a interpretação literal de uma lei pode variar de acordo com as noções de equidade e de justiça o que é diferente de um esquema formalmente lógico. Na denominada “lógica prática”, a jurisprudência formalizada ou a prática jurídica mostra que “Uma tarefa fundamental da jurisprudência é caracterizar o essencial do processo jurídico: os procedimentos pelos quais se propõem, se questionam, e se determinam as pretensões jurídicas, e as categorias em cujos termos se faz isso”. (Toulmin, 2003, p. 7).

Partindo do elemento literal e assistindo às suas várias transformações, percorrendo o caminho da sua aplicação a casos concretos de violência nas relações de intimidade, é possível discorrer sobre que prática jurídica se revela pela pena do decisor judicial. As visualizações de uma imensidão de factos, de encadeamento de pedidos, de construção de raciocínios de fundamentação, materializam-se pelos argumentos. Veremos, especificamente, estes aspetos mais adiantes quando analisarmos, em detalhe, questões relacionadas com o bem jurídico, a aplicação da norma, etc. Por agora, comecemos pelo que é possível de conceptualizar através da letra da lei, dada a sua relevância para a argumentação jurídica que nasce a partir daí.

Em 2010, a Associação Portuguesa de Apoio à Vítima definia a violência doméstica como “(...) qualquer conduta ou omissão de natureza criminal, reiterada e/ou intensa ou não, que inflija sofrimentos físicos, sexuais, psicológicos ou económicos, de modo direto ou indireto, a qualquer pessoa que resida habitualmente no mesmo espaço doméstico ou que, não residindo, seja cônjuge ou ex-cônjuge, companheiro/a ou ex-companheiro/a, namorado/a ou ex-namorado/a, ou progenitor de descendente comum, ou esteja, ou tivesse estado, em situação análoga; ou que seja ascendente ou descendente, por consanguinidade, adoção ou afinidade.” Já a Convenção de Istambul define no seu artigo 3.º, alínea b) que a “violência doméstica designa todos os atos de violência física, sexual, psicológica ou económica que ocorrem no seio familiar ou do lar ou entre os atuais ou ex-cônjuges ou parceiro, quer o infrator partilhe ou tenha partilhado, ou não, o mesmo domicílio que a vítima;”

A visão conceptual da violência doméstica mostra uma multiplicidade de hipóteses factuais que são passíveis de encaixar na norma. Desde logo o espaço familiar é o cenário onde se verificam as agressões, que podem ser físicas ou psíquicas, indo desde sofrimentos físicos, sexuais, psicológicos ou económicos. Quando se fala em espaço familiar deve entender-se numa perspetiva de conceito lato. Trata-se de agressões que acontecem entre dois agentes que se encontram unidos por um especial vínculo de afetividade. O/A agente praticará um ou mais atos de agressão de natureza física ou psíquica e que são suscetíveis de atingir diversos tipos de vítimas – o/a cônjuge ou ex-cônjuge, o/a companheiro/a ou ex-companheiro/a, o progenitor de descendente comum, pessoa a cargo ou em relação de dependência. Por aqui, é possível aduzir que a violência nas relações de intimidade é uma das categorias da violência doméstica onde

as mulheres continuam a ser o grupo mais atingido o que permite defender que estamos perante um crime de violência de género.³⁹

A dimensão normativa criminaliza os maus-tratos infligidos a vítimas que se encontram numa relação de intimidade verificando que existe ou existiu um especial vínculo de afetividade. Sendo a maior parte destas vítimas mulheres é adequado indagar sobre os vários problemas que a argumentação jurídica pode suscitar, com a aplicação e interpretação da norma. O objetivo é perceber se os decisores judiciais não trivializam as violências sofridas, através da reprodução de um discurso masculino e enraizado na sociedade patriarcal. O feminismo jurídico (Bartlet, 1994; MacKinnon, 1987; Smart, 1992) chamou a atenção para práticas institucionais que desmerecem os sofrimentos infligidos às vítimas mulheres seja pelo uso da linguagem, pela exploração da sua imagem física, pelo juízo de valor comportamental, pela tomada da decisão judicial, num processo que, à semelhança da personagem do sketch dos Monthy Pyton e o Cálice Sagrado, pode atirar a bruxa para a fogueira. Além do mais, a problematização da natureza argumentativa da decisão judicial, analisando especificamente as relações de intimidade, almeja apontar possíveis respostas associadas ao bem jurídico, à aplicabilidade da norma, à sua interpretação, aos problemas processuais e a evidência de ser necessária a ponderação de princípios ínsitos na letra do dispositivo normativo.

3. Evolução legislativa dos maus-tratos nas relações de intimidade – aspetos argumentativos

Em primeiro lugar é importante referir a importância da evolução legislativa da norma para este estudo de argumentação. O desenho que se vai traçando, ao longo do tempo, sobre uma disposição normativa permite identificar a raiz de alguns tipos de enunciados que, ainda hoje, são utilizados nas decisões judiciais. Já em 1903, o deputado José Frederico Laranjo declarava, na Câmara dos Pares do Reino (22 de maio) que “Todas as responsabilidades, toda a desonra, todas as misérias, todas as dores são para a mulher.” (Laranjo, 1903, p. 603). O deputado criticava a redação da norma que construía a identidade da mulher resignada e subordinada, uma norma que era branda na punição do agressor masculino e muito castigadora com o agente feminino.

Sob este ponto de vista entendemos ser pertinente começar pela regulamentação familiar que ocorreu no seio das Ordenações Afonsinas (Silva N. J., 1981).⁴⁰ A lei previa o seguinte: “(...) em todo o caso que o marido mata a sua mulher lícitamente, assim fica dito na Lei, que ele deve haver todos os bens dela pelo pecado de adultério, que lhe cometeu, assim como se a houvesse acusada e condenada pela justiça, mas se por morte sua, dela ficarem filhos entre ambos, ou netos, eles devem haver os ditos bens, sem os haver o dito marido”. A letra da lei, aqui, a considerar o adultério como um delito praticado pela mulher e considerado como atenuante do homicídio daquela. Os resquícios deste enunciado legal, ainda hoje são encontrados em acórdãos bem recentes. Veja-se o exemplo, do acórdão de 11 de outubro de 2017 (processo n.º 355/15.2 GAFL.P1) onde se constrói toda uma narrativa de justificação da conduta do agressor – a vítima, uma mulher, adúltera, comete um atentado muito grave contra a honra e a dignidade do homem. A motivação a surgir, assim, enferma da técnica da subsunção legal do facto à norma. A censura a recair no comportamento da mulher ao invés de se centrar nas condutas do agressor.

Em 1886 é aprovado o código penal⁴¹ que categorizava a violência exercida no seio familiar. Por um lado, a punição do crime de homicídio em razão de “(...) achar sua mulher em adultério (...)” era o desterro, para fora da comarca, durante um período de seis meses. Por outro lado, “Se as ofensas forem menores, não sofrerá pena alguma”. Neste elemento literal podemos encontrar uma categorização da violência: o homicídio conjugal (conduta mais grave) a ter como consequência a ausência do “traído” e as “ofensas menores” a não merecerem qualquer tipo de censura penal.

No caminho da evolução legislativa estas categorias da violência sobre a mulher (o grupo das mulheres ainda é aquele que representa a fatia larga das vítimas) vêm a ser determinantes para o entendimento atual daquilo que é a proteção do bem jurídico e o preenchimento do tipo. A narrativa doutrinária e jurisprudencial atual coloca a tónica na intensidade e gravidade da ação. Plácido Conde Fernandes (2008) considera que a conduta que integra o crime de violência doméstica exige “uma intensidade do desvalor, da acção e do resultado, que seja apta a molestar o bem jurídico protegido – mediante ofensa da saúde física, psíquica, emocional ou moral, do modo incompatível com a dignidade da pessoa humana.”

Quanto à jurisprudência, um acórdão recente do Tribunal da Relação do Porto (processo n.º 799/18.8 GBPN.P1, de 13 de janeiro de 2021) usa o argumento da intensidade para concluir que não se verificou a prática de um crime de violência doméstica, mas de injúria, declarando “Estamos perante uma conduta repetida, mas não se provou a intensidade dessa repetição (...)”. Já num outro acórdão, do mesmo Tribunal da Relação (processo n.º 829/18.3 GBAMT.P1), de 16 de dezembro de 2020 afirma-se “(...) a intensidade dos maus-tratos psicológicos repetidamente infligidos à ofendida, o comportamento anterior do recorrente e a revelada ausência de autocensura evidenciam a manifesta impossibilidade de formulação de um juízo de prognose favorável (...)”. Num acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (processo n.º 116/20.7 PFLRS.L1-3), de 13 de janeiro de 2021 determina-se “Nos crimes de violência doméstica importa apurar se estamos perante a prática de actos violentos que encerrem uma gravidade tal que possam ser qualificados de desrespeitadores da pessoa da vítima ou de desejo de prevalência de dominação sobre a mesma e, logo, suscetíveis de serem qualificados como maus tratos, considerando que nem toda a ofensa ocorrida no seio da vida familiar/doméstica representa, imediatamente, maus tratos.” Ainda é possível ver no acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 5 de fevereiro de 2020 (processo n.º 71/16.8GGCBBR.C1) que “A questão de saber se as condutas violadoras encontram adequação, designadamente nos tipos legais de ofensa à integridade física, injúria, ameaças exige um juízo sobre a intensidade da violação de todos ou cada um dos bens em causa, quer pela sua reiteração, quer em função da gravidade da ofensa, quer pela conjugação de ambas de modo a aferir se ocorreu uma violação especial dos direitos do parceiro (...)”.

A argumentação do tipo material conduziu a uma classificação das agressões praticadas entre agentes: as que são praticadas com gravidade e as que são disferidas de forma leve. O critério para as diferenciar e que determina o preenchimento do tipo de crime de violência doméstica assenta nos conceitos de intensidade e gravidade. Esta técnica pode ser observada na decisão tomada pelo Tribunal da Relação de Lisboa (processo n.º 1354/10.6TDLSB.L-5), de 15 de janeiro de 2013 que determinou “O tipo legal da violência doméstica não exige reiteração de ações ofensivas, mas um único ato ofensivo só consubstanciará um mau trato se se revelar de uma intensidade tal, ao nível

do desvalor, quer da ação quer do resultado, que seja apto e bastante a lesar o bem jurídico protegido pondo em causa a dignidade da pessoa humana.”

O critério de intensidade que serve de distinção entre ofensas graves e ofensas leves conduz a que ofensas menores, em particular, aquelas que são praticadas contra o cônjuge venham a ser subsumidas em outros tipos penais. Pode ser o caso das injúrias, difamação ou agressão contra a integridade física. Nestes casos não se reconhece a gravidade da ofensa do bem jurídico, nem se questiona que tenha sido praticada contra a mulher (pelo facto de ser mulher) ou sequer evidenciam o vínculo que deriva da relação de afetividade entre os sujeitos. O argumento construído, a partir da intensidade, é do tipo interpretativo tendo em conta o conceito de maus-tratos. Contudo, esta técnica interpretativa acaba por levantar problemas com a qualificação dos factos praticados, o que conduz ao afastamento do preenchimento do tipo de violência doméstica e, conseqüentemente, a esfumar-se os direitos de proteção conferidos às vítimas de crime. Ora inferir que a prática de maus-tratos, (quer sejam ou não reiterados) na violência doméstica pode ser leve não passa de uma ficção desta realidade trágica. Embora se possa conceder que os maus-tratos podem oscilar na variação da intensidade, a sua extrema gravidade não pode deixar de ser considerada dado o vínculo relacional íntimo que existe entre os sujeitos.

Quase uma centena de anos depois, em 1982, é aprovado o código penal, pelo decreto-lei n.º 400/82, de 23 de setembro e que veio a autonomizar, no seu artigo 153.º, o crime de maus-tratos ou sobrecarga de menores e de subordinados ou entre cônjuges. O dispositivo penal é composto por três números e é no seu n.º 3 que se encontra prevista a relação conjugal. O crime tem uma natureza pública e a moldura penal é fixada entre 6 meses a 3 anos de prisão e multa até 100 dias. Para o preenchimento do tipo, a norma impôs que a conduta ilícita deve ser revestida de “malvadez e egoísmo”. Estamos perante outro tipo de construção de enunciado argumentativo que acentuou o critério da intensidade das condutas dos agentes agressores. Teresa Beleza (1989) criticou a imposição deste requisito afirmando-o como “uma expressão pouco feliz”. A infelicidade radica naquilo que pode consistir uma conduta punível daquela que pode ser considerada como aceitável. Taipa de Carvalho (2012, p. 507) entende que a referência a estas expressões revelava o receio de “intervir penalmente em domínios que, tradicionalmente, pareciam querer prolongar um poder quase absoluto do marido,

do pai, do educador, do empregador.”⁴² Na sua tese *Mulheres, direito, crime ou a perplexidade de Cassandra*, Teresa Beleza (1990) assume a crítica à jurisprudência da altura, que penalizava as condutas da esfera familiar com base neste critério de “malvadez e egoísmo”. Este requisito viria a ser eliminado na reforma de 1995 (decreto-lei n. 48/95, de 15 de março) mas não deixará de figurar como um fator influente na construção dos argumentos que determinam o preenchimento do tipo e a determinação do concurso de crimes. A relação de especialidade que se verifica entre o artigo 152.º e outros tipos penais, como é o caso das ofensas à integridade física ou às injúrias ou à difamação (e outros) é aferida pelo entendimento que o decisor judicial retira do conceito de intensidade e de potencial ofensa ao conteúdo da dignidade humana. No acórdão, de 15 de janeiro de 2013, o Tribunal da Relação de Lisboa (processo n.º 1354/10.6TDLSB.L-5) não considerou ser uma conduta maltratante o desferimento de um murro e uma mordida a uma mulher que tinha o seu filho de nove meses ao colo. O facto foi enquadrado no crime de ofensa à integridade física simples. A intensidade, como enunciado interpretativo, sofre variações entre violências leves e violências graves, sendo determinante no enquadramento do tipo.

Em 1998, a Lei n.º 65/98, de 2 de setembro vem alterar o procedimento criminal quanto ao crime de violência doméstica dispondo que depende de queixa e o nível de procedimento no que tange ao Ministério Público foi alterado. Esta modificação levantou um conjunto de vozes contestatárias, pois a modificação conduziu a dificuldades no desenrolar do procedimento criminal, especificamente, no caso em que a vítima não apresentava queixa ou desistia do processo-crime. Estas questões, de natureza processual (desembocam, depois, no uso de enunciados de carácter processual), conduziram a uma nova alteração, ocorrida com a Lei n.º 7/2000, de 27 de maio, que veio prever um tratamento mais repressivo dos maus-tratos entre cônjuges, muito consequência dos contributos da doutrina e dos movimentos associativos. Aqui são de relevar os argumentos de natureza processual que, antes da revisão de 2000, conduziam a um elevado número de arquivamento de processos. (Ferreira, 2005). Curiosamente, a repressão dada aos maus-tratos a cônjuge não conduziu a condenações mais severas dos agressores. Os argumentos que conduzem à suspensão da pena, por exemplo, com recurso a argumentos falaciosos (como são as situações em que a conduta da vítima é ponderada para valorar a ação do agente agressor diminuindo a

culpa deste) ou aqueles tipo de enunciados de juízos de valor sobre a boa conduta do agente agressor no espaço público que o rodeia (trabalho, vizinhos, etc.) associando a ideia a uma integração social positiva ou, ainda, aqueles que tendem a considerar que o crime da violência doméstica não merecia a proteção da esfera pública do Estado. Neste sentido Neves (2000) referiu que a violência conjugal é um problema complexo que “(...) não pode andar ao sabor de lobbies, quaisquer que eles sejam (...) e a diabolização da problemática, ou mesmo do maltratante, é contraproducente.” Não surpreende, pois, que as decisões judiciais usem deste tipo de posição doutrinária que desculpabiliza a ação do agente agressor.

No ano de 2007 entrou em vigor a Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, introduzindo alterações substanciais no elemento literal da norma: passa a ser previsto o crime de violência doméstica, no artigo 152.º, do código penal. Uma das questões que vinha sendo discutida, com frequência, na jurisprudência tinha que ver com a reiteração das condutas. Por exemplo, no acórdão, de 8 de janeiro de 1997 (processo n.º 934/96), o Supremo Tribunal de Justiça declarava que “Para a verificação do crime de maus-tratos p. e p. pelo artigo 153.º do CP, de 82, não basta uma acção isolada, mas também, não se exige uma habitualidade”. Da mesma instância, no acórdão, de 13 de novembro de 1997 (processo n.º 844/97) determinava-se a interpretação do elemento literal da norma declarando que o sentido fixado pela jurisprudência indicava que “(...) mesmo com a redacção de 1982, a referida figura criminal se poderia verificar com uma única agressão, desde que a sua gravidade intrínseca a pudesse qualificar como tal”. Numa outra posição, o acórdão de 5 de abril de 2006 (processo n.º 06P468, também do Supremo Tribunal de Justiça declara que “A reiteração é, na maior parte das vezes, elemento integrante destes requisitos, mas, excepcionalmente, o crime pode verificar-se sem ela”. Uma outra decisão, na mesma linha, afirma “Necessário se torna, pois, que se reitere o comportamento, em determinado período de tempo, admitindo-se que um singular comportamento possa ter carga suficiente demonstradora da humilhação, provocação, ameaças, mesmo que não abrangidas pelo crime de ameaças, do acto de molestar o cônjuge ou equiparado”.

Do caminho evolutivo da norma penal do artigo 152.º⁴³ podem ser retirados vários tipos de argumentos, resultado da aplicação do elemento literal e da interpretação do seu elemento teleológico. Atienza (2004, p. 29) refere que as normas

jurídicas podem entender-se como regras que apresentam uma relação com os interesses e relações de poder na sociedade. Quer dizer, o juiz não se pronuncia numa decisão judicial como se fosse uma *slot machine* (Pound, 1922). Beleza (2004) refere que “(...) nos interstícios o discurso judicial se vai mantendo fiel a certos modelos sociais que o sistema jurídico avaliza e a manutenção de guiões normativos de género”. As leis vão mudando, mas “(...) as práticas sociais e o seu reconhecimento normativo nas decisões judiciais encarregam-se de travar as mudanças mais significativas e profundas”. Muito antes, a mesma autora (1990, p.366) referiu que “A sociedade familiar é vista como local de privacidade e liberdade, onde a intromissão do Estado é ilegítima e destruidora”. E em 2004, uma mesma ideia da autora realça que “Alguma jurisprudência recente ainda perpetua a inferioridade tradicional do papel das mulheres na esfera privada. A intervenção do Estado na família sempre foi forte, mas selectiva e geradora de poder”.

A construção destes modelos sociais tem suporte nos tipos de argumentos desenvolvidos ao longo do processo evolutivo deste tipo penal. Os factos são cruciais para o mundo jurídico, mas o mundo social não pode deixar de ser considerado como a esfera de onde emergem as relações conflituosas e que merece um enquadramento argumentativo, aspeto que os autores acima referidos deixam evidenciado.

O que as sucessivas mudanças de lei trouxeram foi a evidência de uma atividade argumentativa de onde é possível enunciar os argumentos que, ao longo do tempo, demonstram um vínculo entre si e permitem questionar a razoabilidade das decisões judiciais e o foco em argumentos particulares. O que nos interessa, portanto, é avaliar o argumento (ou argumentos) o que significa que não é, propriamente, a decisão judicial que se coloca em discussão, mas o argumento. Basta recordar que, em outro lugar, já referimos que existem boas linhas de argumentação com más decisões e o inverso também se verifica. Com base no trabalho de Atienza sobre *Las piezas del Derecho – Teoría de los enunciados jurídicos* (2004) é possível verificar que o enunciado normativo do tipo da violência doméstica deu lugar ao uso de diversas categorias que permitem questionar, pelo menos, a sua razoabilidade. O elenco mais usual são os enunciados normativos, os enunciados empíricos, os enunciados interpretativos, os enunciados processuais, os enunciados valorativos, os enunciados jurisprudenciais e os enunciados doutrinários.

A evolução da disposição demonstra que há uma preocupação com o elemento literal da norma. Daqui decorre que se construam narrativas em torno de conceitos como intensidade e gravidade das condutas. No entanto, apesar de se tratar de um crime específico, não se constata grande eloquência sobre o vínculo de afetividade que une dois sujeitos, circunstância que à partida não devia, apenas, de servir para essa qualificação de especialidade. Devia, igualmente, servir de motor para aspetos valorativos subjacentes à qualidade dessas relações íntimas.

Ao longo do tempo o aplicador da lei preocupou-se com o alcance da interpretação de conceitos. É assim que se constata a celeuma em torno da questão de “malvadez e egoísmo”, termos que desapareceram da letra da lei, mas que influenciaram, mais tarde, a discussão à volta do grau de intensidade e gravidade que servem, hoje, para enquadrar as condutas do agressor nos maus tratos (conduta prevista na disposição sobre a violência doméstica). A problematização que daqui nasce conduz ao dilema da qualificação das condutas do agente no plano do concurso de crimes, o que, por sua vez, pode determinar a aplicação de penas substancialmente diferentes para o agressor. Outro aspeto argumentativo que se pode realçar no caminho evolutivo está relacionado com a reiteração das condutas. Antes da alteração à norma introduzida, em 2007, verifica-se a tendência jurisprudencial de qualificar como violência doméstica o conjunto de condutas reiteradas, situação que veio a ficar resolvida com a redação do novo normativo que faz referência expressa a “de modo reiterado ou não”.

Outro aspeto argumentativo que se pode realçar, desta análise evolutiva, resulta dos enunciados do tipo valorativo. A presença (ou uso) de conceitos vagos e indeterminados não pode deixar de ser pensada por valores. Um problema relevante e presente no discurso das decisões judiciais tem que ver com a formulação de juízos de valor estereotipados. O uso de termos como “mulher adúltera” ou a narração da mulher provocadora, que retaliou com insultos, injúrias ou mesmo agressões, têm servido para desculpabilizar os agentes agressores. O juízo valorativo é construído, sobretudo, através dos enunciados empíricos. No que respeita a esta problematização podem levantar-se perguntas em torno do significado do uso da máxima de experiência comum e a avaliação realizada no âmbito da prova produzida. A argumentação valorativa que se constrói através de juízos estereotipados não pode resultar num elenco de boas

razões. Pelo menos, sob o ponto de vista material coloca em crise a natureza da argumentação (num sentido de justificação) quanto à sua universalidade, coerência, adequação às consequências, a sua moral social e justificada (Atienza, 2011). Pelo contrário, espelha a natureza da cultura paternalista, também presente na linguagem jurídica, e denuncia o que as feministas-juristas têm chamado a atenção – o sistema jurídico-penal perspectiva normas sociais estereotipadas do poder masculino e submissão feminina (Ventura, 2018). O efeito que daqui deriva ocasiona (não raras vezes) um sentimento de desconfiança, por parte da vítima, no sistema jurídico-penal (Larrauri, 2003). Na narrativa da argumentação evidencia-se que o sistema penal parece estar mais preocupado com uma lógica específica do seu funcionamento interno e, mesmo, com aspetos burocráticos e formais. Neste sentido, Brito (2014) discute as questões complexas com que o Ministério Público se confronta quando investiga factos, os analisa e estabelece os critérios com os crimes da mesma família. Num estudo avaliativo sobre violência doméstica (Duarte & all, 2016, p. 210) um magistrado declarava que “este é o crime que mais complicado, para mim, é julgar. (...) Porquê? Por causa das relações que existem entre as pessoas.” A partir de narrativas semelhantes que o estudo evidencia é possível identificar as matérias que são mais suscitadas na convicção do decisor judicial e, por conseguinte, as questões de natureza argumentativa que estamos a problematizar. A complexidade é expressa por um magistrado entrevistado que refere “(...) a primeira lógica não tem que ser necessariamente para o 152.º. Todas aquelas condutas que passem os 5 anos de prisão é um crime à parte. (...) neste momento, eu duvido que no artigo 152.º esteja só um tipo, mas estão vários de violência domésticas com causas, com origens, com riscos completamente diferentes (...)”.

Daqui se pode reter que as diversas categorias da teoria da argumentação jurídica são cruciais para a problematização dos raciocínios jurídicos que resultam numa sentença. O artigo 152.º, do código penal engloba vários tipos de violência doméstica, entre eles, os atos de agressão praticados entre sujeitos que têm uma relação íntima/afetiva. Entendemos que a perspectiva sistematizada da argumentação através do ponto de vista formal, material e pragmático permite construir um novo olhar sobre a disposição e os elementos factuais que ali podem ser subsumidos.

Capítulo II

Revisão crítica da argumentação jurídica

No presente capítulo pretende-se a análise das narrativas a que aludimos no capítulo anterior, ou seja, lançar um olhar sobre os argumentos e enunciados das decisões judiciais. O estudo é feito a partir do modelo teórico de Atienza (2013) cujas conceções da argumentação formal, material e pragmática oferecem a possibilidade de identificação de um sentido (ou vários sentidos) de raciocínios jurídicos. O modelo esquemático das sentenças é a ferramenta que possibilitou lançar uma visão sobre sentidos argumentativos, no campo da sua justificação. Dado que, nem sempre, os sentidos dos argumentos são unívocos é possível identificar quais as principais complexidades do processo decisório discorrendo sobre reflexões críticas quanto aos argumentos formais, materiais e pragmáticos. Adianta-se que o aspeto material é o campo que levanta maiores indagações pelo facto de, na equação, terem de ser consideradas diversas categorias emergentes do exercício argumentativo: a proteção do bem jurídico, a qualificação e interpretação de premissas fácticas e premissas normativas, a apreciação da prova, o concurso de infrações e a determinação da medida da pena e subsequente condenação ou absolvição. Cada uma destas áreas argumentativas recorre a diversos tipos de enunciados: normativos, empíricos, valorativos, interpretativos, jurisprudenciais e doutrinários. É um exercício que conduz, posteriormente, a uma visão crítica a partir da qual é possível equacionar propostas de correção argumentativa. As linhas de argumentação foram analisadas e problematizadas, no que diz respeito ao caso concreto dirimido pela sentença. Esta discussão tem como premissa os casos concretos analisados na investigação, mas considera, naturalmente, toda a jurisprudência relevante nestas situações específicas. Arrancam das decisões concretas para uma discussão mais generalista e abstrata, o que justifica a análise individualizada que se segue.

1. A proteção do bem jurídico

Os argumentos desenvolvidos em torno do bem jurídico protegido pela norma penal do artigo 152.º, do código penal, sofreram variações ao longo do tempo, nos termos que discutimos no capítulo precedente. Na análise esquemática das sentenças

ficou evidenciada uma posição comum, com recurso a várias categorias de enunciados, mas sobretudo os de tipo normativo, jurisprudencial e doutrinário. As razões justificativas da proteção do bem jurídico salientam um traço distintivo que aponta para a proteção da saúde física e psíquica alargando o escopo dessa proteção à dignidade da pessoa humana, ao livre desenvolvimento da personalidade, à integridade pessoal e à liberdade sexual.

O uso do enunciado normativo verifica-se com uma proposição acerca da disposição da norma (essencialmente na lógica dedutiva formal), discorrendo sobre a proteção do bem jurídico que se pretende acautelar. Este tipo de enunciado é suportado, por um lado, por decisões precedentes (jurisprudência), por outro lado, por posições doutrinárias. Recordamos que no esquema argumentativo utilizado, as razões das linhas de argumentação surgem depois de formuladas uma questão, uma afirmação ou uma negação. São passos que se dão no caminho de prática jurisprudencial (Toulmin, 2003), reveladores de um entendimento comum (que pode ou não ser consensual) mas com o registo de algumas flutuações que pensamos ser relevante evidenciar.

Começamos pelo enunciado formal, referido exhaustivamente: “Comete o crime de violência doméstica, previsto e punido pelo artigo 152.º, n. 1, do código penal “Quem, de modo reiterado ou não, infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações de liberdade e ofensas sexuais: a) Ao cônjuge ou ex-cônjuge; 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”. Percebe-se que estamos perante uma razão do tipo formal, que na técnica do silogismo subsuntivo funcionará como a premissa maior. Já sob um ponto de vista material as razões elencadas recorrem aos enunciados do tipo jurisprudencial e doutrinário. Lembramos que as razões demonstrativas dos vários raciocínios, da motivação da sentença, encontram-se enumeradas entre a formulação da questão (**Qa**) e a resposta, que pode ser afirmativa/negativa (**Aa/Na**) ou conduzir a outra questão (**Qb**). Por conseguinte, as razões encontram-se elencadas por números (**1a, 2a, 3a**, etc.).

1.1 Os enunciados jurisprudenciais

Grande parte das decisões jurídicas usam enunciados de decisões precedentes. No **caso 2** (processo n.º 1354/10.6TDLSB.L-5) afirma-se em **1f** “O bem jurídico protegido nos tipos legais de crime de violência doméstica e de maus tratos (artigos 152.º e 152.º - A, do código penal) reside na dignidade da pessoa humana, incluindo-se todos os comportamentos que lesam essa dignidade”. No **caso 3** a mesma linha de pensamento (processo n.º 32/13.9GBLSA.C1), quanto à proteção do bem jurídico afirma-se em **1f** que “O bem jurídico protegido nos tipos legais de crime de violência doméstica e de maus tratos (artigos 152.º e 152.º - A, do código penal) reside na dignidade da pessoa humana (...)”. Aduz-se um reforço a esta razão em **5f**, quando se introduz o aspeto da intensidade e da reiteração “A verificação dos crimes de violência doméstica e de maus tratos não exige reiteração de condutas, sendo suficiente a ocorrência de “um único acto ofensivo de tal intensidade, ao nível do desvalor da acção e do resultado, que seja apto e bastante a lesar o bem jurídico protegido (...)”. No **caso 4** (processo n.º 632/10.9PBVAR.C1) refere-se em **2h** que “O bem jurídico protegido implica que a norma incriminadora preveja condutas efectivamente maltratantes, ou seja, que coloquem em causa a dignidade da pessoa humana conduzindo à sua degradação e maus-tratos.” Já no **caso 5** (processo n.º 1230/14.3PJPT.P1) surge, de novo, o realce acerca da intensidade apta a lesar o bem jurídico (**2e**) “Para que uma conduta integre o crime em questão exige-se “uma intensidade do desvalor da acção e do resultado, que seja apta e bastante a molestar o bem jurídico protegido – mediante ofensa da saúde física, psíquica, emocional ou moral, de modo incompatível com a dignidade da pessoa humana”. No **caso 10** (processo n.º 1011/11.6GBBCL-G1) declara-se em **3h** “O bem jurídico protegido por este tipo de crime é a saúde que abrange a saúde física, psíquica e mental” e em **4h** “O bem jurídico, enquanto materialização da dignidade da pessoa humana, implica que a norma incriminadora apenas preveja as condutas efectivamente maltratantes, que colocam em causa a dignidade da pessoa humana”. O **caso 11** (processo n.º 413/11.2GBAMT.P1) anuncia o mesmo em **1b** “O bem jurídico que a norma protege é a pessoa individual na sua dignidade humana;” e **2b** “O bem jurídico é a saúde, bem jurídico complexo que abrange a saúde física, psíquica e mental que pode ser afectado por toda a multiplicidade de comportamentos”. No **caso 14** (processo n.º

258/11.0GAOLH.E1) mais uma vez a referência em **1n** que “Neste crime protege-se a saúde física e mental do cônjuge e a dignidade da pessoa humana, em contexto de coabitação conjugal ou análoga e, actualmente, mesmo após cessar essa coabitação”. No **caso 15** (processo n.º 2263/15.8JAPRT.P1.S1) o julgador, em **3d**, não coloca a tónica no recorte do bem jurídico mas, ao invés, refere que existem traços nas condutas dominantes do agressor sobre a vítima que são mais importantes do que delinear com exatidão o que está em causa no bem jurídico. Na decisão do **caso 17** (processo n.º 638/09.0PBFIG.C1) o enunciado em **2g** liga a proteção do bem jurídico à conduta intensa, apta a lesar a saúde física e psíquica quando menciona “a agressão em causa (tratando-se de uma acção isolada) não revela uma intensidade, ao nível do desvalor, da acção e do resultado, que seja suficiente para lesar o bem jurídico protegido – mediante ofensa da saúde psíquica, emocional ou moral, de modo incompatível com a dignidade da pessoa humana”. No **caso 24** (processo n.º 16/16.5GAAGD.P1) em **2b** enuncia-se que a jurisprudência e doutrina determinam a necessidade de se proteger a dignidade da pessoa humana “em particular a saúde, física, psíquica e mental. Trata-se de um bem jurídico complexo que afeta a dignidade da pessoa humana e o livre desenvolvimento da personalidade”. O **caso 26** (processo n.º 86/18.1GBTCS.C1.S1) é elucidativo de uma construção de raciocínios em torno do bem jurídico. Primeiro começa por enunciar em **2f** que “A doutrina nacional defende ser a «saúde» o bem jurídico tutelado no artigo 152.º, do código penal”. Aduz em **1h** outro enunciado jurisprudencial do Supremo Tribunal de Justiça onde se menciona que “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”. O julgador constrói, depois, um raciocínio autónomo, através da nomeação de um elenco de decisões jurisprudencias, que enquadram a proteção do bem jurídico (**Qn**). Os enunciados **1n**, **2n**, **3n** e **4n** identificam outras decisões judiciais, do Supremo Tribunal de Justiça (processo n.º 125/15.8PHNST.S1, processo n.º 372/17.8PBLRS.L1.S1, processo n.º 3252/03, processo n.º 2504/3ª secção) que sublinham a complexidade do bem jurídico, que abrange a proteção da saúde física e mental, da liberdade, da liberdade sexual, do desenvolvimento da personalidade e da dignidade pessoal. Por fim, no **caso 27** (processo n.º 39/16.4TRGMR.S2), o julgador recorre, à semelhança do caso 24, à

posição do Supremo Tribunal de Justiça, em diversos arestos, para sublinhar, mais uma vez, a natureza complexa da proteção do bem jurídico (**1d**, **2d**, **3d** e **4d**).

1.2 Os enunciados doutrinários

Nas linhas de raciocínio e argumentação acerca do bem jurídico também foram identificados enunciados, de carácter doutrinário, comuns a uma larga maioria das decisões. No **caso 2** (processo n.º 1354/10.6TDLSB.L-5) em **2f** refere que Taipa de Carvalho defende que “(...) esta norma visa a proteção da saúde, enquanto bem jurídico complexo, que abrange a saúde física, psíquica e mental”. Na decisão do **caso 3** (processo n.º 32/13.9GBLSA.C1) verifica-se a repetição deste enunciado, nos mesmos termos. Já o **caso 5** (processo n.º 1230/14.3PJPT.P1) e no enunciado **1e** faz-se a alusão a Plácido Conde Fernandes que defende que na incriminação em apreço é “a saúde enquanto manifestação da dignidade da pessoa humana e da garantia da integridade pessoal contra os tratos cruéis, degradantes ou desumanos, num bem jurídico complexo que abrange a tutela da sua saúde física, psíquica, emocional e moral”. O **caso 6** (processo n.º 1176/16.OPBCBR.C1) usa a referência que, frequentemente, é apontada na grande fatia das decisões judiciais. O enunciado **3k** aponta o Comentário Conimbricense do Código Penal onde se defende que “o bem jurídico protegido por este tipo legal é a liberdade de decisão e ação e as ameaças, ao provocarem um sentimento de insegurança, intranquilidade ou medo na pessoa ameaçada, afetam a paz individual essencial à verdadeira liberdade”. Na decisão do **caso 9** (processo n.º 3/17.6GCIDN.C1) o enunciado **2e** avança parte da doutrina já mencionada (Taipa de Carvalho e Plácido Conde Fernandes) dizendo que “O crime tutela o bem jurídico saúde física, psíquica, mental e moral enquanto manifestação da dignidade da pessoa humana”. No mesmo enunciado introduz-se Paulo Pinto de Albuquerque que vem realçar “a natureza pluri ofensiva do tipo protegendo os bens jurídicos integridade física e psíquica, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual e a honra”. No **caso 15** (processo n.º 2263/15.8JAPRT.P1.S1) o enunciado **3d** indica a posição de Pedro Maia Garcia Marques afirmando que “A violência doméstica pressupõe uma contundente transgressão relativamente à esfera de autonomia da vítima sujeita na maioria dos casos, como a experiência demonstra, a uma situação de submissão à vontade do(a) agressor(a), de

alguém de quem possa depender, ao nível mesmo da vontade sobre as dimensões mais elementares da realização «pessoal» redundando «numa específica agressão marcada por uma situação de domínio (...) geradora de um específico traço de acentuada censura”. Este doutrinador a colocar ênfase na relação de poder entre o agressor e a vítima sublinhando a sua subjugação e humilhação. No **caso 17** (processo n.º 638/09.OPBFIG.C) identificam-se, mais uma vez, em **3b** e **6d**, os autores Taipa de Carvalho e Plácido Conde Fernandes repetindo-se o corolário da “proteção da pessoa individual e da sua dignidade humana” através da proteção da “(...) saúde – bem jurídico complexo que abrange a saúde física, psíquica e mental e que pode ser afetado por toda a multiplicidade de comportamentos que lesam a dignidade pessoal do cônjuge”. Esta afetação a ser aferida pela “intensidade, ao nível do desvalor, da ação e do resultado, (...) têm de ser aptas para lesar o bem jurídico protegido”. Quer dizer, o bem jurídico só é afetado se a conduta for, suficientemente, intensa e grave. Na decisão do **caso 24** (processo n.º 16/16.5GAAGD.P1) verifica-se no enunciado **3b** o uso de razões semelhantes às que se acabaram de referir. O **caso 26** (processo n.º 86/18.1GBTCS.C1.S1) não deixa de mencionar Taipa de Carvalho mas aduz em **1j** “(...) a *ratio* do tipo não está na proteção da comunidade familiar, conjugal, educacional ou laboral mas sim na proteção da pessoa individual e da sua dignidade humana”. Daqui parte para a enunciação da questão (**Qk**) sobre a inclusão da dignidade humana no bem jurídico. O enunciado **1k** refere Augusto Silva Dias que defende que o crime “(...) visa proteger a integridade corporal, a saúde física e psíquica e dignidade da pessoa humana”. Em **1l** salienta-se que Moreira das Neves inclui na violência doméstica “(...) condutas que se consubstanciam em violência ou agressividade física, psicológica, verbal e sexual, pelo que, o bem jurídico é a integridade pessoal. A ser apenas a tutela da saúde (física e psíquica) a proteção ficaria aquém da dimensão que a Constituição dá a este tipo de direitos”. No seguimento destes enunciados comuns é de notar que esta decisão estabelece uma ligação entre a proteção do bem jurídico e a fixação da sanção a aplicador ao agente agressor. Em **12t** menciona-se que “Gimbemat defende que as sanções em direito penal fixam-se a partir do valor do bem jurídico protegido e da natureza culposa ou dolosa do delito da conduta que lesou aquele bem”. E este raciocínio é reforçado por **1w** e **2w** onde se defende valorar a proporção da intervenção penal mediante a importância do bem jurídico protegido por forma a garantir a eficácia

da sua proteção. O **caso 27** (processo n.º 39/16.4TRGMR.S2) enuncia em **1c** a posição tradicional e já referida por inúmeras vezes. Em **3c** volta-se a referir o autor Moreira das Neves que “(...) conclui que o bem jurídico é a integridade pessoal, uma vez que a tutela da saúde, abrange a saúde física, psíquica e mental”. Na formulação em **5c** é apontado o autor André Lamas Leite que defende “O bem jurídico protegido por esta incriminação é, por natureza, multimodo, reconduzindo-se à integridade pessoal e o livre desenvolvimento da personalidade (...)”. Nesta decisão ao discorrer-se sobre estas posições doutrinárias, o julgador introduz uma questão que chama de “ponderação da lesão do bem jurídico” (**Af**) chamando a posição de Nuno Brandão (**1g**) que defende “(...) Daí que me pareça sempre de exigir que o comportamento violento, visto em toda a sua amplitude, seja um tal que, pela sua brutalidade ou intensidade ou pela motivação ou estado de espírito que o anima, seja de molde a ressentir-se de modo indelével na saúde física ou psíquica da vítima.” E sustenta este enunciado com um outro em **2g**, no qual se alude aos maus-tratos e em que André Lamas Leite sustenta que devem “ser interpretados como *lesões graves, pesadas da incolumidade corporal e psíquica do ofendido*, diríamos que no campo de tensão entre os tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos e a tutela da integridade física e moral.”

1.3 Bem jurídico – sentidos comuns e flutuações

A intervenção do direito penal tem a finalidade de assegurar a proteção de bens jurídicos fundamentais⁴⁴. Esta proteção atende aos interesses sociais e individuais que assumem relevo jurídico para o indivíduo e para a comunidade tendo em consideração valores ético-morais. Neste sentido a proteção dos bens jurídico é conduzido por princípios e valores que Bronze (2019) apelida de ética da responsabilidade solidária. Resulta que Dias (2012) define o bem jurídico como “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado” (p. 132). Já no entendimento de Jeschek & Weigend, citados por Valente (2017) o bem jurídico corresponde a “valores espirituais da ordem social sobre os quais descansa a segurança, o bem-estar e a dignidade da existência da comunidade” (p. 150). A Convenção de Istambul veio declarar que “a violência doméstica afeta desproporcionalmente as mulheres e que os homens podem também ser vítimas de violência doméstica”

estipulando no seu artigo 1.º que um dos principais objetivos da Convenção é “proteger as mulheres contra todas as formas de violência, e prevenir, processar criminalmente e eliminar a violência contra as mulheres e a violência doméstica”. Acrescenta no seu artigo 2.º que “A presente Convenção aplica-se a todas as formas de violência contra as mulheres, incluindo a violência doméstica, que afecta desproporcionalmente as mulheres”. O direito penal chamou, deste modo, a proteção de um conjunto de bens jurídicos valorados a partir da dimensão da desigualdade de género, tendo subjacente os valores humanos inerentes às relações sociais, e adotando regras, de natureza positiva, que assumem em definitivo o seu carácter genderizado reconhecendo que, muitas formas de violência são praticadas contra as mulheres pelo facto de serem mulheres.

Claro que a linguagem jurídica assume várias formas e a motivação das sentenças expressa mecanismos de aplicação do direito que não se encontram desprovidos de uma grande complexidade quer seja pelos mecanismos formais (Brandão, 2010) de aplicação das normas quer seja porque erguer tais fundamentos exige retratar uma realidade, cuja tarefa não é simples. Basta pensar na expressão “afetar as mulheres pelo facto de serem mulheres”. Como é que uma motivação de uma decisão judicial faz a demonstração que um ato específico de violência doméstica vitimou uma mulher pelo facto de ser mulher? Pensamos que a resposta pode ser esclarecida com os argumentos e enunciados que mais se destacam no processo decisório sobre esta temática.

As decisões judiciais mostram que a linha de argumentação sobre o bem jurídico é construída em torno de enunciados jurisprudenciais (uma argumentação formalista que repete incansavelmente o precedente) e enunciados doutrinários (que levantam mais as questões de natureza material e que, posteriormente, conduzem a outro tipo de enunciados como é o caso dos interpretativos, valorativos e de qualificação).

A doutrina demonstra sentidos comuns quanto ao bem protegido, designadamente, a saúde física, psíquica e mental. Esta posição é, sobretudo, sustentada a partir de Taipa de Carvalho (2012, p. 132). Refere o autor que a *ratio* do artigo 152.º não está “na proteção da comunidade familiar, conjugal, educacional ou laboral, mas sim na proteção da pessoa individual e da sua dignidade humana”. Desde este ponto de vista, a criminalização dos maus-tratos físicos e psíquicos afeta a saúde na sua forma física e psicológica.⁴⁵ Brandão (2010) também sublinha a tutela da saúde

física e psíquica acentuando o desvalor da ação que vitimiza de modo definitivo e dramático a mulher ou o homem. O autor considera que o crime de violência doméstica pretende “prevenir e reprimir as ofensas que rebaixem de modo socialmente insuportável a dignidade pessoal da vítima” (p. 7). Gomes (2004) entende que o bem jurídico pode ser afetado por uma diversidade de comportamento que afetam a dignidade pessoal do/a ofendido/a, mas acaba por defender que o bem jurídico protegido pela norma da violência doméstica é a saúde, englobando a saúde física, psíquica, mental e moral. Matos (2006) defende que o bem jurídico protegido pela norma é a saúde física, psíquica, mental e emocional dado que se pretende proteger a dignidade e integridade da pessoa no quadro da realidade familiar, esta derivada da proteção constitucional que lhe é conferida através do artigo 67.º.

Existem, depois, diversas nuances esgrimidas pelos doutrinadores. Silva (2011) corrobora a proteção da saúde física e psíquica associando a ideia de bem-estar do indivíduo e as circunstâncias da sua felicidade com o respeito pela sua integridade física. No entanto o autor entende que se trata de um crime pluriofensivo e, por isso, engloba, também, a proteção da dignidade humana. Na mesma linha Fernandes (2008) entende que a saúde se encontra tutelada ao abrigo do princípio da dignidade humana com a decorrência lógica da proteção da integridade pessoal contra os tratamentos cruéis e degradantes.

Há particularidades flutuantes na visão sobre a proteção do bem jurídico. Leite (2010, p. 51) no artigo *Violência Relacional Íntima* discorre que “(...) a especial relação que intercede entre o agente e o ofendido, a qual é sempre de proximidade, se não física, ao menos existencial, ou seja, de partilha (actual ou anterior) de afectos e de confiança em um comportamento não apenas de respeito e abstenção de lesão da esfera jurídica da vítima, mas até de atitude pró-activa (...)”. Considera o mesmo autor que a finalidade da regra do artigo 152.º, do código penal visa assegurar “(...) condições de livre desenvolvimento da personalidade de um indivíduo no âmbito de uma relação interpessoal próxima do tipo familiar ou análogo (...) sendo este bem jurídico multimodo (...) uma concretização do direito fundamental (artigo 25.º, da C.R.P.) mas também do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º, da C.R.P.).

Ferreira (2017) chama a atenção para a circunstância de o bem jurídico abranger, também, de forma reflexa a proteção da convivência familiar tendo em conta o especial

vínculo de afetividade que se há de verificar entre o agente e a vítima, contexto que não pode ser ignorado uma vez que os maus tratos infligidos não se verificam sobre um/a qualquer estranho/a mas entre pessoas que se encontram ligadas por um vínculo afetivo. Neste sentido defende que nesse âmbito a ofensa acaba por “abalar irremediavelmente a confiança da vítima no seu agressor” (p. 4). Alinhada com esta perspectiva está Feitor (2013) que esclarece que não é tanto a saúde da vítima que o bem jurídico protege mas uma “vivência relacional e íntima com dignidade”. Diz a autora que o bem jurídico que a norma pretende proteger acoberta a dignidade humana no sentido que se pretende punir toda e qualquer conduta de violência em contexto de relação íntima e que não se espera que o decisor teça interpretações “morais ou pessoais sobre a gravidade, ou não, de uma ou mais bofetadas” (p. 3).

Para Albuquerque (2015) o bem jurídico protegido integra “a integridade física e psíquica, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual e até a honra” (p. 192). Moreira das Neves (2010) considera que o bem jurídico protegido não pode assentar apenas na proteção da saúde física e psíquica, defendendo que o dispositivo da norma almeja a proteção da integridade pessoal da vítima, a sua dignidade e o livre desenvolvimento da sua personalidade. Segundo Silva (2007, p. 110) o crime de violência doméstica protege a integridade corporal, saúde física e psíquica e a dignidade da pessoa humana em contextos de subordinação existencial, coabitação conjugal ou análoga, estreita relação de vida e relação laboral.

O crime de violência doméstica abarca uma proteção mais abrangente do que a saúde física e psíquica do agente. Os argumentos construídos em torno da sua proteção evidenciam aspetos da disposição normativa, a partir da qual se têm desenvolvido as flutuações acerca do entendimento do que deverá ser o bem jurídico protegido. Na Exposição de Motivos, da proposta de Lei n.º 98/C afirma-se que a violência doméstica deve ser tipificada como crime autónomo “em homenagem às variações do bem jurídico protegido” (p. 8-9). Apesar de o legislador ter inserido o referido crime no âmbito dos crimes contra a integridade física há um reconhecimento expresso das variações de conduta que se pretendem acautelar. Com a ratificação da Convenção de Istambul, o ordenamento jurídico, assume em definitivo que a proteção especial conferida no âmbito da violência doméstica deriva de questões de desigualdade baseadas no género. Destas dimensões dá conta a posição da doutrina e da jurisprudência.

Aquilo que os argumentos e razões da argumentação jurídica sustentam é a violação de um bem jurídico complexo onde se acentua, de forma inequívoca que a multiplicidade de condutas ofensivas afeta, de forma inerente, a dignidade da pessoa humana, não sendo exigível a reiteração de condutas, para que as ofensas conduzam a sentimentos de degradação e humilhação. A motivação das sentenças dá conta que é a dignidade humana que fica afetada com a lesão de bens jurídicos integrados na saúde física e psíquica, mas que fazem emergir os direitos fundamentais do respeito pela integridade pessoal, do desenvolvimento da personalidade e da liberdade sexual. Esta perceção é sustentada pelo próprio elemento literal que prevê que os maus tratos físicos ou psíquicos incluem castigos corporais, privações de liberdade, impedimento de fruir dos recursos económicos e patrimoniais e as ofensas sexuais. Ou seja, a complexidade da proteção deriva da consideração destas múltiplas condutas que podem afetar um conjunto diverso de bens jurídicos. Contudo, a afetação destes bens jurídicos não se desenrola dentro de um quadro qualquer de uma rixa. Tem lugar num contexto, muito específico, em que dois agentes desenvolvem ou desenvolveram um vínculo, de natureza íntima, que fica fatalmente quebrado com qualquer que seja a conduta violenta. Não é de acolher a posição que defende que a dignidade humana impõe que a justificação da sentença pondere um sentido de conduta mais gravosa e intensa para ser possível a subsunção dos factos à norma. De facto, a narrativa utilizada pelos argumentos e respetivos enunciados demonstra que as condutas violentas, quer sejam reiteradas ou não, afetam inevitavelmente a dignidade das vítimas. Que enunciados empíricos podemos identificar como ofensivos desta dignidade humana?

A motivação das sentenças indica-nos um leque múltiplo de condutas:

- “o arguido disferiu um murro no nariz da ofendida e mordeu-lhe a mão na presença do filho de nove meses que aquela tinha ao colo” (caso 2);
- “levas um murro ou pontapé que ficas aqui estendida” (caso 6);
- o conceito de maus tratos físicos abrange “todas as condutas agressivas que visam atingir diretamente o corpo do ofendido, v.g., bofetadas, murros, pontapés, joelhadas, puxões de cabelos, empurrões, apertões de braços e pancadas ou golpes desferidos com objetos” (caso 9);

- insultos e ameaças traduzidos em “Sua vaca! Sua cabra! Sua puta! Queres-me pôr fora de casa para receber velhos! És uma bêbada! Andas com amantes! Olha que levas! Dou-te já! Desfaço-te” (caso 13);
- “o arguido retirou a filha do colo da mãe e desferiu pontapés nas pernas, estaladas na face e murros na cabeça da ofendida.” (caso 18);
- “terminada a relação, passou a persegui-la junto ao seu local de trabalho e outros espaços públicos, proferindo ameaças, insultos chegando à agressão física e utilizando, através de sms, expressões intimidatórias” (caso 4);
- insultos, ameaças e perseguição (caso 11);
- os maus tratos psíquicos resultam de “todo o constrangimento, seja realizado de modo directo ou expresso, seja de modo indirecto ou implícito, temporalmente concentrado ou distribuído que, pelo menos e de modo ostensivo, atemorize a vítima com vista a afectar a sua integridade psicológica” (caso 12);
- “o arguido retirou as roupas da cama onde dormia a mulher e atirou-as para a banheira. Molhou o colchão. Tirou o colchão o que fez com que a ofendida se deitasse no chão. Acabou por voltar o colchão com a parte molhada para baixo e arrastou-o para cima da ofendida.” (caso 12);
- “o arguido, depois de telefonar insistentemente para a ofendida que se havia fechado no quarto, retirou o puxador da porta deixando-a ali retida.” (caso 12);
- os maus tratos psíquicos incluem “humilhações, provocações, molestações ou ameaças; ou noutro tipo de maus tratos, tais como ofensas sexuais e privações da liberdade, desde que se trate de actos que, isolada ou reiteradamente praticados, sejam reveladores de um tratamento insensível ou degradante da condição humana da vítima”. (caso 14).

Os factos que se enumeram deixam em evidência condutas diversas desde as bofetadas, puxões de cabelos passando por insultos, ameaças até formas muito gravosas de violência como é o caso das ofensas sexuais. Na senda de Feitor (2013) a

verificação destas condutas devia ser suficiente para a subsunção ao dispositivo sobre a violência doméstica não restando dúvidas que se tratam de comportamentos que lesam a dignidade humana porque a sua mera ocorrência faz despoletar o perigo para a vítima. Daí que a proteção do bem jurídico da violência doméstica não possa ficar cingido à proteção da saúde física e psíquica podendo, inclusive, questionar-se a sistematização deste tipo de crime no âmbito dos crimes contra a integridade física como se se tratasse de uma forma mais grave de agressão e não da lesão de bens que implicam, muitas vezes, a devastação da autoestima das vítimas, que levam anos a ultrapassar o tratamento cruel e degradante a que foram sujeitas.

Esta visão da proteção do bem jurídico levanta, naturalmente, questões atinentes ao que deve, então, ser delimitado no âmbito da dignidade humana. Sendo este um argumento na fundamentação das sentenças e que pesa na subsunção dos factos ao dispositivo normativo, convém demarcar que raciocínio lógico se apresenta neste domínio.

2. Especificidades do princípio da dignidade humana no âmbito crime de violência doméstica

Nas posições da doutrina que referimos, anteriormente, destacamos a de Brandão (2010) que tem uma visão crítica sobre englobar a dignidade humana como bem jurídico protegido pelo crime de violência doméstica. O autor alega que se assim for considerado haveria uma maior dificuldade de subsunção dos factos à norma jurídica pois as condutas teriam de ser consideradas mais graves e intensas além da intangibilidade que o princípio reveste. Analisemos se esta lógica racional tem sentido. Para tanto, iremos alavancar o tema no referencial concetual que lhe é dado pela doutrina e jurisprudência, salientando, mais uma vez, o tipo de argumentação material que é discutida.

Dos enunciados da jurisprudência nota-se o uso ritmado do pensamento doutrinário nos seguintes enunciados:

- “A ratio do tipo está na proteção da pessoa individual e da sua dignidade humana.” (Tribunal da Relação de Guimarães, de 25/09/2017, processo n. 505/15.9GAPTL.G1);

- “A jurisprudência defende que o bem jurídico protegido pela incriminação é o da dignidade humana.” (caso 2);
- “a ratio do artigo 152.º, do código penal não está “na proteção da comunidade familiar, conjugal, educacional ou laboral, mas sim na protecção da pessoa individual e da sua dignidade humana”. (caso 4);
- “o bem jurídico protegido pela incriminação é, em geral, o da dignidade humana.” (caso 4);
- “Falando a norma em maus tratos físicos ou psíquicos, castigos corporais, privações de liberdade e ofensas sexuais, percebe-se que o bem tutelado seja a pessoa e a sua dignidade humana.” (caso 6);
- “A dignidade humana compreende a saúde, a integridade física e psíquica, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual e a honra, de tal forma que a violência desenvolvida pelo agente sobre a vítima redunde num abuso de poder daquele e numa situação de degradação e humilhação desta.” (caso 6);
- “É a questão da dignidade humana e a sua envolvente que determina que ações susceptíveis de integrar estes crimes sejam tratadas como uma unidade.” (caso 6);
- “Qualquer crime contra as pessoas atenta contra a sua dignidade, por isso, as ações que integram o tipo legal da violência doméstica têm de revelar uma especial ofensa à dignidade humana que determinou o surgimento deste tipo especial que a tutela.” (caso 6);
- “O bem jurídico que a norma protege é a pessoa individual na sua dignidade humana.” (caso 11);
- “Os maus tratos psíquicos são uma conduta de mera actividade bastando o dolo de perigo para afectar a saúde, o bem-estar psíquico e a dignidade humana do sujeito passivo.” (caso 11);
- “A tutela penal situa-se no núcleo irreduzível da dignidade humana.” (caso 12);
- “A dignidade humana tem uma consagração constitucional nos seus artigos 1.º, 24.º, n.º 1 e 25.º, da Constituição da República Portuguesa e é uma referência inabalável dos direitos humanos – artigo 5.º da Declaração Universal dos Direitos

do Homem; artigo 3.º, n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.” (caso 12);

- “a *ratio* do tipo não está na proteção da comunidade familiar, conjugal, educacional ou laboral mas sim na proteção da pessoa individual e da sua dignidade humana.” (caso 26).

A linha de raciocínio demonstra a ênfase que é colocada sobre a dignidade humana enquanto dimensão que deve ter proteção no bem jurídico da disposição normativa. Trata-se de uma racionalidade interpretativa que a partir da aferição de várias condutas violentas que são praticadas contra a vítima que abrangem diversos bens jurídicos (daí a invocada complexidade) como é o caso da vida, da integridade física, da honra, dos danos psicológicos, resultado de ameaças, injúrias, coação. Daqui decorre que a dimensão nuclear da dignidade humana abrange todas as condutas ameaçadoras ou agressoras do indivíduo protegendo um conjunto de bens jurídicos agregados à disposição normativa da violência doméstica. É esta qualidade que permite diferenciar o bem jurídico complexo da violência doméstica de outros tipos penais (que também lesam a saúde física e psíquica) como a integridade física, a coação, as ameaças, as injúrias, a violação, o abuso sexual, o sequestro, etc.. Nesta senda Miranda (2020) considera que “o respeito da dignidade humana justifica a criminalização da ofensa dos bens jurídicos subjacentes aos direitos fundamentais, de acordo com a consciência jurídica geral e um princípio da proporcionalidade, e requer a proteção da vítima.” (p. 255).

Não esqueçamos o argumento que entender assim a dignidade humana – como abarcando a proteção do bem jurídico da violência doméstica – importa que a lógica racional vá buscar a critérios de intensidade e dominação a qualificação das condutas típicas da violência doméstica. Quanto a este aspeto vejamos os enunciados pronunciados num acórdão recente do Tribunal da Relação de Lisboa. A conclusão do decisor declara que “só excepcionalmente, uma única conduta será suficiente para consumir um crime de violência doméstica, em atenção à sua especial gravidade, censurabilidade e potencialidade lesiva (desvalor da acção e do resultado).” Adianta que esta é a única interpretação possível dada a *ratio* do direito penal e todo o quadro normativo de reforço da tutela da vítima e intensificação da proteção do bem jurídico que a incriminação pretende abarcar. O tribunal diz mesmo que “O crime de violência

doméstica não tutela bagatelas penais e a sua incriminação não deve ser banalizada sob pena de violação do princípio constitucional e de total desconsideração pelo sofrimento e necessidades de proteção de vítimas de reais situações de violência doméstica.”

- O arguido dirigiu-se à vítima e na presença do filho menor proferiu as expressões “cabra, vadia... não eram horas de ir buscar o filho”;
- O arguido dirigiu-se ao porta bagagens da sua viatura e retirou do seu interior um objeto, vulgo “taco de golf” e ergueu-o na direção da vítima mas foi agarrado e impedido de o fazer;
- O arguido foi encaminhado pelo irmão da vítima para a sua viatura e já dentro da mesma disse “põe-te a pau, quando menos esperares, vou-te fazer a folha”;
- Em dia posterior o arguido pediu desculpas à ofendida que lhe disse “as desculpas não se pedem, evitam-se”. Não contente o arguido declarou “estou com uma raiva, qualquer dia tanto ele como ela levam um tiro no meio da testa” referindo-se à vítima e ao seu irmão.

Depois de vários considerandos sobre os factos o tribunal considera que a verificação de um vínculo íntimo (relação familiar) entre os agentes não é suficiente para dar por consumado o crime de violência doméstica. E refere que “o bem jurídico protegido com a incriminação contida no artigo 152.º, do código penal, é, em geral, a dignidade humana, enquanto bem jurídico plural e complexo que abrange a saúde física, psíquica e mental, no âmbito de específicas relações pessoais” o que compreende as relações presentes ou pretéritas. A fundamentação aduz um critério valorativo ao afirmar que “se na ponderação da imagem global do facto, a conduta ou condutas revelarem o especial desvalor da acção ou particular danosidade social do facto...” será aplicável a disposição do artigo 152.º. Se as condutas não revestirem esta valoração, então, a situação deverá ser enquadrada na prática de um ou vários crimes, ou seja, as ações autonomizam-se. A dimensão da dignidade humana fica, assim, delimitada pelas condutas que o decisor entender – através de um critério valorativo – que se encontram revestidas pela gravidade e intensidade “necessárias” à subsunção do crime de violência doméstica. Neste particular o que resta saber é onde tem início essa fronteira de intensidade (ainda que se invoque a regra de máximas de experiência comum) para que certas condutas acabem desvalorizadas e se considere mesmo que é “normal” as

relações familiares assumirem certas dinâmicas decorrentes do “convívio diário ou frequente” que envolvem “problemas quotidianos” que “geram tensão, discórdia, preocupações várias que nem sempre são geridas de harmonia com as exigências básicas de respeito, espírito de entreatajuda e solidariedade...”. O senso comum da proposição está correto até ao momento em que se percebe que o raciocínio se encaminha para o desvalor das ações praticadas e conseqüente esvaziamento do crime de violência doméstica.

Fala, depois, o tribunal que, atentos à gravidade das condutas de maus tratos não pode haver uma “banalização da incriminação da violência doméstica” apontando que, caso assim seja, ocorrerá a violação do princípio da proporcionalidade. Temos, portanto, uma ótica diferente daquela que há pouco referimos sobre Miranda (2020) que defende que a ofensa de bens jurídicos de direitos fundamentais exige a verificação do princípio da proporcionalidade. De resto, o tribunal também não esclarece porque razão é que as condutas do arguido violam tal princípio, considerando que os factos relatam uma discussão pontual em que ambos os agentes se envolvem na troca de impropérios e que a tendência da banalização destas condutas como violência doméstica deve ser refreada sob pena de faltarem meios de apoio às “verdadeiras” vítimas.

Uma outra posição argumentativa, distinta desta última quanto à dimensão da dignidade humana, vem exposta no acórdão do tribunal da Relação de Coimbra, de 16 de janeiro de 2013 (processo n.º 486/08.5GAPMS.C1). A decisão trata de um caso em que o arguido e a vítima se encontram separados, mas a viver na mesma casa. A relação entre ambos é tensa e revestida de grande animosidade, ocorrendo discussões frequentes e insultos recíprocos. Em certo momento o arguido confessa que privou a mulher do acesso à água, gás, eletricidade, telefone e correio, na casa onde ambos habitavam. O tribunal vem a considerar que “segundo as regras da experiência comum, como a privação de bens essenciais no espaço da residência que será o reduto de maior tranquilidade de qualquer pessoa, constituindo uma forte humilhação e privação do que de mais essencial se espera desse espaço privado, atentatória da dignidade humana.” A motivação é suportada pelo enunciado doutrinário que defende que “o bem jurídico protegido nos tipos legais de crime de violência doméstica e de maus-tratos reside na dignidade da pessoa humana... As condutas previstas abrangem os maus-tratos físicos...

e psíquicos, como humilhações, provocações, molestações, ameaças...”. O enunciado valorativo justifica que “A degradação de relações desta natureza que, do ponto de vista dos valores que o direito penal também prossegue, impõe a exigência de um maior grau de consideração/respeito pelo outro... é um dos fatores que justifica a criação de um tipo específico de crime que se distingue dos tipos comuns preenchidos quando não se verifica o especial relacionamento entre agente do crime e vítima... o que significa que eventuais injúrias, ofensas à integridade física, ameaças, coações são já consideradas pela lei como mais graves se ocorridas dentro desse tipo de relacionamento, mais lesivas da condição humana que se quer revestida de dignidade.”

Um sentido comum que estes enunciados argumentativos utilizam é que os maus tratos constituem uma ofensa à dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, afetam um outro conjunto de direitos fundamentais como é o caso da integridade pessoal, da autonomia e livre desenvolvimento da personalidade e da liberdade sexual. A divergência de sentidos manifesta-se, então, no critério material que usa a intensidade e a gravidade das condutas ilícitas como método de decisão para as subsumir aos elementos típicos do crime. Acrescente-se a este critério material a presença marcante da ideia de domínio e poder que subjaz aos maus tratos em contexto de relações íntimas quer estas sejam presentes ou passadas. Estes problemas conduzem-nos à indagação que acima colocámos: como “medir” esta intensidade? Como saber o modo de subsumir as condutas típicas à norma penal? É que se existem – como vimos – enunciados que esclarecem sobre os valores subjacentes à proteção dos múltiplos bens jurídicos agregados à norma da violência doméstica, o mesmo não se pode afirmar em relação à questão levantada sobre o princípio da proporcionalidade. Vamos deter-nos sobre essa análise no próximo ponto.

3. Dinâmicas do princípio da dignidade humana na proteção dos bens jurídicos no crime de violência doméstica

O princípio da dignidade humana enforma o motor dos direitos fundamentais. A Constituição da República Portuguesa começa por declarar no seu artigo 1.º que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.”

O seu artigo 26.º, n.º 2 dispõe que “A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.” A norma Rainha consigna, desta forma, um princípio jurídico que serve de orientação e fundamentação à criação/aplicação das normas. Como princípio, o postulado sobre a dignidade humana carece de uma previsão e estatuição o que lhe confere um grau de abstração e indeterminação que, depois, na aplicação do direito é sujeito a uma ponderação (Lamego, 2016).

A adoção de um conceito de dignidade humana resulta numa complexidade racional se pensarmos em termos de definição material, pois a amplitude da dignidade humana envolve aquilo que é mais inato na pessoa humana, resultante de noções filosóficas. Kant (2008), por exemplo, defendia que é uma qualidade inalienável de todos os seres humanos traduzida na liberdade e autodeterminação dos indivíduos através da razão quando afirma que “A autonomia é assim a base para a dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional” (p. 34). Já Miranda (1999) esclarece sobre uma série de atributos inerentes à dignidade humana: que se reporta a cada pessoa, individual e concreta; que pertence à pessoa enquanto homem e mulher; que na relação comunitária deve haver o reconhecimento de igual dignidade para na com a pessoa e entre as pessoas; que a dignidade humana é um elemento da pessoa e não da situação; que a liberdade prevalece sobre a propriedade e a dignidade é o primado do ser e não do ter; que a dignidade justifica a procura da qualidade de vida; que a dignidade implica uma visão universal de direitos fundamentais; que a dignidade supõe a autonomia e autodeterminação da pessoa relativamente ao Estado (p. 476).

A dignidade humana, reconhecida como princípio constitucional implica um valor axiológico. Cortês (2010) defende que “A dignidade da pessoa é axiologicamente primordial e, por isso, a vontade popular está-lhe juridicamente subordinada (...)” (pp. 77-78). A partir desta conceção é possível aferir uma dinâmica entre aquilo que é vinculado pelos princípios e pelas normas jurídicas, comportando um e outro, coisas diferentes. O diálogo entre os princípios e as normas ganha uma ênfase considerável com Dworkin (1977) quando decide atacar o formalismo positivista e defender que as normas não têm resposta para tudo, levantando questões de reflexão sobre a natureza axiológica na aplicação do direito. Pareceu ficar mais clara a diferença entre princípios e normas na medida em que, muitas vezes, o aplicador do direito confronta-se com

indeterminismos das disposições normativas, mas que a partir de uma coerência hipotética de proposições acaba por retirar enunciados através dos quais se formulam princípios. Dworkin argumenta que o modelo do positivismo força os agentes judiciários a ignorarem papéis importantes, desempenhados pelos padrões, e que não advém das regras. Quis o autor significar que na aplicação do direito sobressaem outras razões justificativas de uma decisão judicial além das regras jurídicas. Já Alexy (2008) adiantou que os princípios são normas que indicam que algo deve ser realizado de acordo com as possibilidades jurídicas e fácticas existentes, o que significa que os princípios implicam comandos de otimização do sistema. O autor desenvolve, assim, uma teoria sobre os direitos fundamentais onde contrapõe o conceito absoluto ao conceito relativo da dignidade humana. Tratando-se da perspectiva absoluta, a dignidade humana tem prevalência sobre todas as normas e não permite um exercício de ponderação. Já o conceito relativo permite a ponderação do princípio da dignidade humana em confronto com outras normas sendo, portanto, compatível com a proporcionalidade e, nesta situação, o método implica que se estabeleçam critérios de medida de peso no processo de ponderação. Tal como refere o Acórdão n.º 101/2009, de 3 de março de 2009, o princípio da dignidade humana tem um valor próprio que desempenha funções importantes em matéria de direitos fundamentais, designadamente, em relação ao princípio da igualdade e no tocante a definir “critério de interpretação e de ponderação nos conflitos entre direitos”.

O conceito de dignidade humana, entendido de forma absoluta não admite o uso da proporcionalidade e, deste modo, seria inviável o debate argumentativo pois um qualquer ato de agressão (seja qual for o crime), naturalmente, fere a dimensão daquele princípio. No que concerne a análise do princípio, sob a perspectiva de conceito relativo, então será admitido o exercício da proporcionalidade tendo em conta que, em situações concretas o conjunto de agressões atentatórias da integridade física e psíquica, desferidas de forma desproporcional contra um grupo específico, atenta dramaticamente contra a dignidade humana. E, assim sendo, é possível neste último domínio o debate sobre a argumentação jurisdicional. Tanto mais que um relatório sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional Português (2007) refere-se a uma dimensão objetiva do princípio da dignidade humana “na medida em que são sempre objectivos os critérios últimos e legitimidade de todo o poder político estadual” (p. 2).

De acordo com o exposto pode ser defendido que a argumentação jurídica, no campo da violência doméstica, tem subjacente um valor axiológico inerente: as agressões contra a integridade física e psíquica de uma pessoa ferem a sua dignidade humana afetando outros corolários deste princípio, tais como a autonomia da vontade, a liberdade ao desenvolvimento da personalidade e a liberdade e autodeterminação sexual. Não obstante o elemento literal da disposição normativa penal não fazer referência àquele princípio, o facto é que as decisões judiciais lhe dão particular destaque, sobretudo, no momento de entenderem que bens jurídicos são violados pelos maus tratos, estabelecendo relações entre a norma, o seu enquadramento sistemático e valor axiológico, com a natureza de agressões cometidas dentro de um contexto específico, que é o das relações íntimas.

O discurso prático demonstra, deste modo, que além das regras jurídicas, o decisor usa outros elementos que constituem razões de natureza justificativa. O encadeamento esquemático analisado na II parte revela que a atividade decisória emprega um modelo silogístico formal, ao mesmo tempo que demonstra a natureza complexa da atividade decisória. Este ponto de vista justifica que se lance um olhar sobre o peso argumentativo da dignidade humana, nas decisões sobre violência doméstica, e se esclareça afinal como se encontra densificado e a importância que decorre da sua ponderação.

Aquela abordagem de conceção relativa a que alude Alexy (2008) é aferida através da jurisprudência do Tribunal Constitucional percebendo-se não ser identificável um conteúdo pré-determinado do princípio da dignidade humana, mas sendo verificável um alcance prescritivo do mesmo. Constitui um método jurídico que vem concretizar as disposições constitucionais ultrapassando a retórica de uma dogmática de princípios. Vejamos alguns dos argumentos que a máxima instância pondera na delimitação do princípio da dignidade humana bem como o exercício de lógica racional dos postulados que daí derivam.

No Acórdão do Tribunal Constitucional, de 29 de março de 1990 (processo n.º 90-105-2), declara-se o princípio da dignidade humana como “um princípio regulativo primário da ordem jurídica” que pode constituir “padrão ou critério possível para a emissão de um juízo de constitucionalidade” sobre as normas jurídicas. Acrescenta a dita decisão que a ideia de dignidade humana no seu conteúdo concreto não deriva

de algo “apriorístico ou a-histórico, mas que, necessariamente, tem de concretizar-se histórico-culturalmente”. O tribunal constrói a ideia de “princípios abertos da Constituição”. Outra ideia decorrente da dignidade humana é fundamentada no “étimo fundante da República e dos direitos fundamentais” conforme declara o Acórdão n.º 121/2010, de 8 de abril de 2010, conduzindo à ideia de “uma unidade de sentido, que se organiza em torno da ideia de dignidade das pessoas”. Ligada a esta ideia da unidade do sistema, o Acórdão n.º 84-016-2, de 12 de maio de 1984, decidiu retirar as penas de carácter infamante a fim de “evitar a atribuição de efeitos automáticos estigmatizantes perturbe a readaptação social do delinquente”.

A densificação do princípio da dignidade da pessoa humana fica bem detalhada num outro acórdão (Acórdão n.º 465/2019, do Tribunal Constitucional) de cuja argumentação resulta de um caso relativo a uma gestante cujos direitos foram considerados, excessivamente, restringidos de acordo com a disposição do n.º 2, do artigo 18.º, da Constituição da República Portuguesa. O tribunal adota uma dimensão objetiva e autónoma referindo que se trata de “um princípio jurídico que poderá ser utilizado na concretização e na delimitação do conteúdo de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados ou na revelação de direitos fundamentais não escritos”. O Tribunal assume, por um lado, que a dignidade humana não pode ser identificada a partir de valores éticos, morais ou religiosos, mas também não pode ser considerada apenas como uma “norma de receção” com um “conceito totalmente aberto e sem conteúdo”.

Nas decisões jurisprudenciais respeitantes à violência doméstica o argumento sobre a dignidade humana, enquanto bem jurídico protegido pela norma penal, não é consensual e não se retira dos seus enunciados a sua densificação. Pode afirmar-se que existe uma narrativa retórica que se enquadra na perceção do princípio como motor da unidade do sistema e portador de um inerente valor axiológico. De facto, o vigor dos argumentos utilizados reside na circunstância de o princípio constituir uma força motriz na proteção do complexo bem jurídico protegido pela norma jurídica e de postulados que daí derivam como o respeito pela integridade pessoal, previsto no artigo 25.º, n.º 1 e 2, da Constituição da República Portuguesa. Ou o respeito devido a direitos pessoais como a identidade pessoal, o desenvolvimento da personalidade, a capacidade civil, a cidadania, o bom nome e a reputação, a imagem, a palavra, a reserva da intimidade da

vida privada e familiar e a proteção contra quaisquer formas de discriminação, tudo consignado no artigo 26.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa.

No entanto, não resultam claros os enunciados justificativos sobre confronto de direitos, designadamente, aquilo que trata da dignidade humana da pessoa ofendida e da pessoa que é agressora. A dignidade humana tem, como é demonstrado pela jurisprudência constitucional, um vínculo indissociável com a liberdade. A liberdade implica que cada indivíduo decida sobre as suas aspirações, conceba projetos de vida e articule com outras pessoas. E se assim é, o leque de direitos fundamentais pertence ao ser humano que, em certo momento, pode em abstrato conduzir ao conflito desses mesmos direitos. Nestes termos, o raciocínio judicial deve invocar a dignidade humana chamando à colação todos os direitos que conflituam. A constatação de um conflito de direitos no momento da construção da argumentação jurídica exige a técnica da ponderação num confronto entre os bens jurídicos ofendidos. Porém, tal como defende Sottomayor (2019) a metodologia jurídica não deve ignorar o contexto em que as pessoas vivem e as diferenças que podem ser ocultadas pela aplicação de uma lógica formal dedutiva.

Referiu Maria de Fátima Mouros no Acórdão em voto de vencida que “Dignidade e autonomia da pessoa, embora indissociáveis, não se confundem” na medida em que a liberdade não pode ser entendida “como um exercício ilimitado e arbitrário da vontade”. Nesta perspetiva, os direitos conflituam e é legítimo “limitar a autonomia nos casos em que o seu exercício tem implicações nos outros”. Nesta senda, é habitual a referência doutrinária a Günter Dürig que defendeu que “a dignidade humana é atingida quando o ser humano em concreto é degradado a objeto, a um simples meio, a uma realidade substituível”⁴⁶. Daqui resulta que são inaceitáveis quaisquer agressões, quer se trate de insultos, ameaças, injúrias, agressões, com maior ou menor intensidade, dado que qualquer ação violenta (ainda que seja uma bofetada ou um insulto) constitui uma ofensa à integridade pessoal que, por sua vez, pode ser condicionadora dos direitos pessoais. Seguindo a argumentação da decisão acima referida, a dignidade humana postula um valor intrínseco da capacidade de autonomia e desenvolvimento da personalidade levando a que não se possa considerar colocar de parte a importância de “atuações ou situações que, sendo impostas e não consentidas atentariam contra a dignidade do sujeito.”

No domínio da violência doméstica e, mais especificamente, nas relações de intimidade determinamos o confronto de direitos em duas situações: (i) confronto entre crimes concorrentes, ou seja, o julgador pondera as agressões praticadas contra a vítima e decide que elementos justificativos determinam o seu entendimento como maus-tratos ou meras agressões; (ii) confronto de direitos da vítima e direitos do agressor no momento em que é determinada uma condenação com pena suspensa.

Quanto ao primeiro conflito note-se que o entendimento sobre a subsunção de agressões a maus-tratos tem uma influência determinante nos direitos da vítima. Se um tribunal decide qualificar ações violentas, em contexto de violência doméstica, como injúrias, coação, ameaça, agressão à integridade física, etc., a vítima é, de imediato, afastada dos direitos que lhe são conferidos pelo estatuto que lhe confere essa qualidade. Como referimos antes, Brandão (2010) sustenta que considerar a dignidade humana no escopo da proteção do bem jurídico do crime de violência doméstica pode ser contraproducente uma vez que os tribunais tenderão a avaliar as condutas por um exigente patamar de intensidade e gravidade das condutas. cremos, no entanto, que a questão não deve ser colocada nestes termos. Reconhecemos que a dignidade humana comporta uma densidade da qual podem decorrer diversos tipos de violações. Porém, tais critérios (que são prevaletentes nos enunciados da qualificação do tipo) devem atender à ponderação entre os direitos que, potencialmente, são esvaziados da esfera jurídica da vítima (colocando-a, até, em risco) e os direitos do agressor que venha a ser acusado da prática do crime de violência doméstica. Ora, nesta perspetiva de ponderação admite-se que a fórmula de Dürig, decorrente de um critério interpretativo, considera que a dignidade humana fica, inevitavelmente, ferida pela ação do Estado. O Estado detém os meios de proteção das vítimas, mas não os atribui pelo facto de uma conduta violenta (quer seja física quer seja psicológica) ser afastada da subsunção da disposição normativa da violência doméstica. Pode invocar-se que deve atender-se aos elementos do tipo no ato da qualificação. Porém, o que os argumentos sobre este raciocínio demonstram é a utilização de critérios como intensidade e gravidade que não são elementos do tipo. As condutas violentas é que constituem elementos do tipo.

Outro risco associado a este caminho lógico-racional da qualificação do tipo, quando considerada a intensidade, é o desvalor que recai nas ações de agressões designadas por “menores”. E se este é o raciocínio fixado pela jurisprudência, então,

caímos na situação de estabelecer um padrão “ideal” de vítima tolerando “pequenas” violências que seguem na reiteração de estigmas associados às relações íntimas. As agressões, em contexto de relações de intimidade, dizem respeito a um especial vínculo que existe entre dois agentes, um ativo e outro passivo, em que um é agredido e o outro é ofendido, resultando um ato que merece qualificação penal.

A ponderação do princípio da dignidade humana exige pesar que uma (ou mais) agressão perpetrada por um/a companheiro/a afetará de forma mais premente o bem-estar que decorre da partilha de uma vida em comum com interesses específicos, dos quais pode derivar a intimidade, a interdependência e a proximidade. Alarcão (2000) refere que na raiz da violência em relações de intimidade radica numa forma de exercício de poder que pode ser praticado com recurso à força física, psicológica, económica, política e sexual. Diz a autora que “O objectivo final do comportamento violento é submeter o outro mediante o uso da força” (p. 296). Analisadas as situações de violência doméstica, de forma casuística pode, de facto, ser construído um argumento justificativo a partir do princípio da dignidade da pessoa humana possibilitando o enquadramento das agressões “menores” como condutas que cabem nos maus-tratos do crime de violência doméstica.

Um segundo campo de reflexão diz respeito ao conflito de direitos que pode ocorrer entre o confronto de direitos da vítima e direitos do agressor no momento em que é determinada uma condenação com pena suspensa na sua execução. Estão subjacentes questões sobre a dignidade humana e corolários decorrentes como a autonomia e desenvolvimento da personalidade. Naturalmente que aqui não podem deixar de ser sopesados critérios que respeitam a dignidade humana de vítima/agressor ponderando em que medida a dignidade humana da vítima fica fatalmente arruinada, não esquecendo que a dignidade do condenado deve ser, igualmente, aferida no sentido de lhe ser garantido um tratamento condigno, depois da condenação. Em caso de conflito deve proteger-se o valor supremo da dignidade humana, elemento estrutural dos valores axiológicos imprimidos na nossa Constituição. Nesta medida, o razoamento judicial deve acrescentar critérios dos benefícios/custos do conflito sendo aceitável pensar num sacrifício que é imposto ao agente agressor esclarecendo sobre o que é incompatível com a dignidade humana.

Neste particular o GREVIO (2019) chama a atenção para aspetos que falham na aplicação dos dispositivos penais apontando algumas falhas no cumprimento da Convenção de Istambul que, como se sabe, consagra um leque extenso de direitos que pretendem, especificamente, vincular os Estados-membros à adoção de medidas preventivas e protetoras de vítimas de violência de género.

A violência doméstica compreende condutas inaceitáveis contra a personalidade, autonomia e desenvolvimento da mulher e do homem. A prática de maus-tratos no quadro das relações íntimas constitui uma realidade que o legislador decidiu tipificar considerando todo o quadro normativo internacional que foi sendo criado na proteção dos direitos das mulheres, fazendo transparecer uma abordagem inequívoca de género. Daí que as condutas agressoras sejam consideradas como típicas da violação de valores constitucionais porque reveladoras de uma especial perigosidade para os diversos bens jurídicos. Do elemento teleológico da norma não pode estar, apenas, subjacente a proteção da integridade física das vítimas porquanto isso seria negar um conjunto de enunciados de natureza sistemática e axiológica que a disposição normativa reveste.

No caso 1 dois indivíduos são condenados a pena suspensa, pela prática de um crime de violência doméstica, depois de perseguirem, sequestrarem e agredirem a vítima. O tribunal enuncia que se deve privilegiar a socialização dos agentes e que estes são cidadãos fiéis ao direito, com um comportamento, até, normativo até aí e esperando-se que os mesmos comportamentos não se voltariam a repetir. Ao longo da argumentação não se verifica qualquer abordagem aos direitos da vítima e os riscos que podem derivar de uma pena suspensa que, para todos os efeitos práticos, implica que os indivíduos permaneçam em liberdade.

No caso 3 um arguido vem condenado, da primeira instância, pelo crime de violência doméstica por ter agredido a mulher na presença do filho menor, agarrando-a pelos pulsos, puxando-lhe os cabelos, empurrando-a contra a parede e apertando-lhe o pescoço. O mesmo arguido já havia sido condenado, anteriormente, pela prática de violência doméstica com pena de prisão suspensa de 3 anos. Neste caso, o tribunal decide esvaziar o crime de violência doméstica suportando a sua visão no facto de as provas serem insuficientes e a vítima ter provocado.

No caso 5 o arguido havia sido condenado a pena de prisão efetiva e o tribunal da Relação decide reverter a decisão para uma pena de prisão, suspensa na sua execução. As razões aduzidas para a alteração desta condenação são sustentadas pelo reatamento da relação íntima entre a vítima e o agressor. Os enunciados justificativos são elencados a partir dos preceitos normativos que respeitam os critérios de ressocialização do agente. No entanto, nada se refere no que respeita aos riscos associados com as condutas violentas praticadas pelo agressor, considerando que as mesmas são reiteradas e que já havia sido, anteriormente, condenado por crimes como roubo, condução sem habilitação legal, roubo na forma tentada, furto qualificado, ameaças e ofensas, entre outros. Quer dizer a propensão para a prática de condutas violentas não foi atendida, mas considerou-se determinante o silêncio do arguido, a vítima não prestou declarações e o relacionamento amoroso foi reatado.

A dignidade humana constitui um princípio enquadrável num argumento justificativo que as decisões, no âmbito da violência doméstica, utilizam repetidamente. A construção de tais enunciados (doutrinários e jurisprudenciais) decorrem da interpretação de elementos do preceito normativo e reforçam a dimensão garantística que Atienza & Manero (2004) defendem na sua obra *Las piezas del derecho*. Também Dias (2009) entende que há lugar à dimensão da dignidade humana por só assim se encontrar legitimidade na intervenção punitiva do Estado e este tem de ser capaz de ponderar os vários direitos em confronto. Significa que a dignidade humana não constitui o bem jurídico protegido pela norma da violência doméstica, mas confere-se a possibilidade de, a partir da sua interpretação, definir uma dimensão de garantia de direitos às vítimas, principalmente, aqueles que dizem respeito ao estatuto de vítima, qualidade que é conferida por órgãos da justiça. Este entendimento garantístico justifica que se entenda a integridade pessoal e todos os direitos pessoais dessa integridade como definidores de bens jurídicos protegidos pela disposição normativa.

4. Problemas de qualificação das condutas típicas

Neste ponto analisa-se a qualificação de factos e a forma como o decisor os interpreta no sentido de os enquadrar (ou não) nos elementos típicos do crime de

violência doméstica. Na discussão sobre a qualificação das condutas típicas incluímos a questão da intensidade dos maus-tratos.

Nas relações de intimidade é construído um vínculo afetivo ou uma ligação da qual derivam aspetos relacionais, diferentes daqueles que verificamos em relações de outra natureza, inclusive aquelas que se referem às ligações familiares. Dias (2012) esclarece que existem crimes que são praticados por certos autores em função da sua especificidade. Nesta medida, a violência doméstica trata de prever um crime específico, onde se incluem as relações íntimas, previstas nas alíneas a) e b), do n.º 1, do artigo 152.º, do código penal. Daqui se tem identificado diversos tipos de relações íntimas que abarcam os cônjuges ou ex-cônjuges, os namorados ou ex-namorados, as relações extraconjugais, todas elas presentes ou pretéritas. Estamos, portanto, perante um conjunto diverso de relações íntimas que apresentam como traço comum o facto de existir (ou ter existido) um vínculo especial de ligação ou afetividade. E a ênfase neste vínculo é tanto mais proeminente quando se verifica que a previsão da disposição normativa atende, igualmente, à circunstância de haver coabitação ou não. Ou seja, da letra da norma pode decorrer a interpretação do critério do especial vínculo afetivo entre os agentes, com ou sem coabitação, numa relação presente ou passada. Toda esta diferenciação, decorrente do elemento literal, ganha consistência se atendermos que a “violência entre parceiros íntimos” deriva do conceito de violência social cujo significado é complexo e multidimensional pois revela atitudes violentas baseadas no sexismo da linguagem, na heteronormatividade e hipersexualização (Macedo, 2015). Também Beleza (2010) afirma que a “(...) visibilidade acrescida em função dos movimentos sociais e da investigação académica a violência exercida pelos homens contra as “suas” mulheres é corretamente tomada como paradigmática da violência doméstica.” Mulheres e homens, nas relações íntimas constituem núcleos distintos de vítimas de violência doméstica em virtude do especial vínculo construído a partir da relação afetiva.

Nas decisões analisadas, as considerações sobre o preenchimento dos elementos típicos nem sempre recorrem às questões derivadas deste vínculo relacional, suportando, antes, enunciados baseados nas questões da intensidade e gravidade das condutas violentas o que resulta numa prática judiciária com efeitos nocivos para a vítima: a desvalorização de ações violentas “menores”, no âmbito de relações afetivas e a inclinação para subsumir tais condutas em outro tipo de crimes, esvaziando (como se

disse no ponto anterior) os direitos associados ao estatuto da vítima e contribuindo para uma certa desculpabilização destas práticas violentas no seio das relações íntimas. Um aspeto que reflete a heteronormatividade, a hipersexualização e o assédio da designada “violência social” (Macedo, 2015).

Aquilo que verificamos é o uso de enunciados justificados com base no critério da intensidade, que não podemos deixar de escrutinar. Lançamos, primeiro, um olhar sobre as decisões analisadas na presente investigação e apontaremos, em segundo lugar, algumas razões aduzidas pela restante jurisprudência dos tribunais superiores.

Quando a reforma penal veio consagrar a não reiteração das condutas ofensivas, no âmbito da violência doméstica, lançou para o debate a questão da intensidade de um único ato ofensivo. Encontramos em vários registos jurisprudenciais que a circunstância do ato único de maus tratos, desde que revestido de intensidade, ao nível do desvalor da ação e do resultado, é suficiente para ser subsumido ao crime de violência doméstica (Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 28 de abril de 2010 – processo n.º 13/07.1GACTB.C1).

No caso 2 o tribunal refere que “um único ato ofensivo só consubstanciará um mau trato se se revelar de uma intensidade tal que seja apto a lesar o bem jurídico protegido”. No caso 3 menciona-se que para se preencher o crime de violência doméstica e de maus tratos não se exige a reiteração de condutas, sendo suficiente a ocorrência de “um único acto ofensivo de tal intensidade, ao nível do desvalor da acção e do resultado...”. No caso 5 determina-se que uma conduta só é passível de integrar o crime de violência doméstica caso se verifique “uma intensidade do desvalor da acção e do resultado... mediante ofensa física, psíquica, emocional ou moral, de modo incompatível com a dignidade da pessoa humana”. No caso 7 é usado o critério da intensidade, mas o decisor constrói um raciocínio de ponderação relativamente aos dois lados do litígio. Esclarece que as condutas do arguido são inaceitáveis porque o seu comportamento revelava pouca consciência crítica sobre as suas ações e o resultado que provocou. Já do lado da vítima deu ênfase às consequências que a violência doméstica provocou na esfera da vida pessoal. Ou seja, da argumentação retira-se que os “pequenos” danos físicos (bofetadas, empurrões, insultos, ameaças) tendem a ser minimizados e desvalorizados através do critério da intensidade. No caso 9, o tribunal decide que os factos provados revelam uma conduta reiterada do arguido mas que se

tratam de ações ofensivas de baixa intensidade. Porém, a tónica é colocada na reiteração, numa imagem global das circunstâncias, que permite o enquadramento no crime de violência doméstica. Desta forma as condutas são subsumidas “indubitavelmente ao conceito de maus tratos psíquicos...”. No caso 10 a ideia é exposta na assunção de que “a descrição típica da violência doméstica recorre às ideias de reiteração e intensidade para esclarecer que não é imprescindível uma continuação criminosa”. No caso 17 destaca-se que “no que respeita à intensidade, ao nível do desvalor da ação e do resultado, as situações de violência doméstica têm que ser aptas a lesar o bem jurídico protegido...”. O caso 27 recorre, também, a este argumento quando afirma um enunciado doutrinário que defende ser “sempre de exigir que o comportamento violento, visto em toda a sua amplitude, seja um tal que, pela sua brutalidade ou intensidade ou pela motivação ou estado de espírito que o anima seja de molde a ressentir-se de modo indelével na saúde física ou psíquica da vítima.” E segue com outra razão justificativa que afirma “Os «maus tratos físicos ou psíquicos» devem, a nossos olhos, ser interpretados como *lesões graves, pesadas da incolumidade corporal e psíquica do ofendido...*”.

Numa outra análise empírica a outros registos jurisprudenciais são declarados o mesmo tipo de enunciados. Num acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 16 de março de 2022 (processo n.º 1052/20.2GBVNG.P1) indica-se que o arguido, no âmbito de uma relação de namoro, logrou ofender a vítima em virtude da intensidade das suas ações que, reiteradamente, a insultava e ameaçava. O tribunal considerou este critério mesmo verificando que a ofendida chegou, também, a insultar o arguido. Já num outro acórdão, com a mesma data (processo n.º 613/20.4PDVNG.P1) o decisor faz uma ponderação diferente do critério de intensidade. Usa o argumento do perigo abstrato de uma única ação ofensiva determinando que essa tem “a virtualidade de fechar a tipicidade deste crime de perigo” pois que “em potência se renovará em futuras agressões...” e que “é o perigo dessa tirania que o tipo de perigo do artigo 152.º na única agressão visa tutelar e esconjurar, sem necessidade de esperar pela consumação do intenso e continuado sofrimento que decorre da reiteração”. Também do mesmo Tribunal da Relação do Porto, o acórdão de 2 de fevereiro de 2022 (processo n.º 927/20.3KRPT.P1) indica que “para a densificação do conceito de mau trato não basta que o agente pratique um destas condutas. Exige-se que todas estas ações ou omissões

sejam particularmente graves... porque particularmente intensas ou desvaliosas”. No Tribunal da Relação de Lisboa, o acórdão de 7 de fevereiro de 2019 (processo n.º 98/18.5PLSNT.L1-9) refere que os factos demonstram que o arguido prosseguiu com “condutas repetidas no tempo, com violência psicológica e física, de média e alta intensidade...”. Na decisão de 13 de fevereiro de 2019, também do Tribunal da Relação de Lisboa, se reafirma a tese doutrinal de Plácido Fernandes que defende que um único ato ofensivo deve estar revestido de uma particular intensidade para justificar que numa relação íntima, apesar do enorme clima de conflitualidade entre os agentes, a mesma “não representa um potencial de agressão”. No Tribunal da Relação de Guimarães, o acórdão de 9 de outubro de 2017 (processo n.º 83/14.6GAMCD.G1) determina que as circunstâncias atinentes aos factos provados “num quadro de relacionamento conjugal deteriorado...” que se manteve por livre vontade entre os cônjuges, sem posições de poder mútuo, mas de igualdade conjugal, uma ação isolada e pouco intensa não é merecedora da censura penal imposta pelo artigo 152.º, do código penal.

Os enunciados que acabamos de expor sobre o critério da intensidade apontam para o desvalor de condutas agressoras, designadas, de ofensas “leves” cujo resultado não é apto a ser qualificado no enquadramento dos maus-tratos que se configuram na norma penal do artigo 152.º. É uma posição que retrata o antigo padrão de não ingerência nos assuntos familiares. Note-se que, apesar de tais condutas serem passíveis de enquadramento em crimes concorrentes com a violência doméstica, verifica-se uma narrativa que desvaloriza as ações violentas no seio das relações de intimidade. Refere Féria (2017) que a perspetiva de género exige que não existem maus tratos “leves” e que se as condutas violentas são aptas a enquadrar a complexidade do bem jurídico da norma então deverão merecer enquadramento penal na violência doméstica.

Esta ideia de intensidade surge associada à ideia de gravidade sobre a qual Martins (2011) esclarece que o “crime avalia-se pela grandeza dos danos materiais, morais e psíquicos provocados à vítima, ou pelo perigo ou risco criados, pela perturbação na paz jurídica da vida em sociedade.” (p. 499). É possível encontrar critérios para a determinação da gravidade. O mesmo autor refere que devem ser considerados o grau de violação do interesse protegido da vítima, a amplitude dos danos (materiais e não materiais), a pluralidade de interesses ofendidos e suas consequências e a eficácia dos meios de agressão utilizados (p. 504).

O raciocínio complexo que se denota dos enunciados esgrimidos aponta para que o critério de intensidade seja elemento identificador de danos físicos (que devem ser evidentes) em detrimento dos danos psicológicos. Saliente-se, por exemplo, que o caso 7 usa um critério de ponderação para aferir o impacto que as agressões causaram na vida da vítima. A mesma metodologia de ponderação é usada no processo n.º 613/20.4PDVNG.P1, do tribunal da Relação do Porto que usa a figura do perigo abstrato associado à prática de uma única ação ofensiva. Nas demais decisões a tônica da argumentação recai sobre desvalor da ação e impacto do seu resultado. A Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 98/X (vide Diário da Assembleia da República, II Série – A, n.º 10, de 18-10-2006.) tratou expressamente esta questão da intensidade quando declarou que “Na descrição típica da violência doméstica e dos maus tratos, recorre-se, em alternativa, às ideias de reiteração e intensidade, para esclarecer que não é imprescindível uma continuação criminosa”.

A intensidade é um enunciado de caráter valorativo que usa razões de natureza empírica e normativa para sustentar a qualificação de condutas ofensivas que tendem a ignorar as questões de género subjacentes às relações de intimidade. Tal como refere Macedo (2015) a “violência social abre espaço à violência entre parceiros íntimos (VPI) e, de alguma forma, contribuí para a sua indevida legitimação”. Ferreira (2017) considera que a intensidade não pode ser utilizada como critério para a densificação das condutas ofensivas pois a norma pretende, também, proteger um especial vínculo relacional. A autora defende que a intensidade, mesmo que não atinga um especial relevo, pode comprometer em definitivo “a pacífica convivência familiar ou doméstica”. Feitor (2013) declara, também, uma posição crítica sobre o critério da intensidade quando defende que para o decisor a prova de que foram praticadas condutas ofensivas no seio de uma relação íntima deve ser suficiente para o seu enquadramento no crime de violência doméstica, pois qualquer que seja a ofensa, no âmbito da relação. Já se violou a dignidade do sujeito.

O tratamento da qualificação das condutas através deste critério estreito sobre a intensidade pode, potencialmente, conduzir ao enquadramento daquelas em outro tipo de crimes que não têm subjacente a questão do género, nos termos em que este surge no campo das relações íntimas. O GREVIO (2019) veio declarar que as autoridades portuguesas deviam adotar as medidas necessárias para que a ofensa da violência

doméstica fosse efetivamente prosseguida através da aplicação cumulativa com outras previsões penais.

O problema da sociedade androcêntrica é visível no problema que Ferreira (2017, p. 583) identifica quando defende que a jurisprudência portuguesa revela que “(...) dos factos dados como provados não é possível concluir que o agente atuou com o intuito de desrespeitar a pessoa da vítima (...)”. Qualquer agressão no seio da relação de intimidade é uma conduta que desrespeita a pessoa da vítima e avilta contra a sua dignidade humana, a sua integridade física e psíquica e a sua autonomia de vontade. Este particular aviltamento deve ser atestado a partir da perspetiva de poder e dominação que ocorre sobre a vítima. Neste sentido Matos (2006) explica que existe uma especial agravação da conduta do agente que viola os deveres especiais decorrentes de uma relação de intimidade. Nos casos de violência doméstica, nas relações de intimidade, são perpetradas agressões (físicas e psicológicas) sobre as mulheres o que permite analisar o tipo sob uma perspetiva de género.⁴⁷ O relatório do GREVIO (2019, p. 11)⁴⁸ aponta que a perspetiva dos tribunais acerca da violência doméstica falha na análise dos efeitos da violência genderizada. A violência praticada contra as mulheres apresenta “(...) um padrão de comportamento que ocorre sob a forma física, emocional, psicológica, sexual e económica, sendo desenvolvida por agressores com vista a assegurar a intimidação, o poder e o controlo (Dias, 2010).

De acordo com EIGE (2017a) a violência íntima entre parceiros/as é definida como qualquer ato físico, sexual, psicológico ou de violência económica que ocorre entre parceiros/as, cônjuges ou ex-cônjuges, namorados/as que tenham ou não partilhado a mesma residência. Também de acordo com o EIGE (2019) apenas a Suécia e a Espanha incluíram nos seus ordenamentos o termo violência íntima entre parceiros. Por exemplo, na Suécia define-se a violência íntima entre parceiros/as como a violência que ocorre numa relação, presente ou pretérita, de casamento/relação amorosa ou outro relacionamento próximo. É determinante que os passos argumentativos levem em consideração aquilo que se entende por violência no seio da intimidade e que a qualificação das condutas proceda da ponderação das condutas ofensivas praticadas colocando-se, deste modo, em crise o uso sistemático do critério de intensidade.

5. Complexidades argumentativas no concurso de crimes

A argumentação jurídica no campo da violência doméstica, em relações de intimidade, demonstra um problema premente quanto ao concurso de crimes, cuja enunciação não tem sido consensual. Numa primeira abordagem deve referir-se que a jurisprudência e a doutrina têm entendido que a violência doméstica consiste na prática de um único crime – a visão da unidade da ação criminosa ainda que hajam sido praticadas uma multiplicidade de ações passíveis de juízos de censura. Num olhar atento às acusações e condenações verifica-se que os agressores são acusados da prática de um único crime de violência doméstica e, conseqüentemente, condenados ou absolvidos desse único crime. Este entendimento levanta algumas perplexidades no campo do concurso de crimes, designadamente, o confronto entre o concurso aparente vs concurso real. Correia (2016) defende, nesta matéria, que um conjunto de infrações passíveis de uma pluralidade de juízos de censura devem corresponder, também, a uma pluralidade de infrações. Assim, um caso em que se verifique a prática de insultos, ameaças, coação, agressões físicas, psíquicas ou sexuais, etc. deveriam configurar o preenchimento de uma multiplicidade de crimes de violência doméstica. No entanto, os argumentos judiciais, decorrentes do ato de interpretação, consideram que as várias realidades acabam por se consignar numa única, pela relação especial que se verifica entre a violência doméstica e a prática de outras infrações. Beleza (1989) refere que em virtude desta relação especial entre as normas, uma parte delas acabam por ser excluídas. Verifica-se, portanto, uma aparência de concurso que é afastada pela atividade interpretativa. Nesta linha Garcia (2015) indica que “não obstante a pluralidade de ações, estas não conformam vários delitos, mas aglutinam-se num só” (p. 218). Também Carvalho (2012) defende que os vários tipos de crimes, em relação especial com a violência doméstica perdem autonomia e são consumidos por aquela regra.

Dos enunciados jurisprudenciais analisados verificamos tratarem-se, fundamentalmente, de enunciados normativos e doutrinários. Porém, existem dissidências de entendimento quanto ao concurso aparente e concurso real entre a violência doméstica e outras infrações penais, decorrentes do elemento literal do corpo da norma.

No caso 6 o decisor refere que as várias ações ilícitas que lesam o bem jurídico protegido pela disposição normativa perdem autonomia por via do concurso aparente, mantendo-se o crime de violência doméstica. O critério seguido pelo tribunal é o da relação de especialidade.

No caso 13 o arguido foi condenado em concurso efetivo por um crime de violência doméstica e três crimes de violação. A justificação assenta na enunciação de várias posições doutrinárias que distinguem entre a relação de especialidade, subsidiariedade e consunção da norma penal. Estas posições partem do elemento literal da norma de onde derivam interpretações diferentes. Nessa mesma decisão é citado Paulo Pinto de Albuquerque que invoca a relação de especialidade da violência doméstica com os crimes de ofensas corporais simples ou qualificadas, os crimes de ameaças simples ou agravadas, o crime de coação simples, o crime de sequestro simples, o crime de coação sexual, o crime de importunação sexual e o crime de abuso sexual de menores, defendendo que a punição do crime de violência doméstica afasta a destes crimes. Quanto à subsidiariedade o mesmo autor ampara a tese que o crime de violência doméstica é afastado nas situações dos crimes de ofensas corporais graves, contra a liberdade pessoal e contra a liberdade e autodeterminação sexual. Uma visão diferente é suportada por Catarina Sá Gomes que entende o crime de violência doméstica em relação de subsidiariedade com os maus tratos das ofensas corporais graves, mas que se verifica concurso real com os maus tratos do sequestro e violação. Taipa de Carvalho invoca o aspeto teleológico da disposição normativa da violência doméstica para defender uma relação de consunção. Quer dizer que a violência doméstica consome as ações ilícitas dos crimes de ofensa à integridade física simples, ameaça, honra, coação, sequestro simples, coação sexual, violação (no seu n.º 2 do artigo 164.º do código penal) e importunação sexual. O autor também se refere à subsidiariedade expressa defendendo que o crime de violência doméstica é afastado pelos crimes com pena mais grave como é o caso de ofensas à integridade física grave, sequestro qualificado, coação sexual (n.º 1, do artigo 163.º, do código penal) e violação (n.º 1, do artigo 164.º, do código penal).

No caso 14 verifica-se que a decisão optou por considerar o concurso real entre um crime de violência doméstica e três de violação. O tribunal fez a distinção entre o concurso real e aparente. Este tem lugar quando as pluralidades de ações são absorvidas

por um crime principal. O critério aplicado foi o da consunção defendido por Taipa de Carvalho. Já quanto à relação de subsidiariedade o decisor entende que os atos de violação devem ser separados daqueles que são praticados em relação à violência doméstica. Ou seja, o tribunal usa um critério diferenciador das condutas típicas determinando, através da interpretação dos factos empíricos, quais os que podem ser subsumidos a um e outro crime. No fundo, o que o argumento declara é que existe um concurso aparente entre o crime de violação e o crime de violência doméstica, sendo esta afastada por aquele. No entanto, existe um concurso real ou efetivo se sobrares ações ofensivas enquadráveis na violência doméstica como é o caso dos insultos, das ameaças, da coação, etc.

No caso 15 também são enumeradas as razões de enquadramento do concurso aparente e real. O tribunal declara que deve fazer um exercício de ponderação para determinar se existe ou não concurso. A instância de recurso determina que tal situação deve ser aferida “mediante a percepção dos ‘sentidos da vida jurídico-penalmente relevantes que vivem no comportamento global’. É ‘a unidade ou pluralidade de sentidos de ilicitude típica existente no comportamento global do agente, submetido à cognição do tribunal que decide, em definitivo, da unidade de factos puníveis e nesta aceção de crimes”. Para tanto, deverão ser verificadas as circunstâncias do crime tendo em conta os diferentes bens jurídicos atacados e respetiva fixação de uma pluralidade de sentidos de ilicitude, o que conduz à densificação do concurso real.

Como se demonstra dos argumentos defendidos quer pela doutrina quer pela jurisprudência existe uma ambivalência de sentidos fixados para o concurso aparente e concurso real do crime de violência doméstica. Com exceção de Taipa de Carvalho que recorre à interpretação do elemento teleológico da norma parece-nos haver uma posição rígida, presa ao formalismo do positivismo. A linha jurisprudencial é multidirecional o que conduz à enumeração de razões justificativas com condenações materialmente diferentes: numa das situações um violador foi condenado pelo crime de violação tendo sido “engolido” o crime de violência doméstica; noutra situação, outro violador foi condenado, em concurso real, por três crimes de violação e um de violência doméstica.

A problemática que daqui deriva diz respeito ao número de condutas típicas pelas quais o agente pode vir a ser condenado: ou um único crime de violência

doméstica; ou um crime de violência doméstica em concurso com outros crimes; ou crime com pena mais grave do que a violência doméstica, desaparecendo esta última. Há que considerar que o preceituado no artigo 30.º, do código penal determina no seu n.º 1 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; já o n.º 2 indica que “Constitui um só crime continuado a realização plúrima do mesmo tipo de crime ou de vários tipos de crime que fundamentalmente protejam o mesmo bem jurídico, executada por forma essencialmente homogénea e no quadro da solicitação de uma mesma situação exterior que diminua consideravelmente a culpa do agente”.

Sucedem que a determinação da prática de condutas ilícitas em concurso real ou aparente tem um efeito prático diferente no que respeita à sanção. No acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13 de abril de 2011 (processo n.º 250/066PCLRS.L1-3) esclarece-se que “no crime continuado encontramos-nos diante de uma pluralidade de factos aos que... corresponde uma unidade de acção e portanto o tratamento como um único crime”. O julgador considera que o crime continuado abarca os casos de pluralidade de acções que, apesar de poderem ser enquadradas em vários tipos penais, encontram-se numa interconexão de condutas das quais se pode subtrair uma única conduta e um único desvalor normativo, “o que as reduz a uma unidade delitativa”. Outro acórdão, do Tribunal da Relação de Évora, de 19 de maio de 2015 (processo n.º 1154/12.9GBLLE) mostra o mesmo entendimento argumentativo referindo que “o crime continuado consiste numa unificação de um concurso efectivo de crimes que protegem o mesmo bem jurídico...”. Nesta decisão prescrevem-se os pressupostos do crime continuado fazendo-se referência a plúrima violação do mesmo tipo legal de crime, à sua realização homogénea, à proximidade temporal das condutas e a uma única resolução do/a autor/a na realização dessas acções”.

Este entendimento, aplicado ao crime de violência doméstica faz despoletar complexidades – e até algumas perplexidades – para a vítima do crime. A primeira diz respeito à relação de especialidade. Nesta figura é possível estabelecer elementos de conexão entre os vários tipos de crime mercê da regra *lex specialis derogat legi generali* (Carvalho et al., 2012). Um agente infrator que venha a ser acusado da prática de um único crime de violência doméstica (admitamos uma prática reiterada ao longo do

tempo) poderá beneficiar da penalização na medida em que todas as infrações cometidas e passíveis de individualização criminal seriam afastadas pela referida relação de especialidade. Assim, um/a autor/a que houvesse cometido injúrias, ameaças, ofensas físicas simples, sequestro, etc. veria as suas condutas serem subsumidas ao crime de violência doméstica beneficiando de uma moldura penal menor, pois as várias ações individualizadas e passíveis de criminalização desaparecem face ao concurso aparente.

A segunda diz respeito à relação de subsidiariedade. Neste caso o elemento literal da disposição da violência doméstica “se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal” determina a aplicação dos tipos criminais com punições mais graves provocando a perplexidade de afastamento de aplicação de penas acessórias ao agente que haja praticado um crime de violência doméstica e criando o paradoxo de encarar essa situação como se tivesse sido praticada por um qualquer sujeito, com o qual não se mantém um vínculo de especial de relação íntima ou afetivo. O GREVIO (2019) aponta no seu relatório que a questão da natureza subsidiária da disposição normativa da violência doméstica obscurece a dimensão de género.

Daqui se retira que a violência doméstica entendida como a prática de uma única conduta tem conduzido a que os/as agressores/as conheçam penas leves de condenação e na sua maioria suspensas na sua execução. No acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 21 de outubro de 2020 (processo n.º 689/19.7PCRGR.L1-3) declara-se que “absorver o crime de violação no crime de violência doméstica ou absorver o crime de violência doméstica no crime de violação, nunca permitirá a efectiva tutela de todos os bens jurídicos visados pelas respectivas incriminações penais”. Ou seja, retira-se a tutela deste crime e ficamos, como se disse, perante a perplexidade de um agente ter lesado um bem jurídico complexo que, subitamente, deixa de ser equacionado na moldura penal do infrator. Não foi, com certeza, esta a intenção do legislador. Ao configurar-se a situação de “desaparecimento” do crime de violência doméstica, através do regime da subsidiariedade, ficamos perante uma “contradição axiológica” (Leite, 2016, pp 339-340).

Do enquadramento que acabamos de expor parece-nos ser possível defender que atendendo às várias resoluções criminosas do agente deverá ser considerado o concurso homogéneo e heterogéneo do crime de violência doméstica. Correia (1988)

refere que “Pluralidade de crimes significa, assim, pluralidade de valores jurídicos negados [...] se a atividade do agente preenche diversos tipos legais de crime, necessariamente se negam diversos valores jurídico-criminais e estamos, por conseguinte, perante uma pluralidade de infrações; pelo contrário, se só um tipo legal é realizado, a atividade do agente só nega um valor jurídico-criminal e estamos, portanto, perante uma única infração” (pp. 200-201). Neste sentido Schneeberger (2016) aponta que tais resoluções devem ser consideradas como uma pluralidade de ações. Também Brito (2014) levanta o mesmo problema quando defende que o concurso homogêneo tem a potencialidade de punir, de forma mais gravosa, o agente, tendo em conta que a incriminação pretendeu o aumento da tutela sobre as vítimas e não o seu contrário.

Também neste sentido uma sentença do Supremo Tribunal de Justiça espanhol (TS 892/2021, de 18 de novembro de 2021) aponta para a pluralidade de ações no sentido de fundamentar o concurso real entre o crime de violência de género e ameaças. Neste caso, o arguido havia sido condenado pelo crime de violência de género e ameaças, mas no recurso interposto este último crime acabou por ser absorvido pelo primeiro. O Supremo Tribunal de Justiça espanhol considerou a necessária aplicação da perspectiva de género para o preenchimento das duas condutas. O argumento construído sustenta que os bens jurídicos protegidos são diferentes e que não pode haver uma anulação punitiva da ameaça subsequente aos maus tratos por causa de uma “ondescendência criminal” através da técnica da absorção que só beneficia o infrator. De facto, este demonstrou vontade de violar as penas acessórias que lhe foram aplicadas e manifestou vontade de maltratar e ameaçar a vítima, impondo-lhe um sentimento de humilhação e aviltamento da sua dignidade. Refere o tribunal que “suprimir a sanção penal da ameaça devido ao facto de ter havido um acto de maus tratos significa um benefício criminal para o infractor...”. O decisor aduz que o caso deve ser analisado com a “necessária perspectiva de género” a partir das condutas do infrator que se acerca da vítima, violando uma ordem de restrição, coloca-a dentro do veículo, ataca-a e ameaça-a dizendo que a vai atropelar. Daqui o tribunal infere que tal facto da ameaça não pode ser configurado como uma conduta típica que, ao mesmo tempo é suprimida através das regras da absorção. Conclui que o crime de abuso baseado no género e o crime de ameaças baseadas no género dizem respeito a bens jurídicos diferentes e que, no caso,

o respeito pela integridade física, a liberdade e segurança não podem permitir que a ameaça seja absorvida pela primeira.

A complexidade argumentativa que daqui se retira encontra-se ligada à figura do crime continuado, dentro da qual é considerado o tipo penal da violência doméstica. A reivindicação de uma revisão crítica a esta enunciação será apresentada na IV parte desta investigação. Porém, sempre se adianta que a construção de argumentos em torno do concurso de crimes com a violência doméstica deve considerar, através da atividade interpretativa o “sentido da ilicitude do comportamento global” (Dias, 2012). Refere o autor que através desse comportamento global pode ser reconhecido, “de um ponto de vista teleológico e de valoração normativa (...) o caso em que os crimes em concurso são na verdade reconduzíveis a uma pluralidade de sentidos sociais autónomos dos ilícitos-típicos cometidos e, deste ponto de vista, a uma pluralidade de factos puníveis” (p. 998). Acolhe-se, portanto, a posição que a violência doméstica agrega um conjunto múltiplo de ofensas que atingem o bem jurídico protegido pela norma e que, como vimos, é densificado a partir de enunciado que evidenciam a sua complexidade. A atividade interpretativa dos enunciados empíricos deverá considerar a autonomização das condutas em termos espaço-temporais por forma a ser delimitada a pluralidade das ações ofensivas e suscetíveis de censura penal.

6. A apreciação da prova e o papel crucial da vítima

A apreciação da prova busca a procura da verdade material das situações que se apresentam em juízo. Na construção da narrativa judicial sobre a prova não intervém somente a norma. De facto, existem fatores que influenciam o processo probatório provenientes de fontes casuísticas, aspetos do contexto social, a sistematização normativa, os princípios que sustentam o ordenamento jurídico e as convicções éticas e morais do próprio julgador.

O campo da apreciação da prova evidencia algumas dificuldades, de natureza processual, que a instância de julgamento, pode enfrentar. Nos casos de violência doméstica defende Beleza (1989) que muitas vezes se verifica “a dificuldade de uma prova que satisfaça os standards judiciários” (p. 19). No mesmo sentido Ferreira (2005) invoca dificuldades relacionadas com a recusa da vítima em prestar declarações o que

conduz à insuficiência de prova que, por sua vez, leva à absolvição do/a agressor/a. Sublinhe-se que estes contornos configuram-se ainda mais difíceis quando o/a acusado/a se remete ao silêncio. Uma vez que o estudo desta investigação analisa os argumentos esgrimidos na sentença judicial vamos reportar-nos àqueles que evidenciam a problemática do processo argumentativo e ajudam a firmar a convicção do julgador na valoração da prova, salientando quais os aspetos que, mais tarde, iremos analisar com a perspectiva de género.

Verifica-se que nos recursos interpostos para as instâncias superiores surge, frequentemente, a questão da impugnação da prova, invocando-se o erro na sua apreciação e valoração. Este é um dos problemas a resolver pelo tribunal no caso 2 onde são enunciadas razões quanto à impugnação. Os enunciados justificativos têm, sobretudo, carácter normativo pois o decisor remete, quase sempre, a resposta à impugnação para as disposições processuais dos artigos 410.º e 412.º do código de processo penal. Ou seja, não basta a indicação, no recurso, de que se verificou algum (ou alguns) vício (s) na apreciação da prova. Torna-se necessário que o recorrente indique, concretamente, quanto à matéria de facto quais são “os concretos pontos de facto que considera incorrectamente julgados, as concretas provas que impõem decisão diversa da recorrida e as provas que devem ser renovadas”. Neste domínio o decisor limita-se a verificar o cumprimento exigido pelas disposições normativas não se inferindo da argumentação interpretações de natureza material. O mesmo caminho de improcedência sobre a impugnação da prova é seguido no caso 3, caso 6, caso 8, caso 10, caso 12 e caso 16.

No campo da impugnação da matéria de facto pode surgir alguma problemática nos enunciados referentes à prova indireta. No caso 6, o tribunal determina que a prova indireta (por presunção) é admissível através de inferências que se retiram dos factos provados e que conduzirão a outras conclusões. A técnica indutiva permite sustentar a verificação de outras situações que, em termos factuais, vêm a corroborar as práticas lesivas do bem jurídico e permitem, conseqüentemente, a sua censura penal. No entanto, podem tais raciocínios sofrer da enfermidade de convicções estereotipadas que, *a posteriori*, influenciam a formação da convicção sobre a prova. Verifica-se no Caso 1 com a categorização da mulher adúltera e no caso 2 com a percepção do desvalor da ação por ter ocorrido provocação da vítima, por exemplo.

Para a apreciação da prova, o principal enunciado diz respeito às regras de experiência comum. Alguns exemplos expressos:

- Caso 7 – “O tribunal é livre na apreciação da prova desde que não contrarie as regras comuns da lógica, da razão, das máximas da experiência e dos conhecimentos científicos”;
- Caso 8 – “O recurso da matéria de facto não se destina a postergar o princípio da livre apreciação da prova...”;
- Caso 12 - “O juízo decisório da matéria de facto só é susceptível de ser alterado quando a racionalidade do julgamento anterior corresponda, de modo objectivo, a um juízo desrazoável ou arbitrário da apreciação da prova, juízo esse subordinado às regras de experiência comum.”;
- Caso 14 – “A convicção do tribunal para a determinação da matéria de facto dada como provada fundou-se na valoração conjunta e crítica da prova produzida em audiência de julgamento, tendo em atenção o disposto no artigo 127.º, do código de processo penal, isto é, considerando o princípio de que a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção, nos termos que passaremos a expor.”;
- Caso 16 – “A convicção do tribunal para a determinação da matéria de facto dada como provada fundou-se na valoração conjunta e crítica da prova produzida em audiência de julgamento, tendo em atenção o disposto no artigo 127.º, do código de processo penal, isto é, considerando o princípio de que a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção, nos termos que passaremos a expor.”; “A convicção do julgador há-de ser sempre uma convicção pessoal, mas há-de ser sempre uma “convicção objetivável e motivável, portanto capaz de impor-se aos outros”.

Os enunciados sobre a apreciação da prova elencam, depois, outras razões retiradas de inferências indutivas que privilegiam o depoimento da vítima, das testemunhas e de meios técnicos de prova. Vejamos alguns exemplos:

- Caso 2 – “A valoração da prova efetuada pelo tribunal a quo alarga-se à análise do que se contém e pode extrair da prova documentada...; A valoração e ponderação dos fundamentos considerou o depoimento do arguido; O

depoimento da testemunha, vizinha do casal, revelou que ouvia as discussões do casal e que ouvia o arguido a dirigir insultos à vítima...”;

- Caso 14 – “A atividade judicatória na valoração dos depoimentos atende a uma multiplicidade de factores, que têm a ver com as garantias de imparcialidade, as razões de ciência, a espontaneidade dos depoimentos, a verosimilhança, a seriedade, o raciocínio, as lacunas, as hesitações, a linguagem, o tom de voz, o comportamento, os tempos de resposta, as coincidências, as contradições, o acessório, as circunstâncias, o tempo decorrido, o contexto sócio cultural, a linguagem gestual (como por exemplo os olhares) e até saber interpretar as pausas e os silêncios dos depoentes”;

O que se retira do raciocínio lógico quanto aos argumentos sobre a apreciação da prova é a sua valoração através das regras de experiência comum. Estas devem à partida basear-se num procedimento de raciocínio de inferência lógicas e não numa simples atuação arbitrária. Stein (1990) defende que “as máximas da experiência nunca são julgamentos sensoriais, não correspondem a nenhum evento concreto perceptível pelos sentidos” (p. 14). As regras de experiência comum não se baseiam em simples declarações ou apreensões plurais sobre a realidade.

A valoração dos factos, em fase de julgamento, dá-se através de um mecanismo de convicção que é suportado pela corroboração de diversas categorias de prova. O crime de violência doméstica comporta uma enorme dificuldade de prova dadas as circunstâncias em que pode ocorrer – por um lado no espaço privado, a resguardo de olhares de terceiros; por outro lado, dado o especial vínculo de ligação afetiva que une os agentes potencia o envolvimento de testemunhos que tendencialmente poderão não ser imparciais. Deste modo, as razões justificativas das sentenças privilegiam, na sua maioria, a validação da convicção formada através de meios técnicos, como perícias, provas documentais, que servem para a procura da verdade material. Na ausência destes elementos, o confronto com a fiabilidade de depoimentos é inevitável. Daqui decorre que a procura da verdade exige um conhecimento detalhado sobre o processo. Deve atender-se à natureza dos factos ocorrido no contexto das relações íntimas de modo a perceber que dinâmicas abusivas prevalecem e que imagem global pode ser retirada dessa realidade.

Neste caminho de formação da convicção do que, de facto, se terá passado entre os agentes, o tribunal foca a sua atenção na vítima e na coerência e lógica dos relatos. O Estudo Avaliativo sobre as Decisões Judiciais em matéria de Violência Doméstica (2016) chama a atenção para algumas decisões e depoimentos de operadores de justiça que colocam a tónica da prova no depoimento da vítima, contribuindo para a construção da ideia de uma vítima ideal, fragilizada e vulnerável e de um agressor que obedece a um padrão de exercício de poder e subjugação. Na p. 211 deste estudo, um dos depoimentos refere “Em regra falam e, se falam, há produção de prova, a prova vai toda direitinha e muitas vezes há condenações.” O discurso privilegia a oralidade e a dialética que se estabelece entre a vítima depoente e o decisor.

Outra das questões que se levantam na apreciação da prova dizem respeito à questão da reciprocidade de condutas. O caso 27 retrata o fim de uma relação na qual o arguido pretendia o reatamento. A partir desse momento, o ex-casal passou a trocar mensagens de carácter ofensivo. O tribunal considerou que “Dado o tipo de linguagem utilizada pelo casal, e, no caso específico, pela própria assistente, bem expressa nas mensagens, acima transcritas, enviadas pela mesma ao arguido, não estamos perante lesões que integrem a figura jurídica dos *maus tratos*, não se verificando, por isso, o crime de violência doméstica.” Quer dizer, o entendimento sobre a reciprocidade de condutas serviu de critério para valorar a prova, afastar o preenchimento do crime de violência doméstica e absolver o arguido.

Na linha da argumentação judicial surge, também, a questão da credibilidade. No caso 17 a credibilidade, do depoimento da vítima, é construída através da invisibilidade de danos físicos na mesma e de depoimentos de testemunhas que não viam medo, intimidação ou ansiedade na ofendida. Tais depoimentos são aferidos através da espontaneidade, da objetividade, coerência e assertividade (Caso 7). A categoria da credibilidade é, também, considerada quando os factos ocorrem, unicamente, entre agressor e vítima. No caso 12, apenas a vítima relatou os factos e o agressor remeteu-se ao silêncio. O tribunal validou o depoimento da vítima, mas os enunciados sobre o modo como o realizou são frágeis, o que demonstra a dificuldade de densificar a convicção formada com um único depoimento.

As regras de experiência comum servem de instrumento para a apreciação da prova. O uso desta técnica jurídica serve-se de concepções baseadas em aspetos como o

depoimento da vítima, a coerência e lógica do relato, a reciprocidade de condutas e a credibilidade. Cada caso se tornará mais complexo quanto maior for a ausência de elementos probatórios. No Estudo Avaliativo, acima referido, uma magistrada deixa nota da ambivalência que lhe provoca a valoração da prova afirmando que “Nós também temos que perceber que às vezes a prova é uma coisa muito difícil e eu acho que nos falta muitas vezes técnicas e muitas vezes exigimos das testemunhas mais do que aquilo que qualquer testemunha nos pode dar... E está bem que eu tenho de salvar todas as vítimas, mas mandar alguém para a cadeia cinco anos que não cometeu o crime, também isso... Isto são dois valores que... uma pessoa tem que pensar muito seriamente” (p. 217). Esta ansiedade de apreciação de factos complexos e de prova difícil não deixa de ser influenciada pelas convicções pessoais dos magistrados. Duarte (2013) esclarece que “...as mulheres, enquanto grupo social, são mais severamente afetadas por mitos, preconceitos e estereótipos sexistas, contidos quer nas leis, quer nas mentes dos juízes” (p. 37). Existe, portanto, uma técnica metodológica de convicção da prova que não se encontra desprovida da influência social, económica, política e cultural acerca da visão dos papéis entre mulheres e homens. Por outro lado, a questão da verdade ou a sua procura é uma tarefa que não obedece a modelos cientificamente exatos. Num Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de outubro de 2010 (processo n.º 936/08.JAPRT) declara-se que “Estando em causa comportamentos humanos da mais diversa natureza, que podem ser motivados por múltiplas razões e comandadas pelas mais diversas intenções, não pode haver medição ou certificação segundo regras e princípios cientificamente estabelecidos”. Assim, as regras da experiência de vida constituem um instrumento constitutivo do que pode decorrer da atividade interpretativa conducente às presunções naturais.

O discurso judiciário transporta para a sua prática estas narrativas através da justificação das sentenças. As mulheres, vítimas de violência doméstica, enfrentam, na fase de julgamento, a necessidade de conferir veracidade ao seu depoimento e é-lhes exigido uma determinada *performance*. Estas exigências de credibilidade podem chocar de frente com questões derivadas da desigualdade de género nas relações íntimas. A lei tem sido concebida com o propósito de estabelecer um quadro protetor das vítimas. Em relação à prova, o regime de declarações para memória futura veio afastar aquelas situações potenciais de revitimização. Trata-se de um regime favorável às vítimas de

violência doméstica, concedendo-se a possibilidade de ocorrer a audição da vítima em declarações para memória futura a requerimento do Ministério Público ou da própria vítima, dada a qualificação que lhe é reconhecida de vítimas especialmente vulneráveis. Apesar desta proteção a construção da credibilidade não é alheia ao que se espera do comportamento de uma vítima.

Os enunciados que descrevemos sobre a apreciação da prova demonstram a complexidade da prova forense quando é preciso transformar o episódio de violência doméstica num relato de factos que dizem respeito a agentes que, frequentemente, são os únicos depoentes da história. Neste âmbito construir uma prova com valor suficiente é uma tarefa complexa porque obedece a aspetos subjetivos. Apesar de um juiz desempenhar o papel do decisor neutro e responsável não podemos ignorar que a tecnicidade deste operador judicial revela lógicas racionais que procuram apurar a verdade material. Sobre a verdade Palma (2014) justifica que “... a investigação criminal... não tem, obviamente, em termos lógicos uma capacidade de atingir a certeza e a verdade, mas sobretudo de suscitar credibilidade e plausibilidade” (p. 10). A verdade é, assim, o resultado de uma convicção do decisor judicial. Ainda sobre a descoberta da verdade Santos (2019) aponta para a verdade como a teleologia do direito processual penal e que “a importância da descoberta da verdade histórica ou material não pode, portanto, ser usada como discurso legitimador monopolista para a desprotecção em medida insuportável dos direitos fundamentais do arguido”. Esta teleologia não é, no entanto, única pois outros aspetos teleológicos têm relevo no campo dos direitos fundamentais das vítimas o que nos conduz ao confronto teleológico entre direitos fundamentais de vítimas e arguidos. A verdade é uma conclusão obtida através de raciocínios indutivos que demonstra a probabilidade de uma situação ter ocorrido.

Uma visão, excessivamente, formalista sobre a exigência da verdade é colocada em crise com a dinâmica agregada aos contextos de violência doméstica. É comum referir-se que o principal problema, no âmbito da prova em contexto de violência doméstica, diz respeito à recusa de colaboração da vítima, ao longo do processo, e o “voto” de silêncio do arguido (é um direito seu). Nestes casos, face à ausência de outras provas, frequentemente, os casos são arquivados (Sousa, 2018). Porém, as decisões que analisámos permitem nomear mais dificuldades. Os enunciados refletem um nível de conflitualidade patente ao enfrentarem situações como a questão da credibilidade do

testemunho único, o direito ao silêncio, a valoração de reciprocidade de condutas e as provas indiretas.

Na senda de Mendes (2009) as regras de experiência podem conduzir a presunções simples que, não estando estabelecidas na lei, partem da visão abrangente da vida e do seu sentido comum. Porém, segundo Stein (1990) só estaremos perante regras de experiência de vida quando a partir dos casos observados seja possível determinar que os casos futuros venham a ocorrer do mesmo modo, alcançando-se assim a referida experiência comum. Entendemos que estas perceções de vida são construídas através de valorações de carácter lógico que são retirados de factos particulares e da vida em sociedade através do método indutivo, não se esgotando no caso concreto, mas subsistindo além dele adquirindo a validade de uma regra suscetível de ser usado pelo juiz. Defendemos que estes fatores justificam que as regras de experiência devem ter em consideração os aportes da perspectiva de género, questão que será reivindicada na quarta parte desta investigação.

7. Narrativas argumentativas nas condenações com pena suspensa

Iniciamos este ponto com a afirmação de que uma condenação é uma condenação. Quer dizer, um/a arguido/a condenado/a vê as suas condutas penais serem censuradas e com isso o sistema legal deposita a expectativa de não voltarem a ser repetidas. Num Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 10 de março de 2010 (processo n.º 1452/09.9PCCBR.C1) esclarece-se que “o fim do direito penal é o da proteção dos bens jurídico-penais e a pena é o meio de realização dessa tutela”. Com a pena pretende-se a prevenção geral e especial que nos é revelada pelo artigo 40.º, do código penal. A prevenção geral apela à importância da proteção do bem jurídico tutelado e contribui para a confiança que a comunidade deposita na efetiva tutela desse bem. A prevenção especial tem o objetivo de dissuadir a prática de futuros crimes, esta dimensionada através da medida da culpa do agente e pela garantia de manutenção de confiança da comunidade na proteção que é conferida ao bem jurídico.

Nos objetivos, prioridade e orientações de política criminal para o biénio 2020-2022, estabelecidos pela Lei n.º 55/2020, de 27 de agosto, afirmam-se como objetivos específicos, na alínea a), do artigo 3.º “Prevenir, reprimir e reduzir a criminalidade

violenta, grave e altamente organizada, incluindo (...) a violência doméstica, familiar e no contexto das relações de proximidade (...).” No seguimento, a alínea b), do artigo 14.º, do mesmo diploma, dispõe no âmbito da prevenção da reincidência “Desenvolver programas específicos de prevenção da reincidência para jovens adultos, bem como para condenados por crimes de violência doméstica”. Em relação à prática do crime de violência doméstica, o anexo da lei, constata que o crime merece destaque no plano das relações íntimas por corresponder a 84% de todas as participações dessa incriminação. A persistência desta forma de violência leva a que a política criminal construa um quadro de intervenção preventiva e, ao mesmo tempo, repressiva. O GREVIO (2019) refere que as taxas de condenação de violência doméstica são baixas sublinhando com ênfase que são preocupantes o número de procedimentos suspensos e as condenações com penas de execução suspensas. O relatório entende ser de requerer às instâncias portuguesas que adotem um esforço compatível com as normas dos artigos 52.º e 53.º, daquela Convenção, no sentido de garantir a diminuição do risco para as vítimas de violência doméstica quanto à reincidência da prática agressora. Face a este enquadramento é crucial indagar sobre a dimensão argumentativa das decisões judiciais e em que medida é que se compaginam com as sempre boas intenções das estratégias de proteção da vítima. De facto, o que resulta da análise dos argumentos esgrimidos quanto à determinação da condenação a pena suspensa na sua execução poderá consubstanciar um aumento efetivo de risco para a vítima. Com o enquadramento que acaba de se fazer resulta pertinente a análise dos enunciados argumentativos, na sua dimensão de ponderação do tipo de pena aplicada e as justificações que são apontadas para a opção da pena suspensa na sua execução num tipo de crime que faz parte das preocupações fundamentais de política criminal e que considera as suas vítimas como grupos vulneráveis.

No caso 1 o tribunal justifica a opção pela execução da condenação indicando que “A pena privativa da liberdade surge sempre como a última *ratio* do sistema punitivo.” Um outro enunciado, de carácter valorativo, refere que “Banalizar a suspensão da execução da pena de prisão redundará num enfraquecimento da confiança da comunidade na validade das normas jurídicas que a prática do crime veio pôr em crise.” e que se deve “privilegiar a socialização em liberdade”. Por fim, acrescenta o decisor que “A factualidade apurada permite caracterizar os arguidos como cidadãos fiéis ao direito,

que têm tido um comportamento normativo e mostram-se perfeitamente integrados na sociedade” o que conduz o tribunal à indução que “os actos praticados foram meramente ocasionais, que não se repetirão.”

No caso 5 o arguido vai condenado, em cúmulo jurídico, numa pena de dois anos e seis meses de prisão, sendo reincidente na prática do crime de violência doméstica. O tribunal argumenta com enunciados de carácter normativo referindo expressamente a finalidade do artigo 50.º, n.º 1, do código penal, que deve considerar a suspensão da pena atendendo às circunstâncias da personalidade do agente, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste. O tribunal corrobora este enunciado com a disposição do artigo 40.º, n.º 1, do código penal que determina a aplicação das penas com a finalidade de proteção dos bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade. Refere que “A pena exerce, assim, uma função pedagógica de interpelação social que veicula uma mensagem cultural de chamada de atenção para a relevância de valores e bens jurídicos.” Deste raciocínio nota, no entanto, que a “suspensão da pena pode ser interpretada pela consciência comunitária como uma forma de desvalorização de bens jurídicos a que dá particular importância e como um sinal de prática impunidade, uma mensagem contraditória com um propósito de tutela desses bens.” Face a este conjunto de inferência podia deduzir-se que o julgador iria determinar a pena efetiva. Porém acaba por sustentar a suspensão da execução da pena com base em enunciados empíricos dizendo que “(...) a vítima não está numa situação de dependência económica em relação ao autor do crime. Não se vislumbra que o reatamento do relacionamento entre ambos seja forçado ou fruto de alguma situação de particular vulnerabilidade.” O tribunal considera que “a ilicitude dos crimes em apreço, e as suas consequências, não se revestem de acentuada gravidade” e que apesar dos antecedentes criminais do arguido “impõe-se concluir que as exigências de prevenção especial e de prevenção geral não reclamam, no caso em apreço, o cumprimento de uma pena de prisão efetiva.”

No caso 6 o arguido encontra-se condenado numa pena de prisão suspensa de 3 anos. O mesmo agente já havia sido condenado em três condenações em crimes contra as penas, todos com execução suspensa. De novo, este decisor considera o artigo 50.º, n.º 1 e os critérios atendíveis para a determinação da pena suspensa. De seguida, elenca o comportamento e a consciência do arguido em relação às suas condutas. Diz o tribunal

que se insere “na pequena criminalidade e, por outro lado as penas de prisão anteriores, nomeadamente a que puniu o crime de violência doméstica, viram a sua execução ficar suspensa.”. Que do processo resulta que “o arguido não demonstra que interiorizou as condenações, no sentido de assumir os crimes cometidos e não participa o que pode ser considerado como contraditório com a decisão de suspensão, mas entendemos que não são pelas razões acima indicadas.”. Quer dizer, o arguido condenado não interiorizou que não deve reincidir, que já tem condenações anteriores, também elas com pena suspensa, mas segue condenado, mais uma vez, com outra pena suspensa. Portanto, por parte do tribunal não há a convicção que o comportamento reincidente constitua um risco irremediável para a vítima.

No caso 8 temos um arguido condenado, anteriormente, por práticas de condução ilegal, furto, injúrias, ameaça, difamação, ofensa à integridade física e dano. O tribunal fala numa “personalidade pouco contida”. Os enunciados desta decisão são muito sumários quando à justificação da condenação a pena suspensa. Diz o tribunal que se fixa a pena suspensa em 1 ano e seis meses de prisão “pois o arguido tem uma boa inserção social, as condenações foram posteriores à prática dos factos e o arguido já pagou a multa em que foi condenado. Assim, a censura do facto e a ameaça de prisão são suficientes para o afastar da prática de novos crimes.” Também considera que, não obstante a reincidência e a personalidade pouco contida que “A ilicitude é pequena pois estão apenas em causa dois comportamentos.”

Nos casos 9 e 11 verificam-se condenações de penas suspensas, mas os tribunais não expendem enunciados justificativos sobre essa determinação. No caso 12, tal justificação é ténue declarando, apenas, que “É equilibrada a sentença de 18 meses de prisão, ainda que suspensa, pois a culpa do arguido mostra-se num patamar razoável considerando a sua conduta pérfida.” O caso 16 condena, igualmente, o arguido em dois anos e seis meses de pena suspensa, mas não se identificam razões por essa opção. Acontece o mesmo no caso 25, no qual o agente se encontrava condenado numa pena de vinte meses de prisão que vem a ser substituída pela prestação de trabalho a favor da comunidade. Os enunciados justificativos deram maior ênfase às questões sobre a apreciação da prova.

No caso 18 o arguido encontra-se condenado numa pena suspensa. O tribunal considera que “A pena concreta há-de situar-se na medida necessária para o arguido

interiorizar a necessidade imperiosa de enveredar por uma vida norteadas pelas regras do direito e para garantir a plena inserção social.” Aduz que a apreciação do comportamento do arguido é favorável quanto “às finalidades da punição e a ameaça de execução de pena de prisão é suficiente e adequada. Isto no sentido de que o condenado não volte a delinquir no futuro.” Desta forma conclui-se que a execução suspensa “constitui a reação institucional adequada às exigências de tutela das expectativas da comunidade, às necessidades de prevenção especial, assim como ainda consentida pela culpa exteriorizada pelo arguido”.

A narrativa que resulta dos enunciados esgrimidos, quanto à determinação de uma pena suspensa, nas várias decisões, aponta para o formalismo que se encontra estatuído na disposição penal, do artigo do que se encontra estatuído no artigo 50.º, do código penal. Pondera-se a personalidade do agente, as suas condições de vida e a conduta anterior e posterior ao crime. Através destes elementos se deve concluir que a mera censura do facto e a ameaça de prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição. Num Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10 de setembro de 2014 (processo n.º 1295/13.5PIPRT.P1) considerou-se que “Não pode ser suspensa a execução da pena de prisão se o arguido manifesta uma personalidade com características de desestruturação pessoal com reflexos no desrespeito por diversos valores jurídico-penais”. Por aqui se infere que o artigo 50.º, do código penal não determina que as condenações tenham sempre de ser suspensas e que considerados, na globalidade, os aspetos demandados quanto à personalidade do sujeito, condições de vida, etc., se ficou demonstrado o pouco respeito pela lesão dos bens jurídicos, então, poderá surgir uma nova forma de entendimento quanto à aplicação das penas suspensas nos casos de violência doméstica. Note-se que alguns dos casos referidos trataram de reincidências no mesmo tipo de incriminação e outras, demonstrando uma tendência para a falta de consciência dos factos ilícitos. Refere Dias (1991) que existe um “poder-dever de suspender a execução da pena de prisão não superior a cinco anos, sempre que (...) o julgador possa fazer um juízo e prognose favorável relativamente ao comportamento futuro do arguido” (p. 68).

Da prática judicial que evidenciamos são determinadas razões quanto à finalidade preventiva de carácter geral e especial, enunciados que assistem à necessidade da expectativa da comunidade na proteção do bem jurídico tutelado. E para este fim

existem decisões que dão conta de uma ponderação mais cuidada. É o caso do acima referido do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10 de setembro de 2014 que, não obstante a estatuição do artigo 50.º, do código penal, entende que “Ainda que ao arguido não sejam conhecidos antecedentes criminais e o mesmo se mostre integrado na sociedade, não se mostra possível fazer um juízo de prognose positivo”. Porquê? “O arguido não manifestou arrependimento, nem em audiência nem no momento seguinte ao da prática do crime. Revelou uma personalidade distante do dever ser, embebido da ideia de propriedade e dono da ofendida (...) a violência do meio empregue (...) o não socorrer nem providenciar pelo socorro (...)”. Assim, entendemos que os enunciados justificativos sobre as penas suspensas na sua execução devem atender a critérios de ponderação face à defesa do ordenamento jurídico e à expectativa que se gera na comunidade sobre a proteção de valores fundamentais que derivam das relações íntimas. Quer dizer, apesar da disposição normativa permitir a pena suspensa, não significa que seja determinada sem mais justificações, nos termos que se verificaram em alguns dos casos acima mencionados. Existem situações em que sempre se exigirá que, pela finalidade de prevenção geral e especial, o cumprimento da pena efetiva.

Estando perante uma necessidade de prevenção geral e especial a decisão pela pena suspensa deve, de forma inequívoca, justificar os critérios de ponderação entre a ressocialização do sujeito e o insustentável ferimento do bem jurídico. Voltemos à questão da estratégia da política criminal. Sem desconsiderar, naturalmente, o equilíbrio que se deve encontrar subjacente aos direitos do agente e da vítima, sempre é de questionar como é que um crime sistematizado como sendo criminalidade violenta e que atinge, maioritariamente, um grupo considerado vulnerável, acaba com uma representatividade tão significativa de penas suspensas. Entendemos que esta tendência se verifica por dois motivos: por um lado o processo decisório tem uma grande preocupação com a densificação da proteção do bem jurídico e a qualificação das condutas; por outro lado, segue a construção de um tipo de argumentação formal no que concerne a determinação da pena suspensa. Sendo assim, as soluções destas problemáticas devem equacionar inferências, de forma casuística, através das quais decorre a conceção de um perigo real para a vítima no momento em que se decide pela atribuição de uma pena suspensa. É que a expectativa da comunidade não se baseia, simplesmente, na tutela do bem jurídico. A prognose de raciocínio favorável deve

demonstrar à comunidade que um sujeito agressor manifesta arrependimento, inequívoco, das ações infratoras, que mostra vontade em não reiterá-las, que não constitui qualquer perigo para a vida futura da vítima. Segundo Jescheck (1993) “O tribunal deve dispor-se a correr um risco aceitável, porém se houver sérias dúvidas sobre a capacidade do réu para aproveitar a oportunidade ressocializadora que se lhe oferece deve resolver-se negativamente a questão do prognóstico” (p. 760). É que a dialética de prevenção dos grupos vulneráveis não pode assentar, exclusivamente, nas estratégias preventivas. O olhar deve recair naquilo que se espera do comportamento do agressor no seu processo de ressocialização, após a condenação e do perigo real que advém da anti juridicidade da sua conduta.

O que acabamos de expender sobre os sentidos da argumentação jurídica em casos de violência doméstica revelam as marcas mais importantes sobre o processo justificativo das decisões judiciais. Quando nos referimos a marcas importantes, reportamo-nos aos argumentos que são construídos através de diversas categorias de enunciados que logramos categorizar em diversos domínios, salientando aqueles que são determinantes para a sustentação da convicção final do decisor. Esta análise saturada permite reivindicar na próxima parte a relação que deve ser estabelecida entre a perspectiva de género e os elementos justificação de uma sentença. A fundamentação das sentenças demonstra estar consciente do drama da violência doméstica e indicam que a técnica da fundamentação revela preocupações com este fenómeno trágico. Porém, a racionalidade lógica não deixa de levantar problemáticas que advém de desigualdades estruturais e de poder entre mulheres e homens, o que possibilita reivindicar um enunciado de género como método de fundamentação para a revisão crítica dos elementos justificativos que debatemos até agora.

Parte IV

O género como enunciado metodológico da argumentação jurídica

Capítulo I

Decisão judicial e perspetiva de género

No presente capítulo pretende-se debater a visão da perspetiva de género aplicada (como enunciado da argumentação) à decisão judicial. No primeiro ponto iremos descrever o enquadramento da perspetiva de género no campo judicial e algumas visões aportadas pelos estudos legais feministas com o propósito de evidenciar a necessidade de uma argumentação sensível ao género. No segundo ponto iremos debater a formulação do enunciado de género como parte do modelo argumentativo. Por fim, no terceiro ponto serão apresentadas algumas complexidades que poderão emergir no processo decisório quando é considerada a perspetiva de género.

1. As origens da perspetiva de género no campo judicial

No início do século XX teve lugar o movimento sufragista de mulheres que veio reivindicar o exercício igual de direito nos mesmos termos que eram conferidos ao homem (Lousada, 2015). Nesta etapa da luta pelos direitos das mulheres estamos na primeira vaga da onda feminista. Sob um ponto de vista argumentativo podemos defender uma perspetiva formal – os direitos dos homens são, também, direitos das mulheres e tal deve ser reconhecido pela lei. E argumentamos que se trata, nesta fase embrionária, de uma visão formal porque o reconhecimento desses direitos não foi suficiente para erradicar o problema da subordinação da mulher ao homem.

É, sobretudo, a partir da década de 80, do século XX, que começamos a assistir à discussão sobre a igualdade substantiva entre mulheres e homens que traz para o debate a questão do género. A autora Carol Smart é uma das mais emblemáticas feministas jurídicas, identificou a relação entre género e direito. Declara a autora que “ao aceitar os termos da lei para desafiar o direito, o feminismo concede sempre demasiado” (Smart, 1989, p. 5). Uma posição que contesta a visão do direito sob a perspetiva de género através da formulação de que (i) o direito é sexista, (ii) o direito é

masculino e (iii) o direito tem género. Neste último campo interessa-nos evidenciar que no campo argumentativo – o da aplicação do direito – é um meio que reproduz identidades fixas (por exemplo, os tradicionais conceitos de papéis de género) ao invés de analisar a aplicação do direito aos sujeitos, previamente, definidos pelo seu género.

Em 1990, Bartlett vem chamar a atenção para a forma como “a substância da lei pode submergir silenciosamente e sem justificação as perspectivas das mulheres e outros grupos excluídos” (p. 836-837). Com esta assunção, a autora formula a proposta da “pergunta da mulher” para isso considerando fundamental que se verifique o impacto que o género pode ter nas práticas judiciais que, de outro modo, aparentam ser neutras e objetivas. Fazer a “pergunta da mulher” implica perceber se a identidade da mulher foi considerada ao longo do processo argumentativo, se as diferenças, socialmente aceites, entre mulher e homem contribuem para a construção dos enunciados argumentativos e se a forma como a lei está desenhada e é aplicada coloca a mulher numa posição desvantajosa.

No campo da violência contra as mulheres MacKinnon (1983) introduziu no debate a identidade masculina e feminina através do processo de dominação e erotização. A desigualdade de género assenta na assimetria construída a partir deste processo de domínio assumindo-se que cada sexo tem o seu papel, mas o poder é desigual. A argumentação jurídica de género não é alheia a esta perspectiva quando salienta as relações de domínio, no âmbito das relações de intimidade.

Há quem defenda o *feminist judgement* (Crawford, Stanchi, & Berger, 2018) esclarecendo que esta visão (alternativa à do modelo patriarcal) traz a linguagem feminista para o campo do direito e a sua aplicação. Se o debate feminista contribuiu (e muito) para reformas significativas no campo do direito, já na área da argumentação jurídica as resistências de considerar um raciocínio justificativo da decisão judicial sob a perspectiva de género, parecem levantar problemas de ordem diversa. Neste âmbito Duarte (2013) defende que o direito deve ser reinventado “no encaço de uma justiça de alta intensidade” (p. 26). A mesma autora argui que o campo dos *critical legal studies* influenciaram, profundamente, a teoria feminista do direito onde se apontam “(... a manipulação, indeterminismo e legitimação pelo Direito de determinadas relações sociais opressoras e hierarquias ilegítimas, entre ela, a de género.” (p. 29). Já Ventura (2015) defende que o poder judicial revela “desconfiança e medo da palavra das

mulheres” (p. 76) evidenciando dificuldades com a demonstração da prova no campo dos crimes de natureza sexual. Estas complexidades são, igualmente, trazidas para o seio do crime de violência doméstica, onde o grupo desproporcionalmente afetado continua a ser o das mulheres.

O movimento feminista foi determinante para a introdução da questão do género no debate legal. As teorias da argumentação jurídica, que se têm preocupado com o racional da decisão jurídica e procuram formular um modelo que sirva de guia ao julgador na aplicação do direito, não se têm debruçado longamente sobre a influência do género no processo decisório. Atienza (2013), por exemplo, numa extensa obra sobre a argumentação jurídica refere a necessidade de adotar uma coerência lógica da narrativa quando está em causa a violência de género (p. 599, 600). No entanto, não existem pistas de como utilizar esse critério.

Para efeitos da investigação interessa determinar de que forma é que o género pode ser considerado como um enunciado justificativo da decisão judicial e se essa perspetiva deve proceder de regras do direito objetivo (a prova, por exemplo) ou se deve atender-se a aspetos de ponderação que equacionem o género como um enunciado parte do processo argumentativo. Entende-se que julgar com a perspetiva de género implica o reconhecimento de diferenças entre homens e mulheres, baseadas na condição física, biológica, sexual e social. Tais diferenças são construídas através de perceções sociais estereotipadas, assentes num domínio/poder do homem sobre a mulher. No campo decisório tais perceções acabam por influenciar, negativamente, esse processo. A fundamentação de uma sentença deve ser sensível a tais diferenças permitindo pensar no sistema de justiça como um campo onde a aplicação prática do direito é inequivocamente afetada pelos usos do género. Tais práticas permitem perceber o próprio direito e as novas matrizes conceptuais que se atribuem ao termo género.

2. Argumentação jurídica e perspetiva de género

As alterações legislativas na regulação e combate à violência doméstica têm sido significativas. Contudo, o foco colocado na mudança do corpo normativo tem negligenciado o funcionamento do sistema de justiça, o que será (talvez) o maior

obstáculo na produção da linguagem jurídica neste domínio. Diz-nos Beleza (2002) que “A forma jurídica de pensar não comporta, tradicionalmente, a questão das mulheres (ou a questão de género) como um problema autónomo...” (p. 83). A aplicação da lei pode mesmo ser perversa na medida em que a fundamentação da sentença pode revelar interpretações e qualificações desajustadas (McPhail, Busch & Kukarni, 2007). Há quem questione a eficácia do sistema penal para lidar com os maus-tratos contra as mulheres, por não dispor de recursos e poder (Larrauri, 2007). As relações de poder derivam de narrativas sociais, que se construíram em torno da mulher e do homem, de onde emergiram desigualdades e modos de violência enraizados no trato social. A questão do género tem subjacente a hierarquização das relações sociais entre mulheres e homens, circunstância que Dahl (1993) já havia identificado na sua obra *O Direito das Mulheres*. O sistema judicial tem de ser capaz de fazer o enquadramento destas situações avaliando de que forma a dependência assimétrica entre vítima e agressor constitui um dos objetivos da tipificação das condutas de maus-tratos nas relações de intimidade. Albuquerque (2015) refere que a “dependência hierárquica” é um conceito onde cabem “todas as relações de supraordenação do agente sobre a vítima decorrentes do exercício de uma função em que o agente atua com poderes de ordenação da conduta da vítima” (p. 648). Significa que a linguagem jurídica proveniente da motivação das sentenças não pode ser alheia a estes efeitos. O género é uma categoria de criação social e cultural a que o mundo do direito não é alheio. Beleza (2010) esclarece que estas construções constituem “... um sistema de relacionamento social que vai buscar chão definitório ao “pretexto” sexual (biológico) ou ainda acentuando o seu traço de representação simbólica de dominação (desigualdade)...” (p. 63).

Féria (2017) designa a perspetiva de género como um instrumento metodológico referindo que “julgar com uma perspetiva de género é... aplicar o direito... repudiando a utilização de quaisquer ideias feitas, estereótipos ou preconceitos sobre qual seja ou deva ser o papel social de mulheres e homens” (p.12). Também Sciammarella & Filho (2015) num trabalho sobre os discursos dos operadores judiciais notam como “a lei padece de algumas imprecisões que dificultam o trabalho do magistrado” (p. 53). A maior dificuldade parece ser a de precisar o que, na prática, significa decidir sob a perspetiva de género. Esta imprecisão contribui para a manutenção dos papéis e

estereótipos que, cultural e socialmente, surgem associados ao papel da mulher e do homem. Discutir-se a perspetiva de género, no modelo da argumentação jurídica (que envolve um conflito) implica que se procure perceber o impacto, da construção dos papéis sociais atribuídos a homens e mulheres, na forma como se interpreta o tipo legal, no modo como se qualifica o tipo, como se resolvem questões de conceitos indeterminados ou como se avalia a prova. Refere Brandão (2010) que há uma “necessidade político-criminal de reagir a comportamento retaliatórios” (p. 12).

As decisões analisadas apontam para duas situações: primeiro, a importação do conceito de género das ciências sociais revela um discurso *mainstream* traduzido pelo tipo de argumentos utilizados⁴⁹ (por exemplo, as decisões respeitantes aos casos de violência doméstica nas relações de intimidade usam, residualmente, os preceitos normativos da Convenção de Istambul como enunciado justificativo da decisão); segundo, o mesmo discurso judiciário debate o conceito de género sem que este seja assistido pela sua bagagem conceptual, o que deriva para a desconstrução da matriz de género e desemboca em ideologias e valores dominantes na própria sociedade (Beleza, 2013). Por outro lado, é certo que as várias alterações legislativas à norma prevista do artigo 152.º, do código penal, permitiram facilitar o trabalho à jurisprudência (Beleza, 2007) mas, nem por isso, se verificou a coragem de utilizar o termo género, na disposição normativa (Duarte, 2013). Esta indiferença linguística, quer na redação da lei, quer no processo justificativo da decisão judicial “ignora os profundos desequilíbrios de poder discursivo... em termos de hierarquias sociais...” (Beleza, 1990, p. 379).

Duarte (2013) evidenciou a forma como o discurso dos operadores judiciais reflete a construção social diferenciada entre homens e mulheres, demonstrando como o preconceito e estereótipo pesam na valorização de factos. Também Amâncio (2003) havia defendido que o discurso do género naturaliza questões atinentes ao sexo e à identidade sexual evidenciando diferenças entre os sexos. Ora refere a autora que “o género não constrói o sexo, mas é, ele próprio, um efeito de relações de poder, de acção das instituições, das práticas e dos discursos que regulam as suas formas e significados” (p. 706). Neste sentido, o discurso contribui para (i) a construção de identidades, (ii) a construção de relações entre os sujeitos e (iii) a construção do conhecimento e dos sistemas de crenças (Albertín, Cubbells & Casalmiglia, 2009).

Os comportamentos e valores dos sujeitos são atravessados pela questão do género, em particular no contexto familiar ou de intimidade onde os vínculos afetivos são especialmente fortes. Na linha de argumentação jurídica analisada as decisões judiciais demonstram um alheamento da perspectiva de género e a prevalência de uma visão individualista dos sujeitos – o/a agressor/a e a vítima. No estudo avaliativo sobre decisões judiciais de violência doméstica (2016) refere-se a vítima como elemento central do processo decisório, à qual se atribui o padrão de “ideal” de vítima indefesa, frágil e hesitante. Já o/a agressor/a é visto, também, como um sujeito de autoridade e opressor. Esta “feminilidade vitimável e masculinidade violenta” (p. 212) conduz, depois, à construção de uma argumentação jurídica orientada pela “sensibilidade moral” reflete uma prática judiciária desprovida da sensibilidade de género. Ou seja, se o processo de implementação da lei das vítimas de violência doméstica constitui um marco decisivo na proteção das mesmas e na prevenção da violência, o mesmo já não se poderá dizer quanto à sua aplicação, frequentemente orientada por matizes diversas que vão além da objetividade demandada pelas normas penais. E, neste sentido, resulta um desencontro entre o sistema decisório e as mulheres (Cubells, Calsamiglia & Albertín, 2010). Já Ventura (2015) chamou a atenção da ideia do papel de “Eva tentadora” subjacente à mulher que ou provoca e manipula ou se apresenta como figura vulnerável que apela à proteção dos valores da autoridade patriarcal.

Quando argumenta o decisor pode revelar algum enfado e, por conseguinte, incompreensão para com a vítima. No estudo avaliativo das decisões judiciais sobre violência doméstica (2016) é referido por um magistrado judicial que aquele “é o crime mais complicado” (p. 210) de julgar. E prossegue com o relato de uma vítima que se encontrava num centro de acolhimento, mas que decidiu voltar para o agressor (a necessitar de cuidados) e, por este facto, durante o julgamento optou por não falar. Uma perspectiva de género teria em conta, por exemplo, a síndrome da mulher maltratada que explica a forma de dependência emocional das vítimas em relação ao seu parceiro. De facto, como refere Cubell, Calsamiglia & Albertín (2010) existe um paradoxo no processo decisório. A argumentação jurídica formal, material ou pragmática segue um racional de carácter objetivo, contudo, na apreciação de factos e na motivação da sentença descrevem-se aspetos baseados nas condutas ou em crenças sobre o género e que determinam o rumo da decisão final.

A abordagem ao conceito de intensidade espelha bem este paradoxo. No acórdão do tribunal de Coimbra, de 28/04/2010, processo n.º 13/07.1GACTB.C1 determina-se que, para o preenchimento do tipo de violência doméstica, é suficiente um “único ato ofensivo de tal intensidade, ao nível do desvalor da ação e do resultado, que seja apto e bastante a lesar o bem jurídico protegido – mediante ofensa da saúde psíquica, emocional ou moral, de modo incompatível com a dignidade da pessoa humana.”. Este tipo de enunciado valorativo pesa questões sobre a conduta do agente. E sobre ela refere o decisor que expressões como “puta, vaca e porca” não consubstanciam condutas particularmente violentas porque não configuram uma atitude de especial desrespeito pela vítima ou desejo de prevalência de dominação (Tribunal da Relação de Guimarães, de 25/09/2017, processo n. 505/15.9GAPTL.G1). Neste enunciado valorativo não se pesou a circunstância que aquele tipo de insulto revela um tipo de opressão que deriva do sistema patriarcal, no qual a maior parte dos agressores são homens e as vítimas são mulheres.⁵⁰

Num famoso e polémico acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, a fundamentação tece considerações sobre a conduta de duas mulheres estrangeiras violadas que é determinante na atribuição da medida da culpa dos agentes agressores: “(...) as duas ofendidas muito contribuíram para a sua realização. Raparigas novas, mas mulheres feitas, não hesitaram em vir para a estrada pedir boleia a quem passava, em plena coutada do chamado macho ibérico.”

Os juízes/juízas, desempenham um papel decisivo na interpretação da lei e, em particular, na disposição do artigo 152.º, do código penal. A violência doméstica trata-se de um crime de género, por afetar desproporcionalmente as mulheres. Não pode ser encarado como um delito conflitual entre dois sujeitos equiparados na mesma posição (Sottomayor, 20). De facto, o sistema penal mostra a tendência de tratar os maus-tratos da violência doméstica como um problema de delito, distante da consideração acerca da desigualdade social entre mulheres e homens (Schneider, 2000).

A perspetiva de género, enquanto enunciado da argumentação jurídica, deve entender-se como uma proposição justificativa com o objetivo de enumerar causas desigualitárias na raiz das condutas violentas entre vítima e agressor contribuindo para a concretização de uma maior justiça social. Sciammarella & Filho (2015) referem que “A inserção do género com a pretensão de se criar uma nova categoria normativa

norteadora da operacionalização do direito nos casos de violência doméstica contra a mulher ... tem o seu valor determinado. O direito passa, portanto, a operar com a categoria de género na construção das decisões” (p. 55). Argumentar com perspectiva de género implica que o processo decisório considere dar visibilidade à situação de desigualdade das mulheres, esclarecer sobre a influência que as construções sociais sobre o género têm nas relações onde se verificam maus tratos. Esta exigência determina que o género deva ser considerado como um enunciado incontornável na motivação da decisão judicial potenciando o resgate da mulher na definição de papeis específicos nas relações íntimas, que vêm contribuindo para um sentimento de impunidade do sistema penal para com os agressores.

3. Complexidades do processo decisório

No ponto anterior tenta-se demonstrar a relação entre a argumentação jurídica e a necessidade de argumentar com perspectiva de género, nas decisões judiciais. Sucede que o processo decisório não é desprovido de dificuldades que podem surgir por questões formais e materiais. Quanto às primeiras a arte de argumentar cabe na tecnicidade de subsumir as premissas fácticas às premissas normativas. Já os aspetos de natureza material merecem um olhar cuidado sob a lente do género. Assim, pretende-se debater, agora, as complexidades do processo decisório, no campo da argumentação material, salientando as tensões derivadas de argumentos e enunciados no seio das decisões judiciais sobre violência doméstica.

As tensões argumentativas foram identificadas a partir da linha esquemática, apresentada na segunda parte desta investigação. Além disso também se consideraram elementos reportados pelo Estudo Avaliativo das Decisões Judiciais (2016), pelo Relatório do Grévio (2019) e pelo Manual Pluridisciplinar do CEJ (2020) Violência Doméstica – Implicações sociológicas, psicológicas e jurídicas do fenómeno. Em 2013 Duarte escrevia que “apesar da progressão legislativa, o crime de violência doméstica não é, ainda, por muitos/as magistrados/as percecionado como um crime de grave índole.” Nas decisões que investigámos, desde a entrada em vigor da norma do artigo 152.º, do código penal, até às mais recentes essa perceção tem percorrido um caminho flutuante.

No crime de violência doméstica a fronteira entre a esfera pública e a esfera privada é transposta a partir do momento em que o Estado, no seu papel de regulador, passa a considerar que “o pessoal é político”. Expressão imposta pelo movimento feminista, importa saber como é que a decisão judicial olha para esta dualidade (Olkin, 2008)⁵¹ atendendo ao facto de que a neutralidade da lei, que assenta em termos como cônjuge, agente, indivíduo e outros, acaba por ignorar as experiências aportadas pelas diferenças baseadas no género. É esta especificidade que permite identificar argumentos materiais em torno de Dos elementos, acima referidos, enumeram-se e problematizam-se as seguintes temáticas: os estereótipos de género no processo decisório; a qualificação de condutas e o concurso; a apreciação da prova; e, as sentenças condenatórias e absolutórias.

3.1 Estereótipos de género no processo decisório

A utilização de uma expressão estereotipada surge associada, sobretudo, com os enunciados empíricos. Aqueles que são considerados para a presente discussão referem-se aos factos provados que chegam às instâncias de recurso. No raciocínio de construção do argumento o decisor afirma convicções baseadas nas crenças sociais sobre os papéis atribuídos a mulheres e homens, o que pode ser problemático no processo de formação da convicção e interpretação de factos.

No caso 1 verifica-se que o decisor considerou o adultério da mulher como uma atenuante da agressão de que foi vítima. Expressões como “o adultério da mulher é um gravíssimo atentado à honra e dignidade do homem” ou “foi a deslealdade e a imoralidade sexual da assistente que fez o arguido A praticar o ato de agressão”, são convicções baseadas numa censura social imposta sobre a mulher que, num contexto judicial, a revitimiza.

No caso 3 verifica-se uma outra conceção estereotipa baseada na percepção de provocação. Afirma o tribunal o desvalor da ação não é acentuado pois “pese embora a qualidade da vítima, ocorreu provocação” o que conduz à conclusão que “O dolo direto não se afigura particularmente intenso também por força da provocação”.

Do leque de estereótipos também é possível identificar construções sociais sobre o papel da vítima e a conduta do agressor. Veja-se o caso 6. O Tribunal construiu um

raciocínio baseado num ambiente de “conflitualidade” que serviu para qualificar os factos praticados pelo arguido no âmbito da agressão á integridade física simples e afastar a prática de um crime de violência doméstica de que o sujeito vinha condenado. O arguido havia desferido “(...) um pontapé na zona baixa lombar, várias palmadas na cabeça e face e vários puxões de cabelo (...)”. Também entendeu que não se verificou a prática de factos ilícitos quando proferidas as expressões “levas um murro ou um pontapé que ficas aqui estendida” ou “Podes ir embora daqui a (...) metros ainda te apanho”. Deste entendimento de conflitualidade resulta a convicção de que, numa relação de intimidade” estas expressões não têm peso porque resultantes desse conflito mútuo. Há esta ideia de que uma demonstração intensa, cruel e de domínio é que preenche o verdadeiro perfil de uma vítima de violência doméstica (Beleza, 2004). Esta construção verifica-se, também, no caso 9 quando o decisor declara que “(...) o padrão de comportamento, a imagem global do facto caracteriza a relação de domínio, de sobreposição do agente sobre a vítima (...)”.

No contexto de violência doméstica, a regulação das responsabilidades parentais também revela um padrão regulador assente na imagem de uma família/união desfeita por situações de violência, onde um agressor passa, subitamente e pacificamente, a ser capaz de continuar a assumir as suas obrigações parentais. No caso 20, não obstante o reconhecimento expreso, por parte do Tribunal, da tendência, manifestamente, agressiva do pai, decide-se manter um regime de visitas (ainda que restrito) enquadrando-o no âmbito do princípio do superior interesse da criança. Também no caso 19, o decisor constrói o raciocínio de que não se deve excluir o direito a visitas do pai agressor ainda que se verifique um clima de conflitualidade entre os progenitores, nos momentos das visitas, de a vítima ter recebido o estatuto de vítima e ter recebido cuidados médicos em virtude dos ferimentos. Subjaz a ideia de que um agressor mantém as suas competências parentais ainda que tenha sido violento com a mãe.

Uma outra ideia estereotipada que subsiste encontra-se associada à reciprocidade de condutas. No caso 27 é apurado um raciocínio jurídico embasado naquela ideia, o que conduz à perceção de que se uma mulher retruca a violência de que é vítima, deixa de o ser. No caso em concreto a vítima havia enviado mensagens insultuosas ao arguido e este veio, à posteriori, a fazer o mesmo. Nesta medida, o Supremo Tribunal de Justiça veio a considerar que aquelas condutas recíprocas

(ocorridas em momentos distintos) não integravam o que se considera por maus-tratos psíquicos. O que o Tribunal não considerou como maus-tratos psíquicos foram expressões como ““Tu és minha. Vai ser assim toda a vida e ninguém se vai arrepender. És minha”; “Vai-te foder, sua filha da puta.”; “O teu dever é estares na cama sempre que eu me deitar e sempre que eu acordar. Não está a cumprir com as tuas obrigações.” Tais afirmações configuram a construção social de domínio e poder sobre uma mulher, o que revela que não pode deixar de ser considerada a perspectiva de género como enunciado argumentativo de uma decisão judicial.

Em 2020, o Centro de Estudos Judiciais, publicou o manual sobre violência doméstica, avaliando os seus impactos. Relativamente aos mitos e estereótipos afirma que “Urge desconstruir... falsos argumentos, desmistificá-los e combater-los” (p.42). Estes falsos argumentos assentam em convicções de natureza diversa. Desde logo, verifica-se a perceção de que uma situação de conflito entre duas pessoas que mantêm, ou hajam mantido, uma relação íntima deve ser resolvida pelos envolvidos. Apesar da censura social que foi crescendo nos últimos anos, o facto de se tratar de situações praticadas na esfera privada provoca um alheamento social, só ultrapassado pela iniciativa do Estado ter regulado tais situações. Luta-se, ainda, contra crenças e costumes enraizados que partiram de formulações como “entre marido e mulher ninguém mete a colher”, a convicção de que uma vítima só o é porque quer, porque não sai do relacionamento abusivo ou o agressor só o é porque padece de algum tipo de dependência, seja alcoólica, estupefacientes ou outra.

Destes fatores havia dado conta o Estudo avaliativo de decisões judiciais sobre violência doméstica (2016) onde reproduzem alguns discursos de pensamento de base estereotipada. Uma magistrada defende que para haver o preenchimento do crime de violência doméstica tem de se verificar, claramente, uma relação de submissão, na qual um dos membros do casal subjuga o outro, de forma reiterada. Acrescenta que “(...) numa relação de paridade em que as pessoas se relacionam de forma normal, discussões toda a gente tem, as pessoas exaltam-se (...)” (p. 153). Defende, de seguida, que nestas situações serão as ameaças, coação, agressão à integridade física simples, etc. Estamos perante um pensamento padronizado sobre a posição da vítima na relação de intimidade e desenhado por características de fragilidade e vulnerabilidade.

Das decisões judiciais analisadas acrescem outros fatores derivados destas convicções sociais. A ideia de que uma vítima de violência doméstica deve apresentar um semblante frágil, vulnerável, apagado. A perceção de um agressor de perfil, marcadamente, violento e opressor. A partir destas formulações constroem-se argumentos baseados em enunciados que acentuam interpretações de factos em torno da especial crueldade, intensidade ou malevolência o que acaba por embasar a violência doméstica em parâmetros que excluem condutas como as que podem derivar de ações recíprocas entre os agentes ou as que foram praticadas no decorrer de uma provocação.

A ideia que Smart introduziu quanto à lei revestir um carácter sexista (1995) tem contribuído para a construção de argumentos judiciais em torno do que Pilar, Cubbells & Casalmiglia (2009) apelidam de “imaginário social” do sistema punitivo. Dias (2010) afirma que “As mulheres vítimas de violência doméstica necessitam que a aplicação da lei se encontre desprovida de tais estereótipos.” O pensamento do raciocínio lógico deve apresentar coerência na sua linha de argumentação. A justiça não pode compadecer-se com a imagem de transmitir um discurso judicial estereotipado assente na construção social dos papéis feminino e masculino. O sistema legal continua a ser dominado por convicções patriarcais e apesar de se ter construído um quadro de proteção reforçado quanto à vítima não se olha, com a devida atenção, para o/a agressor/a, cujas ações violentas e punição são desvalorizadas face à ausência de uma perspetiva de género na decisão judicial.

3.2 A qualificação de condutas – a questão do concurso de infrações na violência doméstica

Uma das questões mais problemáticas resulta dos argumentos que entendem a norma do artigo 152.º, do código penal, numa relação de especialidade e numa relação de subsidiariedade com outro tipo de infrações penais. Daqui emerge o problema de concurso real e concurso aparente, cujos argumentos se apresentam de seguida. Os enunciados usados em torno do concurso são, sobretudo, de natureza normativa (construídos a partir da interpretação dada ao elemento literal da disposição), jurisprudencial e doutrinária. O raciocínio jurídico divide-se entre determinar a relação de especialidade e a relação de subsidiariedade com outras disposições normativas.

O relatório do GREVIO (2019) refere que a qualificação das condutas pode ser um problema complexo e que, além disso, poderá impactar na proteção efetiva da vítima. De facto, quando o decisor enquadra as ações praticadas no âmbito de outro tipo de crimes, concorrentes com a violência doméstica, como é o caso da agressão contra a integridade física simples, da honra, ameaça, coação, do sequestro simples, importunação sexual, etc., desaparece, por um lado, a possibilidade de aplicação de penas acessórias e, por outro, do reconhecimento do estatuto de vítima, previsto pela Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro, que prevê o regime jurídico aplicável à prevenção e assistência das suas vítimas, vulgarmente designada como Lei da Violência Doméstica.

No caso 13, o argumento em torno da especialidade e subsidiariedade da norma é fundamentado por enunciados doutrinários, designadamente, quando o Tribunal afirma que Albuquerque esclarece “O crime de violência doméstica é uma forma especial do crime de maus tratos... está também numa relação de especialidade...” com crimes como as ofensas corporais simples ou qualificadas, crimes de ameaça simples ou agravadas, crime de coação simples, crime de sequestro simples, crime de coação sexual, crime de violação, crime de importunação sexual e crimes contra a honra. No entanto, do elenco destes crimes o mesmo autor indica que “o crime de violência doméstica está numa relação de concurso aparente (subsidiariedade expressa) com os crimes de ofensas corporais graves, contra a liberdade pessoal e contra a liberdade e autodeterminação sexual que sejam puníveis com pena mais grave do que a prisão até 5 anos. Isto é a punição por estes crimes, afasta a da violência doméstica.”

Ainda no mesmo caso 13, é mencionada a visão doutrinária de Taipa de Carvalho que designa a questão do concurso efetivo ou aparente como um paradoxo (2012, p. 527) na medida em que na relação de subsidiariedade expressa, estabelecida na norma, se deve aplicar a sanção do crime mais grave (por exemplo, a ofensa à integridade física grave, o sequestro qualificado, a coação sexual e a violação) tendo a lei criado uma situação “sem relevância legal-penal” uma vez que a partir da absorção do crime de violência doméstica pelo crime mais grave tudo se passará como se o crime tivesse sido cometido por um qualquer estranho. Já na relação de especialidade o mesmo autor argumenta que a violência doméstica consome crimes como a ofensa à integridade física simples, a ameaça, o crime contra a honra, a coação, o sequestro simples, a coação sexual, a violação (164.º, n.º 2) e a importunação sexual. Verifica-se, portanto, um

concurso aparente onde a violência doméstica deve ser o crime atendível para absorver condutas semelhantes. O autor usa como enunciado justificativo deste raciocínio o elemento teleológico da disposição.

Quando se verifica esta consunção (Taipa de Carvalho, 2012) não se verificam constrangimentos de maior. A configuração de condutas no tipo violência doméstica, acaba por afastar crimes com penas até aos 5 anos de prisão e possibilita ao decisor a aplicação de sanção acessória bem como faculta à vítima usufruir dos direitos previstos pela Lei da Violência Doméstica, através do reconhecimento do seu estatuto de vítima. Raciocínio diferente é aquele que entende, sob o ponto de vista material, que uma conduta (ou mais) não é configurável no crime de violência doméstica por não reunir os seus elementos típicos. É o que sucede nos casos 2, 3, 4, 10 e 17 onde os agressores vinham acusados (e alguns condenados pela 1ª instância) pelo crime de violência doméstica, mas acabaram ou absolvidos ou acusados por outros delitos (ameaça, agressão contra a integridade física, etc.). Ora, nestas situações o julgador faz desaparecer a possibilidade de a vítima obter proteção preventiva, monitorização e aplicação das penas acessórias previstas na disposição normativa.

Além do paradoxo, apontado por Taipa de Carvalho, existe ainda outra circunstância, também ela, paradoxal ligada à unidade e pluralidade de condutas ilícitas praticadas. Não é pretensão problematizar a questão do concurso de crimes, mas dar evidência aos enunciados argumentativos cuja lógica racional vem a terminar que tipo de conduta ilícita se vê preenchida e quantas vezes foi praticada.

De acordo com o elemento literal da norma, a reiteração de condutas (uma prática sucessiva no tempo de maus-tratos físicos e psíquicos causados na vítima) importa da prática de um crime de violência doméstica. No entanto, a lei manda considerar no seu artigo 30.º, n.º 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”. Estamos no campo do concurso homogéneo, mas que no caso da violência doméstica não se verifica por se considerar que a prática de vários tipos de ilícito (bofetadas, pontapés, insultos, perseguições, etc.) realizados ao longo do tempo, constituem uma pluralidade de ações, subsumíveis à prática de um crime de violência doméstica. A situação paradoxal que daqui resulta verifica-se no caso de se considerar que aquelas condutas

praticadas fora do âmbito da tipicidade da violência doméstica conduziriam a uma acusação plúrima de ações do agente que, em última análise, poderia vir a ser condenado a uma pena única superior à prevista para a violência doméstica. Daquilo que resulta da aplicação da lei, o que se apura é que um agente pode vir a ser condenado por dois ou mais crimes de violência doméstica quando são praticados em momentos temporais distintos. Esta situação fica demonstrada por algumas das decisões analisadas, nas quais o arguido já tem condenações daquele crime. O concurso homogéneo é uma problemática que não é trazida para a discussão sobre a aplicação da norma e que devia ser considerada (Brito, 2014).

Vale a pena recordar Figueiredo Dias (2012, p. 977 e ss.) “O preenchimento de um único tipo legal não se traduz automaticamente na unidade do facto punível, podendo dar-se o caso do comportamento do agente revelar uma pluralidade de sentidos de ilicitude”. Já os relatores do GREVIO (2019), no que concerne às questões de concurso sugere que o Estado português deve “adotar medidas que assegurem que a ofensa da violência doméstica é efetivamente prosseguida através da aplicação cumulativa de disposições criminais concorrentes e que as decisões judiciais reflitam adequadamente se a violência é qualificável como violência doméstica” (p. 12).

A relação de subsidiariedade também não é menos complexa. As decisões judiciais não mostram uma posição unânime. O carácter subsidiário da disposição resulta da letra da lei quando refere “... é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.”. Sobre a subsidiariedade da disposição o Relatório do GREVIO (2019) escreve que “Isto levanta a questão de saber se a abordagem dos Tribunais à violência doméstica está suficientemente ligada à compreensão de tal violência em termos de género” (p.11). Compreende-se que o enquadramento seja questionado pois se os factos forem subsumidos à prática de crimes como é o caso da violação (164.º/1 e 2), ofensa à integridade física grave (144.º), ofensa à integridade física qualificada (145.º/1/c), sequestro qualificado (158.º/2), coação sexual (163.º/1) ou lenocínio agravado (169.º/2), os factos integrantes da prática de violência doméstica são “engolidos” pelo crime mais grave, desaparecendo a possibilidade de registo do cometimento de tais factos. Assim, todo o procedimento argumentativo será desenvolvido em torno de outro crime mais grave o que contribui para a invisibilidade de argumentos sobre a prática da

violência doméstica. Neste caso, o discurso irá incidir sobre a técnica de aplicação da subsidiariedade, resultante da aplicação do elemento literal do preceito normativo.

O caso n.º 13 decidiu que o autor devia ser punido pela prática de um crime de violência doméstica em concurso aparente com a prática de um crime de violação dada a relação de subsidiariedade que o código penal criou e “Não cabendo ao Juiz, resolver o paradoxo que o legislador assim criou de deixar “sem pena” uma série de actos, resta apenas aplicar a lei.” Com isto desaparece a possibilidade da aplicação das penas acessórias previstas no artigo 152.º. No contexto de um caso em que ficaram provados factos gravíssimos que atentaram contra um leque diverso de bens jurídicos da vítima, não se verificou um exercício com perspetiva de género. A haver lugar a esta construção teria sido possível interpretar do elemento teleológico da norma que a subsidiariedade expressa não implica, necessariamente, o afastamento do crime de violência doméstica. Se, por um lado, se determinarem factos autónomos lesivos do bem jurídico protegido pela norma da violência doméstica, por outro lado se for possível detetar na linha de argumentação jurídica factos ofensivos da dignidade humana, que atentam gravemente contra a integridade física e psíquica da vítima e o livre desenvolvimento da sua personalidade, a partir de onde é possível dissecar as condutas integrantes do crime de violência doméstica, que entre as ofensas à liberdade sexual abrange os maus tratos físicos e psíquicos.

O caso 14 não entendeu o concurso entre a violência doméstica e a violação da mesma forma, no que concerne a subsidiariedade expressa. O problema formula-se a partir da visão de concurso aparente entre o crime de violência doméstica e três crimes de violação. O decisor expende sobre o efeito do princípio de subsidiariedade que faz cair o crime “preparatório” quando daí decorre a realização de uma conduta mais gravosa, que também é punida. Porém, chama a atenção para a visão de Stratenwerth (citado no acórdão) que defende um significado autónomo para tal princípio “na medida em que a infracção da norma secundária não acompanhe necessária e habitualmente o delito preferente”. O argumento da decisão é construído a partir da verificação de factos autónomos que podem configurar o crime de violência doméstica, por um lado, e o crime de violação, por outro. Deste modo, uma vez que o crime de violência doméstica integra as ofensas sexuais, estas autonomizam-se e dão lugar ao preenchimento do crime de violação – com pena mais grave – que vem a prevalecer sobre aquele. Neste

caso verifica-se o concurso aparente decorrente da subsidiariedade expressa. Depois desta separação poderão restar condutas que continuam a integrar o crime de violência doméstica, como é o caso de agressões à integridade física, à honra, as ameaças, etc., verificando-se, assim, um concurso real, não havendo afastamento do tipo penal.

Este raciocínio argumentativo não foi seguido na decisão do Caso 24 que diz, também, respeito ao concurso aparente entre a violação e a violência doméstica, num caso de relacionamento extraconjugal. O Tribunal concluiu que havia, somente, lugar ao preenchimento do crime de violação porque a intenção do agressor era, exclusivamente, de cariz sexual. Decidiu não autonomizar as condutas violentas de ameaça e divulgação de imagens da vida privada íntima, integrando-as na violação, ao mesmo tempo, que sustentou que o relacionamento, nesta ótica, não podia ser considerado como uma relação de namoro. O decisor refere mesmo que “Há uma tendência perigosa para integrar todas estas condutas no crime de violência doméstica quando o código penal serve tipos legais de crime muito mais apropriados para qualificar aqueles atos”. Os atos são a chantagem e a ameaça à vítima, por esta se ter recusado a manter o relacionamento extraconjugal, circunstância que o agressor não aceitou e usou para manter o envolvimento amoroso, contra a vontade daquela.

Os argumentos utilizados a partir do elemento literal divergem no sentido de se autonomizarem factos ilícitos que afetem os bens jurídicos protegidos pelos tipos. Os factos ilícitos não acontecem no quadro de uma relação qualquer. Sucedem-se entre duas pessoas que mantêm ou mantiveram uma relação conjugal ou análoga à dos cônjuges ou uma relação de namoro, presente ou pretérita. A relação de intimidade entre os agentes é um dos fundamentos para o enquadramento do tipo, o que justifica um cenário punitivo mais agravado do que aquele que existe, tendo, precisamente, em linha de conta essa relação especial (Cardoso, 2020, p. 35). O facto de se dar ênfase a esta circunstância da relação especial não impede que se defenda, depois, que independentemente das questões de política criminal aquilo que ficou consagrado foi a unidade da norma (Cardoso, 2020, p. 45). Esta visão dissocia aspetos relevantes: a autonomização das condutas do agente é realizada, precisamente, em função daquela relação íntima especial (e não outra situação qualquer típica) que não pode, simplesmente, “desaparecer” dentro do crime punido de forma mais grave, erradicando a enunciação de argumentos pertinentes para a violência doméstica e dando-lhe

visibilidade penal; neste sentido, não acompanhamos a autora quando afirma que “O legislador não pretendeu autonomizar, pelo contrário pretendeu englobar, reunir (...)” (p. 45). Ora, atentos às motivações da Exposição de Motivos, da Proposta de Lei n.º 248/X, acima referida, aquilo que resulta claro é que o legislador pretendeu punir condutas que atentam, gravemente, contra direitos humanos, em particular, numa realidade em que as mulheres continuam a ser as maiores vítimas. No caso 15, os enunciados argumentativos estabelecem o elenco destes factos autonomizáveis, não deixando de aplicar a regra expressa quanto à subsidiariedade, mas realçando a questão da relação afetiva que resvala para uma situação de domínio do agressor sobre a vítima, privando-a do exercício da sua liberdade pessoal. Dos factos empíricos retira-se que o agressor a perseguiu, ameaçou de morte, insultou, ameaçou, agrediu-a fisicamente até ao momento em que a tentou matar. Ou seja, verifica-se aqui uma multiplicidade de condutas passíveis de integrar a violência doméstica em concurso com a tentativa de homicídio.

O problema criado pela disposição normativa⁵² contraria aquilo que subjaz ao espírito da tipicidade prevista para a violência doméstica. De acordo com a exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 248/X começa-se por declarar que a violência doméstica é um fenómeno “encarado como uma violação dos direitos humanos, da liberdade e da autodeterminação das vítimas” e que “a realidade demonstra que as mulheres continuam a ser o grupo mais afligido pelo fenómeno” (p. 1). Beleza (2021) defende que o texto do artigo 152.º “está claramente pensado e foi obviamente redigido (incluindo as sucessivas alterações) tendo como alvo privilegiado as mulheres vítimas de violência por parte dos seus maridos ou companheiros, atuais ou passados” (p. 12) Este espírito de perspectiva de género subtrai-se da disposição normativa que, assim, no momento da sua aplicação não pode ser ignorado. Neste sentido, é relevante a posição de Taipa de Carvalho (2012, § 29) que apela à “interpretação teleológica extensiva” para a aplicação das penas acessórias quando prevalece o crime grave perante a violência doméstica. O enunciado argumentativo de género fará sobressair que no contexto de violência doméstica poderão assumir relevância certos e determinados comportamentos, que acontecem no âmbito do vínculo de intimidade verificável entre dois agentes, e que à luz de outros tipos legais penais não assumiriam tal pertinência.

3.3 A apreciação da prova na ótica do enunciado de género

Uma das mais relevantes dificuldades do processo decisório prende-se com a valoração da prova que ganha um contorno, especialmente, complexo quando se pretende analisá-lo sob a perspetiva de género. Ferrajoli (1999) defende a visão de um direito contemporâneo baseado em princípios jurídico-constitucionais não só formais, mas dependentes de aspetos substanciais conferidos pelos valores ético-políticos como a igualdade, a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. Estes vetores são imprescindíveis quanto às formas de produção normativa, mas também quanto aos conteúdos substanciais, que se vinculam, normativamente, aos princípios e valores reconhecidos constitucionalmente, através de técnicas de garantia elaborados pela ciência jurídica. Daqui importa, portanto, descortinar o método de valoração da prova e perceber em que medida o enunciado de género pode constituir mais uma ferramenta na descoberta da verdade material. Não esquecer que a exigência com a “verdade” decorre da matriz constitucional incontornável sobre a motivação das decisões judiciais por forma a afastar formas discricionárias de decisão.

Uma vez que estamos no campo da justificação da sentença, interessa, mais uma vez, recorrer aos argumentos (enumerando as razões) que fixam a apreciação da prova. Estamos perante o processo de formação da convicção que pode ser baseada em elementos objetivos, mas, também, elementos subjetivos. Segundo Gomes (2008) o princípio da livre apreciação da prova encontra-se vinculado a regras de experiência e lógica comum o que implica que na enunciação dos motivos da sentença sejam enumerados os elementos probatórios (testemunhal, documental ou pericial) que pesaram na convicção da decisão. Nesta ótica é fundamental o papel do julgador que nos termos de Taruffo (2011) “decide a matéria de facto” como “narradores de histórias” (p.122). Já Carvalho (2013) acrescenta que “o bom juiz é aquele que decide bem a matéria de facto e que consegue demonstrar a razão da sua decisão” (p. 83). Durante o processo de formação da sua convicção, o julgador usa critérios baseado nas regras de experiência, da lógica, da racionalidade, da probabilidade e da razoabilidade.

Estes aspetos introdutórios sobre a livre apreciação da prova podem relacionar-se com o enunciado de género no momento da formação da convicção. Lopes (2011) defende uma simplificação da motivação de acordo com a complexidade das

circunstâncias a decidir, sustentando uma conexão entre a justificação dogmática e uma visão pragmática da decisão judicial. Ora, dado que o decisor não é totalmente desprovido do aporte da sua lente cultural e ideológica, pretende-se refletir, em concreto, sobre que elementos das regras de experiência, lógica e racionalidade aportam as questões de género, no momento da apreciação da prova e que simplificação ou complexidade podem daí derivar. No Estudo Avaliativo das Decisões Judiciais (2016) refere-se que os dados empíricos recolhidos durante a fase prévia ao julgamento podem ser objeto de visões diferentes. Por exemplo, os órgãos de polícia criminal podem deixar de recolher elementos descritivos sobre os agentes e as circunstâncias que, mais tarde, poderiam revelar-se como decisivos na apreciação da prova. No entanto, como este é um problema a jusante, mantém-se o foco desta análise nos dados empíricos que fazem parte da matéria de facto, que é dada como provada, mas a montante.

No que respeita tais dados empíricos é possível apurar aspetos de vulnerabilidade relacionados com a caracterização da vítima e do/a agressor/a, do seu contexto familiar, da situação socioeconómica, das condições físicas de habitação, de doença, incapacidade física ou psíquica. Daqui resulta uma ponderação que não pode deixar de ser feita no momento da apreciação dos factos que, *a posteriori*, serão determinantes para a motivação do grau de culpa do/a agente.

No Estudo Avaliativo das decisões judiciais (2016) constam dois depoimentos acerca da apreciação dos factos que devem integrar o tipo de violência doméstica. Afirmam duas magistradas:

“– Depende dos factos. Isto depende das sensibilidades. Se o meu marido me der uma bofetada, eu considero isto uma violência doméstica. (FG 38_magistrada do Ministério Público).

- Pois, mas há quem considere que não é uma violência doméstica. É um facto concreto. (FG_30_magistrada do Ministério Público” (p. 160).

Existem perceções diferentes dos factos face “às sensibilidades” dos vários operadores judiciais. Na mesma linha outros depoimentos, do mesmo estudo, referem que se está no domínio da qualificação de factos que são analisados por sujeitos, dentro do sistema de justiça, que estabelece paralelos com as próprias vivências. Daqui derivam muitos aspetos culturais num crime que traz questões de natureza sociológica e psicológica que não podem ser ignorados. Claro que esta apreciação não é despida de

problemática. Segundo Beltrán (2005) a verdade que se procura comprovar trata-se de uma verdade relativa, uma aproximação à verdade dos factos e, assim, tem-se por verdadeiro aquilo que resulta provado. Construir uma motivação com um enunciado de género implica o uso dos aportes reivindicados da teoria feminista do direito. No entanto, este reconhecimento não merece ainda uma aceitação generalizada no processo argumentativo. O uso do termo perspectiva de género é, ainda, muito tímido, como mais adiante se deixará mais claro.

Na apreciação da prova, o enunciado de género cumpre uma função epistémica (Ortiz, 2020). Esta dimensão funcional permite identificar e dar visibilidade a vários aspetos do processo probatório: a valoração dos factos e a construção daqueles que são juridicamente relevantes, as regras de experiência comum, a credibilidade dos agentes, a admissão ou exclusão de provas, o peso das provas e a prova testemunhal. Os enunciados argumentativos mostram que se encontram subjacentes as construções de género. Gama (2020) defende que as perceções conceptuais e de regras de experiência comum são influenciadas pelas construções de género e de algum modo determinam as informações que recebemos. A partir daqui é o decisor que escolhe, por exemplo, que factos são juridicamente relevantes. Por exemplo, no âmbito de uma relação íntima um sujeito A disferiu uma bofetada sobre um sujeito B. Na sua apreciação uma coisa é considerar que esse facto ocorreu e se encontra sustentado por meios de prova (testemunhal, pericial ou documental). Outra situação é a valoração (peso) que se atribui a esses meios de prova para apreciar se o facto, caracterizado por alguma conduta intensa ou ofensiva do patamar mínimo de proteção do bem jurídico, integra a prática de um crime de violência doméstica. Nas perceções e indagações, criadas a partir desta apreciação, não se dá visibilidade à perspectiva de género.

Em primeiro lugar, o crime não é abordado nessa ótica (pelo menos de forma clara) como um crime de violência de género. Em segundo lugar, o uso de generalizações usadas no processo racional decisório, como é o caso de aferir credibilidade testemunhal, apreciar o silêncio da vítima e do/a agressor/a quando estes optam por não prestar declarações ou o uso de regras de experiência comum, lógica e razoabilidade não tem em linha de conta que pode deixar de fora as experiências das mulheres. As regras de experiência comum, baseadas na experiência do homem médio, são termos conceptuais generalistas, usados pela linguagem do direito, como enunciados

justificativos. Porém, ditas concetualizações comuns não reconhecem as especificidades e experiências de outros grupos, designadamente, o das mulheres. Aquelas conceções generalistas são assumidas como “normais” o que limita outras visões e leva até à consideração de outros entendimentos – o da perspectiva de género, por exemplo – como irrazoáveis, o que torna difícil o seu enquadramento nas regras convencionais da prova (MacCrimmon, 1991). Daqui se pode inferir que o processo decisório, na livre apreciação da prova, deve considerar o enunciado de género, como um enunciado específico, que usa atos linguísticos próprios permitindo incorporar uma lente sensível ao género no processo racional da decisão.

Nas decisões analisadas utilizou-se o método esquemático de argumentação que ganha particular relevância neste ponto de reflexão. É que a partir dos esquemas de inferência lógica dedutiva e indutiva é possível retirar os principais argumentos sobre a livre apreciação da prova e em que medida os seus aspetos materiais podem ser enquadrados (corrigidos?) sob um enunciado de género.

Num ponto prévio convém esclarecer que muitas decisões são confrontadas com o problema da impugnação da matéria de facto ou correções à narrativa desse contexto. Ora, a apreciação dos factos está sujeita a regras processuais que na ótica da dimensão institucional do direito fazem impender sobre o decisor a aplicação intransigente do enunciado normativo. É o que acontece nos casos enquadráveis no artigo 412.º, n.º 3 que determina que o recurso “Quando impugne a decisão proferida sobre matéria de facto, o recorrente deve especificar: a) Os concretos pontos de facto que considera incorretamente julgados; b) As concretas provas que impõem decisão da recorrida; c) As provas que devem ser renovadas”. O que sucede é que variadíssimos recursos não concretizam os pontos de facto que consideram incorretamente julgados nem destrinçam os meios de prova que podem indiciar decisão diversa da que foi tomada. Verifica-se, nestes casos, o incumprimento de um procedimento formal exigido ao recorrente que vê, assim, o seu pedido indeferido. Nestas situações, ainda que houvesse possibilidade de uma justificação valorativa de género, quanto à matéria de facto, ela não poderia ter lugar tendo em conta a imperatividade da regra processual. Este resultado é o que se verifica por exemplo num raciocínio do Caso 2 onde à questão sobre a impugnação da matéria de facto o tribunal fundamenta com o enunciado normativo concluindo que “O recurso em matéria de facto não implica uma reapreciação... da

globalidade dos elementos de prova produzidos e que serviram de fundamento à decisão recorrida.”.

Aspetto diferente é aquele que resulta do raciocínio exposto quanto à valoração da prova. O tribunal indica os meios de prova – testemunhas de vizinhos, declarações da vítima e dos seus pais, mensagens escritas ofensivas. Esclarece que “O juiz... tem de avaliar as provas, não arbitrariamente ou caprichosamente, mas em harmonia com as regras comuns da lógica, da razão e da experiência acumulada.” Acrescenta juízos valorativos ao declarar que “Isto não pretende significar que se deva ter como certo que o acusado mente e o/a ofendido/a conta sempre a verdade.” E “O juiz é livre de considerar credível uma testemunha e dar o facto como provado, mas não tem que lhe dar crédito total...”. Ou seja, a posição sobre a valoração testemunhal é considerada sob o ponto de vista da credibilidade dos depoimentos prestados pela vítima, pelo agressor e por testemunhas.

No caso 7 discorre-se sobre a forma lógica como ficou demonstrada a prova dos factos assente, igualmente, na credibilidade das declarações prestadas pela vítima, arguido e testemunhas. Na narrativa construída, o tribunal considera que a vítima prestou declarações que se “mostraram sinceras, espontâneas, sendo pautadas por coerência, clareza e assertividade”. Verificou-se, aqui, a técnica da corroboração da credibilidade da vítima através outras testemunhas que evidenciaram, na lógica racional do tribunal, um discurso “espontâneo, direto, objetivo, coerente e assertivo merecendo irrestrita credibilidade.” Por outro lado, a motivação de facto aponta para o descrédito que deve ser dado ao depoimento das testemunhas do arguido por considerar que “são inidóneos a confirmar a versão por si sustentada e não conseguiu pôr em crise as declarações da vítima e os depoimentos das testemunhas.”

No caso 8 surge, novamente, o problema da impugnação da matéria de facto à qual o tribunal responde de forma negativa. Salieta que “A decisão do tribunal há-de ser sempre uma “convicção pessoal – até porque nela desempenham um papel de relevo não só a actividade puramente cognitiva mas também elementos racionalmente não explicáveis (v.g. a credibilidade que se concede a um certo meio de prova)”. O critério da credibilidade, mais uma vez, presente no raciocínio justificativo. Na mesma linha o caso 10 refere, relativamente, ao arguido que “As declarações do arguido afiguram-se credíveis no que diz respeito aos factos provados sendo corroboradas pelas

declarações do agente da GNR que verificou que a ofendida se encontrava perturbada...”. Acrescenta que só se deve verificar uma valoração diferente se se verificar “erro evidenciável” com “suporte razoável nas provas e nas regras da lógica, experiência e conhecimento comuns.” Repete-se a linha da credibilidade no caso 12 que sustenta que a uma nova apreciação da matéria de facto só se pode verificar se o juízo não tiver usado das regras de experiência comum. No presente caso, o tribunal realça a circunstâncias de os factos ocorridos entre arguido e ofendida terem, apenas, sido relatados por esta e o arguido ter-se remetido ao silêncio, dando um maior peso às declarações da vítima. Acrescenta que é conveniente determinar o contexto de “tensão, conflitualidade e violência através de meios técnicos (perícias) que sirvam de sustentação ao apuramento cabal da verdade material.”

No caso 14 é possível apurar o aspeto valorativo da motivação quanto à livre apreciação da prova. Existem um conjunto de enunciados que sustentam aquilo que deve ser a valoração segundo as regras de experiência comum. Declara a decisão que “o juízo valorativo do tribunal tanto pode assentar em prova directa do facto, como em prova indiciária da qual se infere o facto probando... face à credibilidade que a prova lhe mereça e as circunstâncias do caso...”. Acrescenta que a prova indiciária pode ser suficiente para a formação da convicção e que a prova testemunhal pode ser objeto de deduções e induções mediante as regras de experiência comum. O fundamento deste raciocínio vem a ser suportado pelo argumento das presunções que a lei permite formular através de “um facto conhecido para firmar um facto desconhecido, sendo admitidas as presunções judiciais nos casos e termos em que é admitida a prova testemunhal (artigo 351.º, do Código Civil)”. E aponta os factos “se uma mulher casada ou a viver maritalmente aparece, ainda por cima repetidas vezes, em público com nódoas negras nos olhos e pelo corpo, isso é um sinal inequívoco de que anda a ser sovada pelo companheiro”. Sublinhe-se aqui o termo inequívoco, mas também a valoração que é atribuída ao comportamento (esperado) da mulher vítima “é da mais elementar experiência da vida que se tais ferimentos resultarem antes de uma queda ou de um qualquer outro tipo de acidente, a própria mulher vai explicar isso no meio social em que se move, porque nenhuma quer semelhante labéu para si e/ou para o seu companheiro”. Na mesma decisão elencam-se um conjunto de fatores determinantes para a valoração da prova testemunhal e que são a espontaneidade, a verosimilhança,

a seriedade, o raciocínio, as lacunas, as hesitações, a linguagem, o tom de voz, o comportamento, os tempos de resposta, as coincidências, as contradições, o acessório, as circunstâncias, o tempo decorrido, o contexto sócio cultural, a linguagem gestual. Ou seja, os juízos decorrentes das regras de experiência comum são construídos a partir da lógica racional e cuja observação irá contribuir para a formação da livre convicção do juiz, mas face a estes elementos não deixam de revestir de um carácter subjetivo.

O caso 16 também evidencia questões de credibilidade e dimensão atribuída à livre apreciação da prova segundo as regras da experiência e livre convicção. O raciocínio exposto usa o juízo valorativo sobre a espontaneidade das declarações da vítima e o mecanismo de corroboração de outros elementos de prova como são os depoimentos e documentos. A credibilidade da vítima oferece maior peso à versão dos factos em virtude desta valoração sublinhando a lógica e coerência do discurso. O tribunal assigna à apreciação da prova e livre convicção “pressupostos valorativos a obediência a critérios da experiência comum e da lógica do ser humano médio”. Sempre acrescenta que esta construção é baseada numa convicção pessoal, mas que é objetiva e motivada. Na decisão saliente-se o valor que é atribuído às características das vítimas de violência doméstica que “apresentam uma especial vulnerabilidade, têm medo, vergonha, são ameaçadas pelos agentes do crime... Por vezes há por parte das vítimas, um conflito interior em denunciar a situação em que se encontram ou escondê-la”.

Do que resulta desta análise argumentativa são questões de impugnação da matéria de facto sobre as quais não nos debruçaremos, dada a lógica formal relativa à subsunção de aspetos processuais. Outra reflexão é merecida para os aspetos atinentes à credibilidade dos sujeitos (vítima/agressor(a)/testemunhas), à convicção sobre a verdade dos factos quando ocorridos no espaço privado, longe de olhares de terceiros, à preconceção sobre o que se espera do comportamento da vítima e à descrição das circunstâncias factuais. Neste ponto é pertinente apontar que os argumentos construídos e os seus respetivos enunciados não apresentam uma construção fundamentada com uma perspetiva de género, pelo que, este é o momento adequado para perguntar – e se fosse utilizado um enunciado de género, que metodologia seria utilizada para aferir a adequação imprescindível dessa ferramenta?

A credibilidade dos agentes resulta de uma convicção que é construída a partir de narrativas que descrevem os factos e revelam uma interação entre os sujeitos,

tendentes à descoberta da verdade. As decisões dão peso valorativo à espontaneidade, à coerência, à clareza, à assertividade num discurso. Lopes (2011) discorre sobre o cumprimento da motivação do julgador, no âmbito da livre apreciação da prova considerando, para o efeito, a técnica da máxima de experiência comum. Nesta prática de fundamentação surge em evidência a construção do argumento através da lógica dedutiva e indutiva fazendo recurso da prova direta e da prova indiciária.⁵³ . Esta técnica jurídica não é desprovida de limitações, na perspetiva de Lopes (2011) dado que uma opção sobre a convicção do juiz deve referir sempre “os motivos da credibilidade dos depoimentos prestados” (p. 238). Esta visão é partilhada por Carvalho (2013) quando afirma que “O exame crítico consiste na enumeração das razões da ciência (...) os motivos da credibilidade dos depoimentos (...)” (p. 84). A descrição da realidade também acontece a partir daquilo que Abellán (2014) designa de “conhecimento do mundo num outro” (p.373). Estamos no domínio de dados empíricos que exigem a análise de situações concretas que podem ser merecedoras da aplicação do direito. Trata-se de uma perspetiva cognitivista assente no conhecimento da verdade dos factos e na verificação de um resultado de probabilidade.

A credibilidade é apurada sobretudo em função de dois aspetos: a colaboração direta por parte da vítima e a corroboração das suas declarações através de outros meios de prova (Ortiz, 2020). A credibilidade é esclarecida através de um processo subjetivo que tem em linha de conta aspetos relacionados com a coerência do relato e a ausência de modificações substanciais nas declarações prestadas. Se da colaboração voluntária da vítima pode resultar a formação de uma convicção firme e inequívoca o mesmo não se pode dizer sobre a situação em que aquela não pretende falar ou se vê confrontada com um sistema judicial que se alheia das questões de género subjacentes à violência praticada no seio das relações de intimidade. O enunciado de género procura esclarecer esta dinâmica da “pressão para a colaboração das vítimas e a sua possível instrumentalização pelo sistema de justiça” (Gomes, Fernando, Ribeiro, Oliveira & Duarte, 2016, p. 165). A verdade é que, dependendo das circunstâncias factuais, a vítima pode mostrar dificuldades na prestação de declarações e a pressão sentida pela orgânica judicial levá-la a desistir de o fazer. Trata-se de uma faculdade legalmente conferida pelo artigo 134.º, do código de processo penal. Para aferir a credibilidade dos factos deve

ampliar-se a todas as circunstâncias descritivas do caso. Neste particular ganha, portanto, relevância todo o mecanismo investigatório.

Também pode acontecer que a vítima seja a única a prestar declarações como aconteceu no caso 12 em que a vítima colaborou e o arguido remeteu-se ao silêncio. Numa decisão do tribunal da relação de Évora (Processo n.º 1340/14.7TAPTM.E1) determinou-se que nada obsta a que os factos da acusação fiquem demonstrados exclusivamente das declarações da vítima, mesmo quando desacompanhadas de outros meios de prova e opostas à negação do arguido. No entanto, ressalva o tribunal que na sentença deve ser especialmente justificada a maior credibilidade que merecem as declarações prestadas. Existe nesta lógica racional uma perspetiva de género? Em primeiro lugar há uma clara valorização das declarações prestadas no âmbito de testemunho único. Em segundo lugar verifica-se um afastamento do critério de corroboração que sobrevaloriza outros meios de prova, designadamente, os prestados por via de outros depoimentos. O enunciado de género é, neste aspeto específico, uma ferramenta que promove a descoberta da verdade.

No que concerne a convicção sobre factos ocorridos no espaço privado e longe da observação de terceiros há que considerar que comprovar uma realidade como verdadeira implica sempre um grau de arbitrariedade por parte do julgador. Este aspeto é sublinhado mais do que uma vez por enunciados linguísticos usados no processo de motivação. O julgador não presenciou essa realidade, por conseguinte, terá de formar a sua convicção a partir de elementos probatórios que indiquem, com elevado grau de probabilidade, que esses factos ocorreram. A questão é que a descrição dessas circunstâncias pode assentar num processo valorativo que carrega pré-juízos de valor derivados de convicções próprias. Este enunciado valorativo é, especialmente, pertinente no caso da apreciação da prova pois no processo judicial poderão existir provas que refutam/comprovam a acusação de um sujeito – e que podem vir a contribuir para a determinação da sua inocência ou culpa – mas é o enunciado valorativo que pode dar conta das fragilidades dessa prova (Ferrajoli, 2006). A valoração da prova é, pois, o núcleo essencial do razoamento probatório (Abellán, 2014). Para ultrapassar a questão da arbitrariedade adota-se o esquema de grau de convicção capaz de demonstrar a relação entre as inferências lógicas dedutivas ou indutivas. O esquema de análise das sentenças representa uma metodologia que dá conta das inferências lógicas

dedutivas e indutivas que justificam uma afirmação ou negação. É preciso perceber, na prática judicial, que a visão excessivamente formalista encerra o risco “de uma exaltação de tecnicismos jurídicos para emboscar juízos de valor” (Abellán, 2014, p. 452).

Na formação da convicção sobre os factos ocorridos a perspetiva de género exige que se estabeleça uma conexão entre as condutas praticadas. Esta lógica de conexão é exigível por duas razões: em primeiro lugar, os atos praticados no âmbito do crime de violência doméstica acontecem, frequentemente, ao longo de um período de tempo, numa escalada crescente de violência que nem sempre tem testemunhas; em segundo lugar, as vítimas, quando confrontadas com o sistema de justiça sentem medo, vergonha, desconfiança, desconhecimento sobre atos judiciais e procedimentos, o que as pode levar à desistência do processo ou a revelar resistências ou imprecisões na sua narrativa. No estudo Avaliativo das Decisões Judiciais (2016) consta um relato de uma menina de 16 anos que durante a fase de inquérito relatou agressões como bofetadas, empurrões, etc., mas chegada à fase de julgamento precisou agressões como fratura exposta de uma perna, agressão com um ferro de engomar, etc. (p. 163). Ou seja, as vítimas nem sempre têm consciência daquilo que importa ou por não saberem ou por terem medo e se sentirem amedrontadas na orgânica do sistema de justiça.

Assim, na ótica de um enunciado de género deve estar subjacente a conexão de condutas praticadas e retirar a pressão sobre a vítima quanto ao comportamento que se espera que venha a desempenhar no quadro desta complexidade. Neste sentido o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 6 de junho de 2001 (processo n.º 34263) declara que “a criminalização das condutas inseridas na chamada “violência doméstica” (...) resulta da progressiva consciencialização da sua gravidade individual e social, sendo imperioso prevenir as condutas de quem, a coberto de uma pretensa impunidade resultante da ausência de testemunhas presenciais”. O sistema de prova deve admitir toda a prova, materialmente, relevante e nestes termos o enunciado de género serve de ferramenta metodológica que usa a técnica do juízo valorativo para o apuramento da verdade.

Neste contexto complexo de relações de intimidade ganha pertinência o que é designado por “estândaes” da prova (Abellán, 2014). O ajuizamento da prova é feito com recurso a critérios que contribuem para determinar qual é o momento em que a probabilidade de um (ou mais) factos ter ocorrido é mais elevada. Nas palavras da autora

“são os critérios que indicam quando se conseguiu provar um facto” (p. 427). Neste processo de valoração ganha especial relevo o recurso à prova indireta ou indiciária. Repare-se no raciocínio usado no caso 14. O tribunal sustenta a possibilidade de raciocínio indutivo através da presunção e justifica-o com enunciados normativos que permitem fazer uso dessa técnica. A presunção pode ser, nestes moldes, entendida como um “estándar” de prova pois a partir da valoração das circunstâncias gerais de violência (ou violências) no contexto da relação íntima podem presumir-se, com elevado grau de probabilidade, a ocorrência de condutas ilícitas. Este padrão pode ser suscetível da crítica a possíveis arbitrariedades, mas argumente-se a favor da visão de “estándares” que a motivação das sentenças judiciais decorre de princípios, constitucionalmente, consagrados. Por conseguinte, o próprio procedimento da justificação é um exercício contra a arbitrariedade. A técnica presuntiva, entendida como um *estándar* de prova permite a justificação de uma decisão num determinado sentido. Para tanto, é necessário introduzir mecanismos de graus de certeza que podem ser maiores ou menores em relação às inferências que se pretendem construir. Para determinar o grau de certeza há que considerar, segundo Lagier (2020) que a justificação das inferências pode advir de um contexto a partir do qual tem lugar a racionalidade em torno das crenças e da aceitação (p. 88). É a ideia de aceitação que aporta a possibilidade de uma presunção normativa que estabelece a obrigação de dar como provado um facto se estiverem reunidos certos elementos em juízo e que conduz à aceitação daquele facto como provado. Neste caso, defende o mesmo autor que já não é necessário um outro critério que indique sobre o grau de justificação da hipótese. Afirma Lagier (2020) que se verificam “(...) por um lado, razões para crer (reduzir o erro)... por outro lado, razões para considerar suficiente o grau de certeza ou justificação alcançado...”.

O principal argumento para o uso do enunciado de género na livre apreciação da prova resulta numa metodologia que pretende afastar a construção de narrativas baseadas em estereótipos ou preconceitos que prejudicam todo o processo probatório, desde a valoração até à determinação do grau de culpa do agente pelo cometimento de ações ilícitas.

Como ferramenta metodológica devem atender-se alguns aspetos específicos que se passam a enunciar:

- (i) Preconceitos e estereótipos: a realidade está repleta de concepções preconceituosas e estereotipadas que acabam por influenciar a narrativa construída em torno da matéria factual. Segundo Taruffo (2011) podem, inclusive, constituir uma enorme perigosidade, sobretudo, porque contribuem para tornar uma realidade credível o que leva a que “os factos podem ser substancialmente distorcidos e manipulados (p. 139). As narrativas construídas a partir de preconceitos e estereótipos são reconduzidas a circunstâncias, depois, assumidas como normais na cultura patriarcal. Assim, valorar situações factuais a partir de estereótipos ou preconceitos não pode corresponder a uma situação real.
- (ii) As regras de experiência comum: o senso comum deste tipo de regras assenta na profusão de linguagem comum padronizada pelos estereótipos e preconceitos e que “não corresponde ao conhecimento efectivo do que quer que seja” (Taruffo, 2011, p. 141) Desta forma não pode ser considerada como um “método fiável” para a narrativa processual. Assim, “A credibilidade destas narrativas depende do facto de assentarem em conhecimentos válidos”. Ora, os conhecimentos que o feminismo jurídico tem oferecido são parte de um conhecimento válido que ainda não foi, claramente, incorporado na narrativa da motivação. As generalizações assumidas pelas regras de experiência comum assentam, frequentemente, nos padrões dos valores patriarcais expressos através de perceções sobre provocação da vítima, mulher instruída ou economicamente independente.

Na dimensão cognitivista do conhecimento da prova conhecer uma realidade e apreender o seu significado implica deixar de lado as construções sociais sobre os papéis entre mulheres e homens. No âmbito das relações de intimidade existem manifestações de subordinação da mulher e atribuição do desempenho de tarefas específicas que a condicionam, muitas vezes, em relações de domínio material e psicológico. Um argumento, construído através de enunciados de género, contribui para a fixação de um critério padrão que permitem resolver as questões atinentes à credibilidade dos agentes, à aplicação das regras de experiência comum e à apreciação dos factos para formação de uma convicção livre e ajustada.

3.4 Sentenças condenatórias e absolutórias

Neste ponto emerge o problema intrincado da eficácia das penas no campo da violência doméstica. Não se pretende discutir ou problematizar as finalidades sobre a prevenção geral e especial que a dogmática penal enceta nestas matérias. Cabe, aqui, enumerar o sentido dos argumentos na determinação da pena efetiva e pena suspensa na sua execução, no âmbito da violência doméstica, tentando perceber se as razões aduzidas podem ser conformadas através de um enunciado de género. O debate assenta nos enunciados normativos, doutrinários e jurisprudenciais erigidos pelo julgador na ótica de apurar se, com uma perspetiva de género, o agressor deve ser condenado a uma pena efetiva ou se deve beneficiar da pena suspensa.

A determinação da medida da pena resulta da conjugação das disposições normativas previstas nos artigos 71.º e 72.º, do código penal. De acordo com o artigo 71.º a determinação da medida da pena é fixada “em função da culpa do agente e das exigências de prevenção” (n.º 1). Para tanto, o tribunal atenderá a um conjunto de circunstâncias (n.º 2) que consideram o grau de ilicitude do facto e a sua gravidade, os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os motivos que o determinaram, as condições pessoais do agente e a sua situação económica, a conduta anterior e posterior ao facto, a falta de preparação para manter uma conduta lícita. Acrescentando o preceituado no artigo 72.º verifica-se que esta determinação da medida da pena pode ser especialmente atenuada (n.º 1) se o agente tiver agido “por motivo honroso, por forte solicitação ou tentação da própria vítima ou por provocação injusta ou ofensa imerecida” (n.º 2, alínea b)). Do elemento literal resulta, de imediato, um problema assinalado pelo GREVIO (2019). É que no seu artigo 42.º, a Convenção de Istambul refere, expressamente, que as Partes devem adotar medidas legislativas ou outras que garantam que “os procedimentos penais iniciados em consequência da prática de qualquer um dos atos de violência abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente Convenção, a cultura, os costumes, a religião, a tradição ou a pretensa “honra” não sirvam de causa de justificação para esses atos”. Os relatores sugerem mesmo, às autoridades portuguesas, a eliminação do termo honra da disposição penal (p. 50).

A questão do enunciado de género surge no momento em que a lógica argumentativa usa razões baseadas nas atitudes provocatórias da vítima (na maior parte

das situações trata-se de uma mulher) e em ações violentas recíprocas, ambas funcionantes da atenuação especial da pena do agente e até mesmo da sua absolvição.

No caso 27, o Supremo Tribunal de Justiça absolve um arguido através do argumento da reciprocidade. O arguido e a assistente enviaram mensagens eletrónicas, um ao outro, usando um tipo de “linguagem recíproca” que não integra o conceito de maus-tratos. Logo, o arguido vai absolvido da parte criminal que concerne ao crime de violência doméstica.

No caso 1 a medida da pena é ajustada por a assistente/vítima havia cometido adultério e a sua “deslealdade e imoralidade sexual” conduziu o arguido a “uma profunda depressão e foi nesse estado depressivo e toldado pela revolta que praticou o acto de agressão”. Nos enunciados usados para justificar a suspensão da execução da pena, o tribunal aduz “A factualidade apurada permite caracterizar os arguidos como cidadãos fiéis ao direito, que têm tido um comportamento normativo e mostram-se perfeitamente integrados na sociedade.” Estão a ser valorados comportamentos que provocaram danos físicos e psicológicos na assistente/vítima por agressões provocadas com uma “moca” revestida de pregos.

No caso 3 o arguido vinha condenado pela prática de um crime de violência doméstica. Acaba absolvido e condenado pela prática de um crime de ofensa à integridade física simples. Para a justificação da medida da pena o decisor entende que a ilicitude praticada assenta no “desvalor de acção não acentuado posto que, pese embora a qualidade da vítima, ocorreu provocação, o desvalor do resultado igualmente não acentuado atentas as lesões produzidas”. E acrescenta na valoração da medida da pena que “Não obstante o arguido já registar uma condenação por crime de violência doméstica, as circunstâncias de menor gravidade dos factos em apreço justificam que se conclua sem reservas pela adequação e suficiência de pena de multa”. Ora, a condenação anterior pela prática de um crime de violência doméstica devia constituir sinal de alarme e não circunstância atenuante.

No caso 6 o tribunal usa os enunciados normativos e valorativos sobre a medida da pena. Os aspetos factuais que pesam na decisão que suspende a execução da medida da pena assentam na “pouca gravidade, inserindo-se na pequena criminalidade” e apesar de condenações anteriores por violência doméstica “viram a sua execução ficar suspensa”. Também considerou que “Não obstante o passado criminal do arguido e a

sua manifesta fuga à assunção de responsabilidades e indiferença por agir de acordo com o direito, entendemos que a execução da pena de prisão não se impõe dada a necessidade de considerar os efeitos nefastos da reclusão a par da necessidade de combater a execução das penas curtas de prisão”.

No caso 18 sustenta-se a manutenção da pena de condenação suspensa num contexto de violência doméstica presenciada por menor, com cerca de um ano de idade. Entende-se que a medida da pena é acertada pois o desvalor da ação do arguido “(...) conduz à impossibilidade superveniente do pedido de aplicação de uma pena de um ano de prisão, substituída por multa.”. O tribunal a considerar a agravante da conduta praticada na presença de um menor.

No caso 5 o decisor alterou a condenação de pena efetiva para uma pena suspensa com base em enunciados valorativos. A lógica racional assenta no perdão da vítima (durante o processo reatou a relação amorosa com o arguido) e na sua independência económica. O tribunal discorre que “a suspensão da pena pode ser interpretada pela consciência comunitária como uma forma de desvalorização de bens jurídicos a que dá particular importância e como um sinal de prática impunidade”, mas, de seguida, acrescenta “(...) a vítima não está numa situação de dependência económica em relação ao autor do crime. Não se vislumbra que o reatamento do relacionamento entre ambos seja forçado ou fruto de alguma situação de particular vulnerabilidade.” Para concluir que apesar dos antecedentes criminais do arguido as exigências de prevenção geral e especial não exigem o cumprimento da pena de prisão efetiva. E esta não exigência deve-se ao facto de “a própria vítima que confia no comportamento futuro do arguido.” e “a ilicitude dos crimes em apreço e as suas consequências não se revestem de acentuada gravidade”.

No caso 26 verifica-se a condenação efetiva do arguido pela prática de três crimes de violência doméstica contra a ex-companheira e duas filhas (além de outros crimes). O critério do julgador, no presente caso, expende sobre a adequação da pena à luz do princípio da proporcionalidade. O tribunal usa inúmeros enunciados doutrinários e acaba por impor uma ponderação entre a gravidade dos factos praticados e a gravidade da pena que deve ser decidida referindo que “Ao cometer um crime, o agente incorre na sanção do Estado no exercício do seu direito de punir ao mesmo tempo que esta sanção importa uma limitação de sua liberdade.” Foca a necessidade de aplicação

do critério de proporcionalidade em virtude da “(...) protecção dos bens jurídicos e no princípio da culpa pois que é necessária a existência duma proporção entre a ameaça penal e a danosidade social do facto.” Concluindo que “A proporcionalidade entrecruza-se com as ideias de justiça e com a lógica da utilidade de protecção jurídico-penal e respeito pelos valores sociais.”

No caso 7 observa-se uma argumentação que sustenta a condenação da violência doméstica a uma pena efetiva. O arguido já havia sido, anteriormente, condenado pela prática do mesmo crime, mas suspensa na sua execução. O tribunal constrói o argumento através de enunciados normativos e enunciados factuais valorando as suas circunstâncias pessoais e comportamentais. Indica que “As condutas do arguido foram reiteradas e ocorriam por diversas horas do dia (...) algumas delas verificaram-se em plena via pública propiciando a assistência de transeuntes e vizinhos acentuando o vexame e a vergonha sentidos pela assistente (...)”. Refere que “A responsabilidade do arguido é agravada de forma significativa em todas as frentes, i.e., culpa, prevenção geral e prevenção especial (...)” por ter reincidido poucos meses depois de uma condenação semelhante. Acrescenta que “O individuo mostrou indiferença em relação à censura penal, incapacidade de contrição e de avaliação do torto das suas condutas bem como insensibilidade ao bem jurídico tutelado pelo preceito incriminador.”. Nesta decisão o julgador entendeu que não estava assegurada a finalidade de prevenção geral – o sentimento comunitário de afetação de valores por causa dos factos praticados – e de prevenção especial – as circunstâncias pessoais do agente, a idade, a confissão, o arrependimento. Com base neste racional lógico, o arguido termina condenado a pena efetiva de prisão.

No caso 13 o júzo sobre uma prognose favorável à suspensão da pena também não é favorável ao arguido. Refere o tribunal que o júzo que determina a suspensão da pena deve considerar circunstâncias pessoais do arguido baseadas na sua “personalidade, condições de vida, conduta anterior e posterior ao crime e o modo e circunstâncias, de forma que seja possível concluir que a suspensão da pena satisfaz as exigências de prevenção especial” possibilitando a reinserção do sujeito na sociedade. Através deste critério a pena do arguido sai agravada.

A lógica racional da determinação da medida da pena, no campo da violência doméstica, tem levado a uma elevada taxa de condenação e um número mais reduzido

de absolvições. Porém, as taxas de condenação são, na sua larga maioria, penas suspensas na sua execução. De acordo com as recentes estatísticas, publicadas no sítio Estatísticas da Justiça, entre 2018 e 2020 verificaram-se cerca de 79% de decisões condenatórias de pena suspensa (pena de prisão suspensa simples, pena de prisão suspensa com sujeição a deveres e pena de prisão suspensa com regime de prova), 11% de pena de prisão efetiva e 10% de outro tipo de penas. O artigo 50.º, do código penal determina no seu n.º 1 que “O tribunal suspende a execução da pena de prisão aplicada em medida não superior a cinco anos se, atendendo à personalidade do agente, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste, concluir que a simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição”. Moura (2010) refere que no que respeita a prevenção geral “(...) importa que a comunidade não sinta a suspensão da execução da pena de prisão como sinal de impunidade”. Já no que diz respeito à prevenção especial “(...) é necessário que a suspensão implique de facto, uma ‘mudança de vida’ do delinquente, é preciso que a suspensão leve o delinquente a ‘interiorizar o mal feito’” (p. 96).

A disposição normativa identifica um critério formal que determina que a suspensão da execução da pena só se pode verificar em medida não superior a cinco anos. Além deste critério expõe um requisito material assente no comportamento do agente e nas circunstâncias do caso concreto. Relativamente a este último aspeto defende Dias (2007) que o tribunal assume correr um certo risco sobre manter o agente em liberdade e que um juízo de prognose favorável à manutenção da liberdade só pode ser declarado quando existem fortes razões para crer na “mudança” do mesmo. Na mesma linha Jescheck (1981) defende que essa prognose deve ser negada quando subsistem dúvidas sobre a capacidade de o sujeito compreender a capacidade de reinserção na sociedade. O facto de se decidir pela suspensão da pena implica que o agente interiorize que não volta a praticar novos crimes. A convicção da decisão faz uma valoração, não só do aspeto formal (a condenação até aos cinco anos) mas circunstâncias concretas do agente condenado, que tornam possível essa construção e crença. Agora, note-se que a suspensão da execução da pena só pode ser considerada em condenações que não vão além dos cinco anos, o que não significa que um tribunal não possa condenar à prisão efetiva.

Nos enunciados argumentativos que expusemos, mostram-se as razões que contribuem para a construção da convicção que é mais adequada para uma absolvição ou, em caso de condenação, para a determinação da pena efetiva ou suspensa. Nos crimes de violência doméstica, como se referiu, as condenações são, essencialmente, suspensas na sua execução. O exercício não é totalmente desprovido de pré conceções, no que concerne as relações de intimidade, quando pensamos na categoria de género e é neste aspeto particular que argumentamos pela aplicação de um enunciado de género. Pensar, por exemplo, que o perdão da vítima e a sua independência económica justificam não só a sua confiança, mas também a confiança da comunidade num agressor. Ou valorar situações como as que se referem a violência recíproca ou atos de provocação. Estas convicções, que surgem no domínio da relação de intimidade entre dois sujeitos, derivam da forma como se encaram os papéis desempenhados por ambos. Caridade, Sousela & Machado (2021) defendem quanto à ideia de género nas relações de intimidade que “(...) a investigação mostra é que a adopção de determinadas atitudes face às mulheres poderá ter um efeito directo na agressão perpetrada no âmbito da intimidade (...)” (p. 115). Quer dizer que num juízo valorativo deve ser ponderado o benefício e o custo na determinação da absolvição, condenação efetiva ou condenação suspensa. O enunciado de género exige que se considere como circunstância agravante a prática que reincide no mesmo crime e que não tenha lugar a pré conceções dominantes nas relações de intimidade, como as que acima se referiram. Um condenado por violência doméstica que volta a reincidir não demonstra ter interiorizado a consciência da sua ilicitude. Moura (2010) refere que “a proteção de bens jurídicos é no fundo o objectivo de toda a política criminal, repressiva e também preventiva (...)” (p. 101). No caso do crime de violência doméstica, estamos na presença de um crime que afeta, especialmente, as mulheres e provoca uma situação de insegurança junto da comunidade onde, potencialmente, poderão crescer sentimentos de impunidade, que afetam a finalidade primária da justiça. O GREVIO (2019) dirige uma clara recomendação no sentido de as autoridades judiciais considerarem os casos de violência contra as mulheres e, em particular, os de violência doméstica com a gravidade que a ofensa encerra aplicando punições dissuasoras (p. 56). Quer dizer, determinar o cumprimento de uma pena de prisão efetiva deve considerar os enunciados normativos gerais, mas não pode deixar de ponderar as questões atinentes à proteção dos bens jurídicos

protegidos pela disposição normativa elencando as circunstâncias agravantes do crime que poderão justificar a pena de prisão efetiva.

Na consideração do enunciado argumentativo de género pode ter lugar a consideração do princípio da proporcionalidade, critério usado na decisão do caso 26. Terá, necessariamente, de revestir uma abordagem casuística, mediante as circunstâncias apuradas. Ou seja, deve atender-se à ordem dos valores jurídico-constitucionais e às razões que o padrão do enunciado género potencia ao processo decisório justificativo. Para tanto é essencial determinar razão adequadas sobre a ameaça penal e a danosidade social decorrente dos factos práticos e fazer uma ponderação sobre a gravidades desses factos e a gravidade da pena imputada ao agente condenado. Neste exercício argumentativo tem-se em conta aquilo que se entende por bem jurídico-penal. Segundo Taipa de Carvalho (2014) devem ser considerados bens jurídico-penais “os valores considerados, pelo ethos social comunitário, como essenciais ou indispensáveis para a realização pessoal de cada um dos membros da sociedade.” (p. 48). Trata-se de uma conceção “ético-social” que almeja não só a proteção de direitos da pessoa humana, mas também a tutela de condições sociais essenciais à concretização daqueles. Estamos, neste domínio, perante uma valoração axiológica que permite o uso de um argumento de natureza sistémica. Em suma, o enunciado de género pode contribuir para a construção do argumento de uma condenação efetiva pela verificação de condições agravantes – a reincidência – numa ótica de prevenção geral positiva pois “A segurança das pessoas resulta também da convicção de que o direito é mesmo para ser respeitado.” (Moura, 2010, p. 101).

Capítulo II

A perspetiva de género nas decisões judiciais de violência doméstica em casos de relações de intimidade

A adoção da perspetiva de género na decisão judicial implica que o argumento seja construído em torno de factos e disposições normativas. Também significa que a circunstância de o direito utilizar uma linguagem neutra, com recurso a termos como “aquele”, “quem”, “agente”, “indivíduo”, “cônjuge”, não torna a própria realidade neutra. Estes termos – na sua aparência – neutrais foram construídos por valores patriarcais transpostos para o sistema judicial. Barreno (1985) referiu-se a esta

dimensão como “o falso neutro”, modelo que, posto em prática, discrimina e diferencia as mulheres com base no sexo. Ainda que, no presente, se verifique uma elevada taxa de representação feminina nos tribunais, assistiu-se, ao longo do tempo, a uma “masculinização”, quase involuntária das mulheres, que se reflete no modelo argumentativo do processo decisório. A mulher adapta-se ao mundo do racional masculino, edificado a partir de relações assimétricas entre a esfera pública e a esfera privada (Finley, 1989). Ou seja, é o sexo que determina diferenças sociais que são geradoras de desigualdade e se refletem naqueles dois domínios.

A esfera privada ficou resguardada da intervenção reguladora do Estado durante muitos anos. No entanto, face ao enquadramento jurídico internacional de direitos humanos, construiu-se todo um quadro legal de proteção dos direitos das mulheres. O Estado viu necessidade de atuar na regulação das várias formas de violência que atingem, maioritariamente, as mulheres e este ensejo do Estado revela, inequivocamente, a preocupação com as questões de género.

O quadro de proteção legal dos direitos das mulheres começa por ser desenhado através de instrumentos legislativos internacionais, designadamente, a partir da adoção da Carta das Nações Unidas e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, dos Pactos Internacionais de Direitos Cívicos e Políticos e os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, bem como os seus Protocolos Adicionais, a Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e o seu Protocolo Adicional, a Plataforma de Ação de Pequim e nos últimos anos a Convenção de Istambul. É neste enquadramento robusto que o Estado perde a timidez e introduz a censura penal para as várias condutas violentas que se verificam na esfera doméstica entre os diversos vínculos familiares e afetivos que a compõem.

A âncora da proteção legal da igualdade de género encontra-se na Constituição da República Portuguesa. Naturalmente, que se destaca o seu artigo 13.º (princípio da igualdade). Porém, ao longo do texto constitucional encontram-se várias disposições normativas referentes à igualdade entre mulheres e homens. Desde logo, no seu artigo 9.º, alínea h), surge como tarefa fundamental do Estado “promover a igualdade entre homens e mulheres”. Esta incumbência é, depois, sustentada por diversas disposições que abrangem a igualdade de oportunidades no trabalho e emprego, na família, na participação política, na vida pública, na saúde, e na educação. Para o âmbito do nosso

estudo ganham especial relevância as disposições dos princípios constitucionais que são, frequentemente, invocados na argumentação jurídica dos casos de violência doméstica. Assim, o princípio da dignidade humana, o respeito pela integridade pessoal, o livre desenvolvimento da personalidade e a liberdade sexual, apontam sentidos para a aplicação do preceito previsto no artigo 152.º, do código penal.

O que este desenho do quadro regulador permite concluir é que o direito assume um papel fundamental no combate à violência doméstica e os discursos judiciais não podem deixar de refletir as questões de género subjacentes àquele tipo de violência. Dentro de todo o edifício do direito temos investigado, essencialmente, a sua prática. Olha-se, essencialmente, através da visão axiológica e sistemática reivindicando que a prática do direito envolve a interação de agentes diversos que com as suas visões técnico-legalistas provocam um efeito direto na vida de vítimas e agressores.

A discussão do género, na prática jurídica ganha novos contornos, com um olhar focalizado nos vários tipos de enunciados esgrimidos durante o processo argumentativo. As várias categorias de enunciados são sujeitas a interpretações e qualificações de acordo com a identidade das pessoas e das suas condições de vida, muitas vezes colocadas em situações de desigualdade e propícias, por isso, a tratamento diferenciados. Na ótica de Duarte (2011) há que questionar “as relações estruturais que estão na base da violência” (p. 5). Trata-se, portanto, de analisar o género enquanto elemento discursivo do ato de argumentar e motivar uma sentença, indagando sobre a forma como a sustentação da decisão judicial integra (ou não) aquela visão de género.

1. Mais uma vez - os estereótipos do género

No discurso judicial é possível encontrar expressões e juízos de valor assentes em preconceitos e estereótipos. Disto mesmo foi dado nota no capítulo anterior com a descrição das várias expressões e convicções padronizadas na identidade e comportamento dos sujeitos. O problema é que o uso deste tipo de discurso edifica um sentido para a norma do artigo 152.º, do código penal, que se afasta do seu significado teleológico e da dimensão axiológica e sistemática que todo o quadro legal pretendeu oferecer às questões da violência doméstica. Trata-se de um problema que é

evidenciado por outras áreas científicas das ciências sociais, cujos saberes (válidos) constituem um contributo para os argumentos das decisões judiciais.

O estereótipo baseia-se na edificação de uma ideia pré-concebida sobre características ou papéis desempenhados por um certo grupo social, como é o caso de mulheres e homens (Cook & Cusack, 2010, p. 1). Tal como referem as autoras, os estereótipos dizem respeito à diferente compreensão do que é ser homem e do que é ser mulher “em função da diferença entre as suas funções físicas, biológicas, sexuais e sociais (p. 2). No livro *Violência doméstica – implicações sociológicas, psicológicas e jurídicas do fenómeno* (2020) são referidas várias crenças e mitos que podem afetar de forma negativa o entendimento da posição dos sujeitos num processo judicial. Por exemplo, quando se entende que cabe à mulher interromper a situação abusiva e que se o não faz é porque não quer. Assim, ignoram-se os ciclos de violência⁵⁴ que a mulher enfrenta num contexto abusivo.

O uso destas crenças determina um prejuízo claro quando a vítima, no quadro judicial institucional, acaba discriminada com base num estereótipo de género. Declara Fernandes (2008) que a pessoa tem a legitimidade de aspirar “... à supremacia da força da lei sobre a lei da força e exorcizar heranças sociais e culturais de violência enraizada.” Deste modo, é fundamental tentar perceber que estereótipos se encontram presentes no modelo da argumentação jurídica de forma a possibilitar às mulheres, vítimas de violência doméstica, o acesso a um sistema judicial desprovido de um conjunto de crenças e mitos que lhe negam a igualdade e justiça social. O Estudo Avaliativo das Decisões Judiciais (2016) nota que as narrativas dos magistrados são construídas a partir de valores culturais, da forma como apreendem a sensibilização à violência doméstica, o processo de aprendizagem e prática da sua profissão o que contribui para a técnica jurídica de apreciação conhecida por “regras da experiência”. Ora, se tais regras assentam em padrões estereotipados (tal como se verifica, ainda, no discurso judiciário) o resultado é uma motivação enviesada pelo estereótipo.

Cusack (2014) refere-se a esta prática como *judicial stereotyping*. Os profissionais revelam diferentes graus de compromisso com a questão do género e na formação da sua convicção constroem os padrões culturais de conduta que, supostamente, assistem os agentes (vítima e agressor). A motivação da sentença judicial mostra especial preocupação com a apreciação da prova e deixa à margem

considerações sociais e culturais importantes para a desmistificação das condutas dos agentes. Um discurso judicial com uma fundamentação estereotipada cria um risco significativo na proteção dos direitos das mulheres além de contribuir para a desvalorização das condutas violentas. De acordo com o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos os Estados devem adotar medidas que eliminem os estereótipos de género em todos os aspetos do sistema de justiça criminal.

Dos argumentos e enunciados que analisámos verificam-se alguns problemas de fundamentação. Estes baseiam-se na ideia da credibilidade dos agentes, da perceção de condutas baseadas em provocação e reciprocidade, da construção padronizada de um perfil de vítima, frágil e submissa, em contraste com um/a agressor/a violento e da perceção que certas condutas menores, ocorrida no seio da relação íntima, não são violência doméstica. Estas situações concretas acabam por se enredar em certos mitos como o da “vítima ideal” (Cusack, 2014) verificando uma posição duradoura de desconfiança em relação à mulher, vítima de violência (Ventura, 2018). As “más vítimas” são aquelas que provocam, que respondem à violência, que são instruídas ou economicamente independentes. Tudo fatores que influenciam, decisivamente, os fundamentos de uma decisão judicial. Veja-se, por exemplo, a convicção que existe no que concerne as declarações da vítima onde se verifica que em casos de colaboração voluntária existe uma maior probabilidade de condenação do/ agressor/a do que se mantiver o silêncio (CEJ, 2016). Também no caso da vítima frágil e vulnerável se percebe a perda de credibilidade da vítima na posição de confronto com o/a agressor/a (Cubells, Calsamiglia & Albertín, 2010).

A credibilidade da mulher é um dos grandes problemas no raciocínio da motivação dada a firme intenção de se promover a descoberta da verdade. O Estudo Avaliativo das Decisões Judiciais do CEJ (2016) fala em “sensibilidade moral”, conceito a partir do qual identificam enunciados justificados da referida credibilidade baseados na coerência e firmeza do relato da vítima e no aspeto de sofrimento com que se apresenta. A questão da credibilidade surge, frequentemente, associada com o princípio da livre apreciação da prova nas situações em que se peticiona pela impugnação de factos provados. Este mecanismo pode conduzir à revitimização da mulher, pois além da morosidade e complexidade do sistema punitivo, a vítima adota uma atitude desconfiada e sente-se incompreendida dentro daquele quadro.

Os estereótipos são, particularmente, difíceis de tratar e erradicar porque trazem consigo a prática social reiterada ao longo do tempo, o que os torna persistentes, por vezes, impercetíveis, quer na linguagem quer nas condutas. Mesmo a linguagem jurídica não é alheia a essas práticas. Por exemplo, o uso da expressão “bom pai de família”⁵⁵ que ainda permanece em disposição normativa mantendo subjacente a autoridade do homem na esfera doméstica. Ou, como vimos, a discussão que se constrói em torno do conceito “regras de experiência comum”⁵⁶, que como conceito subjetivo e indeterminado, carrega as convicções da experiência dos valores patriarcais. Sob esta perspectiva o estereótipo compromete a imparcialidade e impede a compreensão da dimensão adstrita ao crime de violência doméstica colocando em causa os valores constitucionais iminentes do princípio da igualdade, do respeito pela dignidade humana, bem como, a sua integridade física e livre desenvolvimento da personalidade.

Os estereótipos de género podem assumir diversas categorias. Os estereótipos biológicos que reproduzem as diferenças físicas e sexuais entre mulheres e homens. Os estereótipos de natureza sexual com base no comportamento sexual entre mulheres e homens. Os estereótipos sobre papéis sexuais que retratam o que se espera do comportamento entre homens e mulheres. E, os estereótipos compostos que evidenciam o cruzamento de características interseccionais respeitantes a subgrupos de homens e mulheres. Esta classificação foi proposta por Cook & Cusack (2010) e é útil para mostrar o uso de argumentos estereotipados de agressores e vítimas nas decisões judiciais analisadas. São manifestações provenientes do enraizamento de práticas culturais nas quais a mulher foi subalternizada pelo poder patriarcal. Por exemplo, usar o argumento da relação extraconjugal para desvalorizar a conduta do agressor. O estereótipo conduziu a um raciocínio de desvalor da ação e a uma qualificação distinta da conduta típica em crime distinto do da violência doméstica. Deste modo o uso de estereótipos e preconceitos num discurso judicial incrementa uma prática legitimada pelo Estado dando-lhe, através de uma decisão judicial, força e autoridade.

O enunciado argumentativo de género impõe a erradicação do uso da linguagem estereotipada e do uso de argumentos justificativos com base nessa linguagem. A Convenção de Istambul preceitua no seu artigo 42.º, n.º 1 que “As Partes tomarão as medidas legislativas ou outras necessárias para assegurar que, nos processos penais iniciados no seguimento do cometimento de quaisquer actos de violência cobertos pelo

âmbito da presente Convenção, a cultura, os costumes, a religião, a tradição ou a pretensa “honra” não sejam considerados como justificação para tais actos. Isto cobre, em particular, as alegações segundo as quais a vítima teria transgredido normas ou costumes culturais, religiosos, sociais ou tradicionais relativos a um comportamento apropriado.”. Trata-se de uma premissa normativa que serve de elemento justificativo de uma decisão judicial e que determina, de forma clara, o caminho para a erradicação dos estereótipos de género.

2. O género como enunciado metodológico da decisão judicial

No campo da justificação, a argumentação jurídica encadeia uma sequência de proposições, que temos vindo a designar como enunciados. Considerar a perspectiva de género na decisão judicial implica entender as diversas categorias de enunciados. Neste aspeto Dworkin (2014) esclarece que “Os juristas utilizam proposições jurídicas para descrever ou declarar certas relações, em especial de direitos e deveres, dentro da instituição do direito e quando discordam sobre estas relações discutem a sua validade.” (p. 14, 15). No fundo Dworkin (1977) pretendeu colocar em crise o positivismo do direito dando conta da sua incapacidade para responder à complexidade que deriva da prática jurídica, que não pode ser dissociada de um certo peso moral que acaba por determinar o valor da verdade de enunciados jurídicos e empíricos.

A partir dos enunciados constroem-se argumentos que, a final, enformam toda a decisão judicial e a fundamentam de acordo com a determinação constitucional prevista no seu artigo 205.º, n.º 1. A reclamação de um enunciado de género na decisão judicial tem o propósito de evidenciar que se trata de uma proposição fundamental na nomenclatura dos restantes enunciados – os normativos, empíricos, jurisprudenciais, doutrinários e valorativos. Daí que o foco de análise das sentenças tenha demonstrado problemas de interpretação e qualificação quanto às diversas categorias – o bem jurídico, a qualificação do tipo, a interpretação de conceitos, o problema do concurso, as questões de apreciação da prova e as sentenças condenatórias com pena de execução suspensa.

Esta análise inicia-se com a articulação encadeada de diversas categorias de proposições apresentadas de forma esquemática. Parte-se, portanto, da formulação das

complexidades práticas (a que se pretende dar resposta) e não da visão de conceitos técnico-jurídicos rigorosos, presos a uma fórmula incapaz de solucionar as dificuldades argumentativas.

O momento crucial é, assim, o da aplicação do direito, não podendo deixar de se considerar a categoria de género numa altura em que o discurso das teorias feministas do direito já tanto reivindicaram no campo do direito penal, civil, familiar, laboral e administrativo. Os decisores judiciais têm um papel ativo na interpretação da lei que não pode ficar preso ao modelo, puramente, positivista, posto que a tomada de decisão, embora guiada pela racionalidade da lógica dedutiva, não é desprovida da influência de fatores institucionais e individuais, onde vários agentes se cruzam, num processo que obriga à argumentação.

2.1 Género, argumento e interpretação

O raciocínio jurídico é construído a partir de fontes como as leis, a doutrina ou a jurisprudência. O ato de argumentar não pode ser dissociado do ato de interpretar. De acordo com MacCormick (2005) a aplicação do direito exige a interpretação numa perspetiva *latu sensu* e *strictu sensu*. Na primeira verifica-se o imediato sentido e apreensão do significado das coisas. Na segunda ocorre a formação de uma convicção no sentido de perceber/esclarecer alguma dúvida por forma a encontrar o sentido que é mais adequado e razoável ao contexto. No direito, as dúvidas constituem uma situação comum uma vez que a realidade judicial não é estática, mas dinâmica, e implica o cruzamento de peças processuais escritas, que trazem, elas próprias, interpretações de visões múltiplas da realidade. Daqui decorre o que o autor designa como problemas de interpretação do direito defendendo que a “Argumentação é a atividade de colocar argumentos a favor ou contra alguma coisa” (MacCormick, 1995, p. 467). Este entendimento determina que a motivação de uma decisão judicial constitui uma parte crucial da argumentação prática do direito. Esta tarefa implica aduzir razões favoráveis ou contra uma situação ou razões que sustentem ou se oponham a uma opinião.

A perspetiva de MacCormick sobre razões a favor ou contra uma situação/opinião permitem, neste ponto concreto, refletir sobre a categoria de género como enunciado argumentativo na construção de um raciocínio jurídico. A relevância da

argumentação na sua vertente teleológica determina que as razões elencadas para agir contra ou agir a favor têm em conta o resultado que essa opção acarreta para os sujeitos – no tema que nos interessa para as vítimas e para os agressores em contexto de relações de intimidade. A formulação do raciocínio será baseada no pressuposto de que uma boa razão para fazer **A** implica que o resultado **X** tenha um valor positivo. MacCormick discorre, igualmente, sobre a argumentação deontológica numa ótica de princípio do que está certo e está errado. Apesar de reconhecer a volatilidade que pode trazer ao raciocínio jurídico, acrescenta que, em certas situações, os sujeitos “defendem um curso de ação porque é a coisa certa a fazer independentemente das suas consequências” (p. 468).

As boas razões do processo decisório advêm, em princípio, do chamado argumento de autoridade, ou seja, aquele que se constrói a partir das entidades legitimadas para a criação do direito. MacCormick chama a este pressuposto a “falácia do positivismo” querendo significar que existem argumentos aceitáveis além do espectro positivista. É certo que o exercício argumentativo parte sempre dessa prática de autoridade, mas não é algo que seja alheio às razões substantivas (Summers, 1978). A justificação sobre a aplicação das normas coloca o desafio à própria autoridade de agir corretamente e de acordo com os valores ínsitos nas disposições normativas. E este ponto conduz-nos à tarefa da interpretação do género enquanto enunciado argumentativo da decisão judicial, no qual podem ser elencadas as razões a favor ou contra essa mesma categoria.

O decisor judicial, num exercício de apreensão, precisa de compreender todos os elementos dos preceitos normativos o que, de si, implica uma prática natural de interpretação. Tal como se referiu acima, a interpretação pode ser imediata ou restrita daqui resultando a atribuição de um significado às premissas fácticas e normativas, com base na interpretação. Pode acontecer que o caso contenha factos que são, facilmente, subsumíveis à norma e, assim, ocorre um ato de interpretação imediata, facilmente apreendido. Porém, pode, igualmente, emergir a dúvida referente a situações fácticas ou normativas que exigem um olhar mais próximo, mais restrito e, portanto, requerem que a “dúvida” seja sanada pelo ato de interpretar. O ato de interpretação tem, assim, uma natureza decisória resultante de fatores como razões de autoridade e razões decorrentes de princípios e valores subjacentes aos preceitos normativos.

A argumentação e a interpretação são ações diferenciadas. De um ponto de vista *latu sensu* permitem entender o modo como se julga com perspectiva de género. Já de um ponto de vista *strictu sensu* possibilitam enumerar as razões a favor de um enunciado argumentativo de género. A argumentação pode ser construída através do ato de interpretar através do qual se apresentam razões favoráveis ou contra um sentido. Num processo adversarial o decisor confronta-se com diversas interpretações trazidas pelos sujeitos intervenientes. Os vários argumentos têm, deste modo, que ser preparados através de um conjunto de razões que vão dar suporte a uma ou outra interpretação. Os argumentos podem ser linguísticos, sistémicos ou teleológicos (MacCormick, 1995). O elemento linguístico refere-se à interpretação que decorre da clarificação da linguagem jurídica usando o elemento literal da disposição normativa. Já o argumento sistémico tem subjacente o princípio da racionalidade que deve retratar a coerência e lógica do sistema legal. No que respeita ao elemento teleológico invoca-se uma interpretação baseada na razão prática cujas ações são orientadas por valores e princípios.

As decisões judiciais analisadas, no campo da violência doméstica, permitem elencar razões favoráveis à construção do enunciado argumentativo de género. E seguindo a linha da interpretação da aplicação do direito é possível constatar casos em que as decisões apresentam argumentos a favor da perspectiva de género e outros que evidenciam uma linha argumentativa neutral, abstraída do desígnio de género implementado pela Convenção de Istambul. Do resultado desta análise parece evidente o uso frequente do argumento linguístico e sistémico não sendo recorrente a aplicação derivada da interpretação do elemento teleológico.

As considerações que aqui são assinaladas são úteis para a descrição da análise que se segue aos argumentos e interpretações das decisões judiciais. No próximo ponto pretende-se identificar os termos em que a categoria de género é definida como um enunciado argumentativo para, de seguida, se esclarecer sobre a metodologia aplicável à argumentação e interpretação de factos e disposições normativas através da perspectiva de género.

2.2 (In) Visibilidade da perspectiva de género nas decisões judiciais

As decisões judiciais refletem, como se reclamou no ponto anterior, uma visão sobre a perspectiva de género no momento da interpretação de premissas fácticas e normativas. Do modelo esquemático defendido é possível enumerar as razões de argumentos que são favoráveis à perspectiva de género e aqueles que são resistentes ou contra essa visão.

Dada a exigência de racionalidade imposta a uma decisão judicial é necessário o apoio de critérios sensíveis ao género de forma a evitar a discricionariedade da decisão. Estes critérios seguem o referencial teórico da argumentação do tipo material (Atienza, 2013), composta por vários tipos de argumentos estribados no modelo linguístico, sistémico e teleológico (MacCormick, 1995) tal como ficou referido no ponto anterior. Por sua vez, os argumentos são construídos através do ato de interpretar que atribui um significado às circunstâncias concretas do conflito, o que significa que a aplicação de uma perspectiva de género é realizada de forma casuística.

Nas decisões judiciais favoráveis à visão de género encontramos, sobretudo, argumentos do tipo linguístico e sistémico. Já quanto ao elemento teleológico não se verificam grandes dissertações. A categoria de género quanto a questões que enquadram a desproporcionalidade da violência praticada contra as mulheres são emolduradas, muitas vezes, pelo preceituado na Convenção de Istambul que vem dar suporte à necessidade de combate e punição de todas as formas de violência praticadas contra a mulher. É um raciocínio que justifica a necessidade de intervenção penal e a censura indubitável acerca do fenómeno trágico que é a violência doméstica. Também se verificam razões que sustentam a posição de desigualdade da mulher na sociedade esclarecendo que na raiz da violência perpetrada contra a mulher estão relações hierarquizadas de poder.

Nas decisões esquematizadas pelo modelo argumentativo, o caso n.º 7 (processo n.º 1119/16.1PTLSB.L1-3) sustenta uma condenação de pena efetiva. O tribunal refere como razão que “a conduta violenta do recorrente... atentou gravemente contra o valor da dignidade da pessoa humana e da proibição de infligção de tratos cruéis e degradantes, consagrados nos artigos 1.º e 25.º da C.R.P. e violou de forma séria e profunda os valores protegidos pelos artigos 1.º, 4.º e 12.º da Convenção do Conselho

da Europa para a Prevenção e Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, vulgo Convenção de Istambul.”

No caso n.º 21 (processo n.º 2879/17.858PRT.P1), que diz respeito a uma situação de partilha de responsabilidades parentais, em contexto de violência doméstica, o Tribunal aduz que “O V Plano Nacional contra a Violência Doméstica 2014-2017 funda-se na Convenção de Istambul e na consciencialização de que a violência de género e, no caso, a violência doméstica constituem uma grave e intolerável violação dos direitos humanos fundamentais.”

Numa análise empírica a decisões judiciais e que não se encontram esquematizadas nesta investigação pode, igualmente, dar-se conta de visões favoráveis ao género.

A decisão do processo n.º 172/17.557LSB.L1.S1, do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de julho de 2018, refere que no âmbito da Convenção de Istambul “Impõe-se efetuar uma interpretação da conceptualização de maus-tratos físicos e psíquicos, ínsito no n.º 1, do artigo 152.º, do Código Penal, à luz dos normativos da Convenção do Conselho da Europa, de Istambul”. O tribunal esgrime argumentos interpretativos em torno do conceito de maus-tratos físicos e psíquicos suportando-o com as várias posições doutrinárias e declarando que a interpretação conceptual resultou numa “confusão terminológica” entre conceitos psicológico, sociológico e jurídico “o que se veio a revelar ser de todo desconforme com os valores objetivos assumidos pela Convenção de Istambul”. As razões do argumento sustentam que o bem jurídico protegido é o da integridade pessoal e o conseqüente livre desenvolvimento da personalidade sendo que a prática do crime se verifica quando existe uma conduta que coloque a vítima em perigo. Acrescenta o Tribunal que o fio condutor é o da “afirmação de um poder sobre a vida, a liberdade, a segurança, a honra, ou o património da vida”, elementos que se interpretam da letra da lei que proíbe os maus-tratos físicos e psíquicos, incluindo castigos corporais, privações de liberdade, ofensas sexuais ou impedir o acesso ou fruição aos recursos patrimoniais próprios ou comuns. Desta interpretação destacamos a ênfase colocada na expressão “afirmação de um poder”, poder este exercido, naturalmente, sobre a vítima. Quanto à querela interpretativa que pode derivar do conceito de intensidade ou gravidade dos maus-tratos físicos ou psíquicos nada se expõe a respeito.

Na decisão do processo n.º 140/19.2GCPBL.C1.S1, de 24 de março de 2021, do Supremo Tribunal de Justiça para a determinação da medida da pena há evidência da perspectiva de género quando o tribunal refere que “a violência doméstica, sobretudo quanto a mulheres, é um crime que teima em persistir na nossa sociedade, afetando a dignidade e a integridade das vítimas, constituindo uma clara manifestação da desigualdade histórica das relações de poder entre sexos, que conduziram à dominação sobre as mulheres, e à discriminação contra as mulheres, por parte dos homens...”.

O caso n.º 798/16.4PBAGH.L2-5, de 5 de novembro de 2019, do Tribunal da Relação de Lisboa entende que os factos provados traduzem uma conduta muito grave do arguido que evidencia “o desprezo de humilhar a ofendida, através de repetidas agressões físicas e injúrias, o que não pode deixar de ter o significado de manifestação de uma vontade de afirmação de superioridade sobre a assistente, relação de poder historicamente demonstrativa de desigualdade entre mulheres e homens, que a Convenção de Istambul, visou combater”.

Na decisão judicial n.º 69/18.1GAMAC.E1, de 26 de janeiro de 2021, do Tribunal da Relação de Évora faz-se menção à dimensão axiológica da norma contida no artigo 152.º, do código penal. A razão invocada determina a seguinte interpretação “o crime previsto no artigo 152.º, do código penal visa punir condutas violentas... dirigidas a uma pessoa especialmente vulnerável em razão de uma dada relação (conjugal ou equiparada), que se manifestam num exercício ilegítimo de poder (de domínio) sobre a vida, a integridade física, a liberdade, a honra... do outro, caracterizando-se esse maltrato... por um estado de tensão, de medo ou de sujeição da vítima...” O raciocínio construído indica que esta dimensão axiológica advém de questões de natureza cultural e mentalidades que contribuíram para a definição de papéis entre agressor e vítima onde aquele tenta submeter esta com recurso a um comportamento violento que pode envolver a agressão física e psíquica.

Na decisão do processo nº 574/16.4PBAGH.S1, de 21 de novembro de 2018, do Supremo Tribunal de Justiça é declarado que o crime de violência doméstica revelou a preocupação do legislador erradicar um tipo de violência que resulta “de uma mentalidade patriarcal, hoje completamente anacrónica... que geralmente incide sobre as mulheres e que até há pouco tempo não merecia uma censura social correspondente à sua danosidade e à sua reprovabilidade”. Acrescenta que este tipo de violência tem

uma enorme gravidade nas situações que podem derivar do artigo 152.º, do código penal, em concreto por se verificar uma “hierarquia de posições” onde o agressor pode exercer um domínio físico e psíquico sobre a vítima, fazendo-a sentir diminuída, humilhada, sem capacidade de afirmação pessoal ou com vontade de reagir perante as agressões, denunciando-as.

As decisões aqui expostas mostram um raciocínio sensível à questão do género salientando, por um lado, que este tipo de violência afeta desproporcionalmente as mulheres e, por outro lado, as reduz a posições degradantes e cruéis, o que exige uma ação concreta dos agentes que aplicam a lei. Salienta-se, em particular, a ênfase colocada na “teleologia do tipo” que assenta na proteção da pessoa individual e da sua dignidade humana, quer na vertente física quer na vertente psíquica. Aqui a sobressair um enunciado que mostra o género como elemento construtor do raciocínio jurídico.

Apesar deste raciocínio favorável também é possível mostrar construções argumentativas que mitigam as diferenças entre mulheres e homens e optam pelo discurso do “puro positivismo” para embarcar, muitas vezes, em debates conceptuais morosos e complexos que tornam de difícil entendimento a fundamentação da decisão.

Na decisão relativa ao processo n.º 974/16.0PEOER.L1-9, de 21 de março de 2019, do Tribunal da Relação de Lisboa, é enfatizada a categoria de género de um modo diferente: “O crime de violência doméstica deve ser encarado como violação dos direitos humanos e sobre o “estado” dos direitos das vítimas, independentemente do género”. Logo de seguida o tribunal aduz, através de obra referenciada, que os homens também são vítimas de violência doméstica e que esse facto até se encontra demonstrado em dados estatísticos, porém, em virtude dos preconceitos os homens não denunciam com tanta frequência. Segundo os indicadores estatísticos da Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género (2021) verificaram-se, no ano de 2020, 27 637 participações às forças de segurança. Das vítimas, 75% são mulheres e 25% são homens. Dos denunciados, 81,4% são homens e 18,6% são mulheres. No que respeita às condenações verificou-se um número residual de condenações face às participações ocorridas. Em 2020 ocorreram 1715 condenações por violência doméstica. A categoria de género não pode ser ignorada no sentido de atenuar o peso que a violência continua a ter sobre a vida das mulheres reclamando-se que o homem também é vítima do mesmo tipo de violência. De facto, esta mesma decisão realça o significado de género quando refere

que “A Convenção de Istambul, sobretudo do disposto no seu artigo 12.º, n.º 5, impõe aos Estados que garantam que a cultura, os costumes, a religião, a tradição ou a pretensa honra não sirvam de justificação para atos de violência”. As razões aduzidas nesta decisão parecem pretender mitigar o género enquanto enunciado argumentativo ao mesmo tempo que enunciam um instrumento legal internacional que vem, precisamente, regular formas de combate e punição contra a violência de género e a violência doméstica.

No Caso 1 existe um evidente juízo valorativo sobre a natureza da relação íntima que a mulher manteve com dois homens, numa descrição apelidada pelo Tribunal como de “imoralidade sexual da assistente”. Este enunciado serviu de justificação para a confirmação de uma condenação residual com pena suspensa na sua execução. A convicção assentou numa diferença entre a mulher e os dois homens baseada numa conduta “moral” com efeitos diretos sobre a decisão final.

As decisões judiciais referentes à regulação de responsabilidades parentais em contexto de violência doméstica revelam raciocínios de alguma complexidade quando o tribunal confronta o princípio do superior interesse da criança com o princípio da igualdade parental. E, neste campo, surgem, erroneamente, raciocínios que fazem prevalecer a igualdade parental. Ou seja, paradoxalmente invoca-se a igualdade de género entre dois sujeitos progenitores, envolvidos, muitas vezes, em contextos graves de violência, e cujas funções sociais de género, no quadro familiar são ignoradas.

Na decisão 23 é abordado o princípio da igualdade parental com recurso frequente ao uso de proposições linguísticas de “igualdade de direitos” ou “estatuto de igualdade entre os pais” argumentando-se que a guarda conjunta com residência alternada é a solução que melhor defende o superior interesse da criança. Na ponderação usada, pelo tribunal, a igualdade parental serve de razão para dar guarida ao pedido de residência alternada sustentando que é aquele que melhor serve o superior interesse da criança. A lógica racional tem sentido em contextos de consenso entre progenitores e onde não se verifique um clima de tensão e conflitualidade entre aqueles. De facto, um princípio de igualdade parental deve ser atendido em circunstâncias nas quais os pais são capazes de ultrapassar os diferendos que os opõe no melhor interesse dos seus filhos menores. Ora, os contextos de violência doméstica têm subjacentes condutas de maus-tratos – físicos ou psicológicos – que devem, pelo

menos, ser considerados na determinação da regulação de responsabilidades parentais, de forma casuística, e analisando todas as circunstâncias factuais que possam fazer recuar um regime como o da residência alternada. Erradamente, invoca-se que a igualdade parental decorre do entendimento daquilo que implica a igualdade de género, tendo a própria letra da lei sido alterada para contemplar, especificamente, a importância da participação de ambos os progenitores na vida dos menores. Na realidade, esta visão traduz um entendimento falacioso sobre as implicações que os diferentes papéis assignados ao género continuam a ter na vida de mulheres e homens. Neste sentido, Sottomayor (2019) defende que, neste domínio, “(...) o princípio da igualdade deve ser assumido, não na sua dimensão estritamente formal, que encara homens e mulheres como sujeitos neutros, sem género e desligados do seu contexto, mas na sua dimensão material, que implica tratar diferentemente o que – no plano dos factos sociológicos, portanto, do género – é diferente.” (p. 46). O critério do superior interesse da criança deve prevalecer sobre o princípio da igualdade parental. Isto não significa que o progenitor pai está a ser discriminado. Implica que se têm em consideração o desequilíbrio de tarefas afetas a mulheres e homens, no espaço doméstico, aonde continua a caber à mulher o desempenho de tarefas domésticas e o cuidado com os filhos. Esta é uma realidade que pode ser aferida pelos dados estatísticos da Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género (2021) onde se constata que “o acompanhamento familiar ainda é predominantemente assegurado pelas mulheres” (p. 89) e onde se acrescenta que “Para as pessoas com filhos pequenos, também foram mais as mulheres a indicar ter a seu cargo as tarefas ligadas com o seu cuidado e acompanhamento, designadamente, vestir os filhos (64,7%), ficar em casa quando estão doentes (63,7%), levar ao médico (55,6%), ajudar com os trabalhos escolares (46,5%)... Os homens não se destacam em qualquer das tarefas inquiridas.” (p. 92).

A argumentação judicial de uma decisão que determina o regime de regulação de responsabilidades parentais tem que ser capaz de considerar os aspetos sociológicos que gravitam em torno da divisão dos papéis sociais, diferenciando mulheres e homens. Naturalmente, que este entendimento não concede naquilo que dever ser a análise casuística de cada situação, apurando os factos atinentes a cada conflito sem

desconsiderar que os contextos de violência doméstica constituem agravantes para a determinação de um regime de residência alternada.

A Convenção de Istambul é um documento legal que regulamenta questões que afetam, particularmente, mulheres, raparigas e meninas dentro de um quadro diverso de contextos em que são vítimas dos mais repugnantes crimes. No seu artigo 2.º, a Convenção de Istambul declara que “A presente Convenção aplica-se a todas as formas de violência contra as mulheres, incluindo a violência doméstica, que afecta desproporcionalmente as mulheres.” O género é uma categoria que é, claramente, assumida pelo texto normativo da Convenção e ultrapassa aquilo que Sottomayor (2015) designou como “novo paradigma da violência de género” onde se reflete um “avanço ideológico” que permitiu ultrapassar a linguagem de neutralidade jurídica. Se este passo foi dado por um texto normativo também a construção dos argumentos justificativos da sentença podem fazer uso do enunciado de género, dando visibilidade às questões que se encontram escondidas na raiz da violência que é perpetrada contra as mulheres nos contextos das suas relações de intimidade.

3. Pressupostos para um enunciado de género no processo decisório

No ponto anterior foi possível analisar enunciados que revelam uma posição favorável ao género, o que permite propor a formulação dos pressupostos necessários para o considerar como um enunciado argumentativo da decisão judicial. Para alcançar o presente objetivo segue-se a metodologia do argumento interpretativo considerando-se que a linguagem não é uma simples descrição da realidade, é, igualmente, uma ação que conduz a um resultado prático na vida dos sujeitos.

O ato de interpretar incide na dimensão das premissas fácticas e das premissas normativas. Quanto à primeira, a perspectiva de género, atribui significados às condutas praticadas e aos efeitos que daí derivam. No que respeita às premissas normativas considera-se que, da sua aparente neutralidade, é possível determinar, através do seu elemento teleológico, argumentos interpretativos com perspectiva de género. O debate que se propõe agora não pode deixar de se fazer no âmbito da argumentação prática dado que estão em causa valores e princípios do sistema judicial que levantam reflexões sobre o significado do constitucionalismo normativo e justiça social. Nas decisões

judiciais que têm sido o objeto de estudo desta investigação têm especial pertinência os argumentos esgrimidos quanto ao princípio da dignidade humana, o respeito pela integridade física e psíquica, o livre desenvolvimento da personalidade, a liberdade e autodeterminação sexual e a honra (Albuquerque, 2015).

De acordo com Atienza (2013) partimos da dimensão justificativa da decisão judicial para evidenciar as premissas da argumentação numa perspetiva *gender based interpretation* (Case Valielienè v. Lithuania, 2013) de um enunciado argumentativo de género. A ausência da perspetiva de género é um problema na medida em que impacta na esfera pública (reitera discursos estigmatizantes e preconceituosos sobre a mulher e o homem) e na esfera privada (a condição de subalternização atira, desproporcionalmente, a mulher para situações de violência) derivando daqui um problema sistémico de violência sobre as mulheres.

As questões interpretativas surgem no campo da argumentação material. Na esquematização do processo argumentativo começa-se pela definição de um problema continuando com um procedimento de interpretações de premissas fácticas e normativas sobre um caso concreto. É neste âmbito que situaremos a construção do enunciado de género sem prejuízo de estabelecer ligações à dimensão pragmática da sentença, dado que, em última análise, a decisão judicial trata, também, de convencer o “público” que a solução encontrada é boa e justa.

O enunciado de género consiste no ato de interpretar, qualificar e determinar o âmbito de aplicação de disposições normativas de modo a considerar as situações estruturais em que as mulheres se encontram tendo em conta, no processo motivacional, as construções sociais e culturais que as mantêm em posições de desigualdade. O ato de argumentar considera os contextos desfavoráveis, de vulnerabilidade, de relações de poder desequilibradas, de desigualdades sistémicas e subtilezas de discurso tendentes à discriminação da mulher. Neste sentido, o enunciado de género possibilita, igualmente, uma interpretação das premissas factuais que retratam, no contexto da violência, as diversas condutas subsumíveis ao tipo legal da violência doméstica.

Esta conceptualização permite enunciar como pressupostos do enunciado de género os seguintes parâmetros:

3.1 Enunciado de género, interpretação e premissas fácticas

O problema é formulado a partir da multiplicidade de comportamentos que configuram os maus-tratos físicos e psíquicos podendo estar subjacentes, na interpretação do decisor, subtilezas de discriminação e opressão da vítima ou a perceção de uma relação de domínio e poder que evidencia a subjugação e humilhação da mulher em contexto de violência. Por exemplo, o uso de termos insultuosos como “puta, vaca e porca” são passíveis de ser entendidos como uma conduta de tratamento degradante para a mulher? A decisão do processo n.º 505/15.9GAPTL.G1 (Tribunal da Relação de Guimarães) considera que não. No argumento utilizado sublinhou que “As expressões referidas não consubstanciam condutas especialmente violentas ou que globalmente configurem uma atitude de especial desrespeito pela pessoa da vítima ou de desejo de prevalência de dominação sobre a mesma, ou seja, não revestem a gravidade ou a intensidade do desvalor da ação e do resultado típicas do crime de violência doméstica.” O Tribunal sedimentou a sua posição na análise do conceito de maus-tratos físicos e psíquicos e os danos sérios que daqui podiam derivar para a vítima. No entanto, poderia ter sido lançado um olhar mais atento às expressões insultuosas e àquilo que o seu significado impacta na posição da mulher quer no âmbito privado quer no âmbito público. A perspetiva de género teria permitido valorar o facto como um tratamento humilhante da vítima, mulher, já que as expressões utilizadas não têm um impacto social igual quando proferidas contra um homem. É que a convicção do juiz durante o processo decisório não é alheia às suas valorações e orientações morais ou políticas. Há um espaço de discricionariedade que se encontra sempre presente na decisão judicial, influenciada por essas dimensões. Por isso, a racionalidade imposta na motivação das sentenças deve seguir um método de valoração que seja adequado e ajustado aos valores impressos pelos princípios jurídicos. Deve entender-se que quando o decisor interpreta o facto ou a disposição normativa, segundo um enunciado de género, adotando uma solução segundo essa perspetiva, decide de acordo com o critério da razoabilidade, dando visibilidade às questões estruturais da desigualdade.

Num outro caso, referente ao processo n.º 1354/10.6TDLSB-5, de 15 de janeiro de 2013 (Tribunal da Relação de Lisboa) surge o facto de o agressor ter disferido um murro e mordido a mão da vítima enquanto esta mantinha o filho de nove meses ao

colo. O tribunal interpretou este facto como “É manifesto que a conduta do arguido, mesmo tendo em conta que a assistente estava com o filho (então com 9 dias de vida) ao colo, não tem a gravidade bastante para se poder afirmar que, com ele, foi aviltada a dignidade pessoal da recorrente e, portanto, que o seu bem-estar e emocional foi, intoleravelmente, lesado... O facto de, por várias vezes, o arguido, durante discussões havidas, ter dirigido insultos à assistente, pouco ou nada acrescenta à gravidade daquela conduta.” O tribunal decidiu que as agressões reiteradas sofridas pela mulher não revestiam a gravidade suficiente para o condenar pelo crime de violência doméstica. Na interpretação das condutas seguiu-se um critério de razoabilidade assente no desvalor da ação do agressor como se as suas condutas não fossem suscetíveis de causar impacto físico e psíquico na mulher, afetando a sua dignidade e, por conseguinte, lesando o bem jurídico que se pretende acautelar com o tipo legal. A perspetiva de género teria permitido adequar a razão justificativa à matriz da humilhação e intimidação que resultam de condutas agressivas reiteradas, ainda que estas se manifestem por insultos ou agressões “menos graves”. A ofensa contra a dignidade da pessoa humana implica toda a conduta que pode ser interpretada como coisificação da vítima e humilhação da mesma e este aspeto é muito evidente nas situações em que as mulheres são, de forma desproporcional, vítimas de violência doméstica.

Não se pode, também, deixar de considerar as chamadas agressões “menores” que são, frequentemente, sujeitos a juízos de valoração sem atender às especificidades das diferenças de género. Na decisão do processo n.º 71/16.8GGCBR.C1, de 5 de fevereiro de 2020, do Tribunal da Relação de Coimbra, o arguido vinha condenado, pela primeira instância, pelo crime de violência doméstica na pena de dois anos de prisão, suspensa na sua execução. Dos factos provados ficou demonstrado que o arguido dirigia, inúmeras vezes, à vítima insultos como “puta” e “vaca”. Ficou, também, apurado que o arguido, na residência do casal, chamou “filha da puta” e “vaca” à companheira, desferiu-lhe murros na cabeça, arremessou objetos pelo ar e disse que a ia matar. O mesmo já havia sido condenado, em processo anterior, pelo crime de violência doméstica. No tribunal de recurso vem a considerar-se que os factos praticados pelo arguido (expressões insultuosas bem como os murros e arremesso de objetos) “não atinge aquele patamar, ao nível do desvalor da ação e do resultado, capaz de fazer concluir por se estar perante um caso de maus-tratos físicos e/ou psíquicos reveladores

de uma conduta maltratante, onde pontificam sentimentos de crueldade, desprezo, especial desejo de humilhar e fazer sofrer a vítima. Com efeito, a imagem global que é possível extrair dos factos não evidencia aquele estado de aviltamento, de degradação da dignidade pessoal da vítima que conduza à qualificação da situação como de maus tratos.” Este raciocínio conduz à absolvição do arguido pelo crime de violência doméstica e importa na sua condenação por um crime de ofensa à integridade física e crime de ameaça agravada, numa pena de multa por 175 dias.

A interpretação que o tribunal apura sobre os factos praticados assenta no desvalor da ação e do resultado entendendo que não são suficientes para impactar na ofensa à dignidade e humilhação da vítima e pesou, de forma preponderante, na decisão final para a absolvição do arguido da prática do crime de violência doméstica. Novamente, num exercício de construção do raciocínio jurídico através do enunciado de género para o argumento qualificativo da ação, é possível levantar pontos de reflexão que potenciariam outro caminho na decisão quanto à apreciação destes insultos. As expressões “filha da puta” e “vaca” não encontram paralelo em epítetos dirigidos ao homem e, ainda que existam na linguística do calão, tais expressões têm uma repercussão social mais impactante na mulher, uma vez que a colocam numa posição humilhante, pretendendo aviltar a sua qualidade específica de mulher. Acresce que a mulher é agredida com murros e contra ela são arremessados objetos, conduta que reflete o poder de domínio e ameaça que o agressor pretende exercer sobre a sua vítima. O facto de se tratar de “meras” expressões insultuosas e agressões “menores” não afasta, por si só, a humilhação e aviltamento que uma mulher possa sentir no contexto de uma relação íntima. O enunciado de género exige a reflexão sobre esta circunstância – a de constatar a existência de uma relação “especial” entre os agentes que se pode traduzir numa relação íntima presente ou pretérita, onde existe a forte possibilidade de se verificar uma situação de dominação ou dependência, propiciando uma maior vulnerabilidade a um dos sujeitos. Do mesmo modo, poderá não se verificar, numa relação de intimidade, uma posição de domínio entre os agentes, mas as agressões ou ofensas ocorrerem por causa dessa mesma relação de intimidade e as condutas (ainda que “menores”) configurarem uma situação de maus tratos físicos e psíquicos. De uma forma ou outra o enunciado de género promove uma interpretação

mais estreita das condutas que potencialmente podem vir a ser enquadradas na prática do crime de violência doméstica.

Ainda no campo das premissas fácticas merece atenção uma outra decisão, processo n.º 672/19.2GBAMT.P1, de 8 de setembro de 2020, do Tribunal da Relação do Porto. O arguido havia sido condenado, anteriormente, pela prática de um crime de violência doméstica e um crime de ofensa à integridade física simples numa pena única de dois anos e nove meses de prisão, suspensa pelo mesmo período. Tendo sido, novamente, acusado pela sua ex-companheira da prática de outro crime de violência doméstica por a perseguir em dias de festa (o aniversário da filha em comum, o seu próprio aniversário, facto 9 e 10) impondo a sua presença e causando incómodo nos contextos em que a vítima se encontrava. Por lhe telefonar e dirigir insultos e ameaças, nomeadamente, que “pina com amantes” ou “vou pegar na caçadeira, parto-te os carros todos, vou estilhaçar os vidros todos” (facto 16). Por a aguardar junto à sua residência onde a apelidou de “puta, vaca e vadia” (facto 19). Por dirigir à vítima, pelo menos em seis ocasiões, as expressões “ela é uma puta, não está em casa porque anda com os amantes... essa grande puta, qualquer dia fodo-a, essa filha da puta, qualquer dia vou matá-la” (facto n.º 11). No âmbito desta nova acusação o arguido foi condenado, em primeira instância, pela prática de um crime de violência doméstica e violação de proibições.

Na apreciação do recurso, o Tribunal da Relação procedeu à alteração de alguns factos provados, resultando da sua interpretação dos mesmos, que expressões genéricas como “continuou em cadênciã não concretamente apurada” (facto n.º 7) ou “datas não concretamente apuradas” (facto n.º 11) não constituem uma imputação de facto na medida em que impossibilitam a defesa do acusado. O Tribunal determinou a eliminação destas expressões mantendo, no demais a ocorrência em que “o arguido, sem que tenha qualquer motivo ou justificação, deslocou-se à rua onde reside a ofendida...”.

Feita esta valoração interpretativa dos factos provados, o Tribunal entende que os mesmos não são suficientes para demonstrar que se verificou o “aviltamento da dignidade humana... em resultado da crueldade, insensibilidade para com o outro e traduzida em manifestação de desprezo ou desconsideração ou impondo uma vivência de medo, de tensão e de subjugação insuportável”. Considera que a anterior

condenação pela prática do mesmo crime constitui uma apreciação genérica de mero antecedente criminal que não pode ser valorado “sob pena de dupla valoração” e que traduz uma ideia “negativa” sobre o arguido que não pode ser considerada. E que a alteração aos factos provados n.º 7 e 11 não pode ser imputado ao arguido por ser “inócuo” uma vez que as deslocações à rua onde reside a arguida têm de ser feitas para receber e entregar a filha de ambos. Daqui resulta que o Tribunal interpreta que as condutas do arguido, sendo injuriosas e de ameaça de morte, “não se mostram revistadas da gravidade com capacidade inerente ao crime de violência doméstica” sustentando que tais ocorrências são, também, o resultado de “relacionamento/aproximação emergente da existência de uma filha em comum e da resolução de questões de vida que ela impõe”.

A decisão deste Tribunal mostra como a ausência da perspectiva de género impacta na esfera privada e pública da vítima. Uma mulher parece ter de suportar as injúrias e ameaças de morte de um ex-companheiro só porque tem de manter com ele uma relação de proximidade em virtude da existência de uma filha em comum. Ora, esta circunstância, por si só, que evidencia uma relação de especial vínculo entre os sujeitos, devia ser mais que suficiente para que se impusesse o dever de respeito e cordialidade, no melhor interesse da filha em comum.

Estas considerações sobre circunstâncias factuais conduzem à questão de saber se as agressões “menores” ficam fora das condutas típicas do crime de violência doméstica. Nas decisões analisadas parece que o critério passa por verificar o resultado que a conduta tem sobre a vítima – o aviltamento à sua dignidade, a humilhação, a subjugação ou a relação de poder. Parece-nos que este entendimento afasta comportamentos de um tipo de violência “menor” subvertendo o carácter genderizado subjacente à norma da violência doméstica.

No caso *Valiulienė v. Lithuania* (2013, case 33234/07) do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, o Juiz Paulo Pinto de Albuquerque enumera as razões pelas quais não podem deixar de se considerar nos elementos típicos do crime da violência doméstica, as designadas condutas de violência verbal, injúrias menores ou ameaças. Face ao enquadramento sistémico da violência doméstica e a todos os mecanismos normativos, a nível internacional e nacional, para a combater e punir, deve entender-se que a violência doméstica contempla um tipo de crime que constitui “uma violação autónoma

de direitos humanos que consiste na prática de danos físicos, sexuais ou psicológico, ou na ameaça ou tentativa dos mesmos, na vida privada ou pública, por um parceiro íntimo, ou ex-parceiro, um membro do agregado familiar ou ex-membro”.

Desconsiderar factos “leves” ou injúrias “menores” é desvirtuar a inerente humilhação que subjaz ao crime de violência doméstica. Condutas como bofetadas, pontapés, puxões de cabelo, insultos na via pública ou privada, perseguições, a imposição da presença contra a vontade da vítima, a manipulação da relação de proximidade em virtude de filhos em comum, as ameaças, constituem ações humilhantes e degradantes para a vítima porque praticadas por causa de uma relação presente ou passada e com a finalidade de a diminuir na sua dimensão de pessoa e mulher.

Merece, também, atenção a referência feita pelo GREVIO quanto às circunstâncias agravantes da medida da pena, previstas no artigo 152.º. Neste âmbito, indicam os relatores que não existe uma previsão respeitante à agravação da pena quando o resultado dos factos praticados tenha consequências psicológicas severas para a vítima (p. 50). De facto, nas decisões analisadas surge, raramente, a referência aos danos psicológicos provocados na vítima. O elemento literal da norma não prevê a agravação da punição face ao resultado dos maus-tratos psíquicos sofridos. Constam razões ligadas, por exemplo, a “danos contra a dignidade humana” (Caso n.º 2). Esta discussão argumentativa é generalizada e não se refere ao caso concreto, não se autonomizando em que medida há afetação psicológica da vítima. Esgrimem-se, amiúde, razões no que concerne aos danos físicos – são visíveis e podem ser evidenciados por relatórios médicos.

No campo da argumentação material o julgador demonstra preocupações conceptuais e as razões enumeradas apontam condutas concretas. Por exemplo, no caso n.º 8 define-se maus-tratos recorrendo à imagem do agressor que esbofeteia a vítima (danos físicos) e que com isso a pretende humilhar (danos psíquicos). Há na construção do raciocínio uma ponte que se tenta estabelecer entre o dano físico e o dano psíquico: a humilhação deriva da agressão física material.

A argumentação de uma decisão judicial, em contexto de violência doméstica, não pode deixar de ser construída com uma perspetiva de *gender-sensitive*

interpretation considerando que as desigualdades factuais entre mulheres e homens causam um impacto tremendo na vida das mulheres.

3.2 Enunciado de género, interpretação e premissas normativas

O enunciado de género permite refletir sobre a dimensão valorativa da norma, através do seu elemento teleológico. Segundo Menezes Cordeiro (2012) a importância do elemento teleológico surge revestida da função instrumental do direito e da realização do escopo da norma. Do carácter bifrontal das disposições normativas salienta-se o elemento de comando, mas também o aspeto valorativo que a ele se encontra associado. Neste âmbito, atende-se à finalidade da disposição normativa dentro de um quadro sistémico que exige a valoração dos seus princípios.

Dos argumentos e enunciados analisados nas decisões judiciais resultou evidente a enunciação de um conjunto de princípios constitucionais favoráveis à construção do enunciado de género, mediante um conjunto de razões justificativas que invocam os princípios da dignidade humana, do livre desenvolvimento da personalidade, da liberdade e autodeterminação sexual, do respeito pela integridade física e psíquica e da igualdade e não discriminação. Esta interpretação decorre, sobretudo, no campo da determinação do bem jurídico protegido e nas considerações sobre a qualificação das condutas como elementos do tipo. Tal como indica Figueiredo Dias "(...) o texto legal se toma carente de interpretação (...), oferecendo as palavras que o compõem, segundo o seu sentido comum e literal, um quadro de significações dentro do qual o aplicador da lei se pode mover sem ultrapassar os limites legítimos da interpretação." (p. 20).

O princípio da dignidade humana é a pedra angular de todo o edifício dos direitos fundamentais. Relacionar a lesão da saúde física e psíquica àquele princípio permite estabelecer uma estreita ligação com os princípios da integridade pessoal, do livre desenvolvimento da personalidade e da liberdade à autodeterminação sexual. A saúde física e psíquica é algo de intrínseco à própria dignidade, independentemente do seu sexo, daqui decorrendo a inferência lógica que nenhuma conduta de ofensa corporal ou psíquica é admissível pois, de forma inerente ofende aquela dignidade. Assim, qualquer ofensa perpetrada contra uma mulher, de natureza física ou psíquica, revestida de uma maior ou menor intensidade, que for praticada contra ela, por causa de uma relação

íntima, presente ou pretérita e que daí resulte um perigo real e presente, deve entender-se como violência doméstica. A inferência lógica que permite a enunciação da perspectiva de género, através do elemento teleológico, decorre da constatação que numa relação íntima o agressor ou demonstra uma posição de poder e dominação perante a vítima ou em virtude da sua identidade específica (homem/mulher) demonstra a vontade de a humilhar na esfera privada e pública atendendo às especiais características de papéis sociais atribuídas a cada género.

A invocação dos princípios constitucionais faz parte de argumentos do tipo sistémico pois ao serem interpretados no âmbito da extensão da proteção de bens jurídicos ínsitos numa disposição normativa de carácter genderizado e ao serem relacionados com as questões da desigualdade fáctica que mais atinge as mulheres permitem impor critérios de argumentação com uma perspectiva de género.

Como referimos este tipo de argumentos *de iure* encontra-se bem patente nas razões que determinam a extensão de proteção do bem jurídico. No acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30 de outubro de 2019 (processo n.º 39/16.4TRGMR.S2) declara-se que “[e]m relação ao bem jurídico protegido por esta incriminação, sendo 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 n.º 1 do artigo 152.º.”

Noutro acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30 de outubro de 2003 (processo n.º 3252/03) considerou-se que o bem jurídico protegido pela incriminação é, em geral, o da dignidade humana e, em particular o da saúde, que abrange o bem-estar físico, psíquico e mental podendo esta ser afetada por qualquer espécie de comportamento que afeta a dignidade pessoal.

A doutrina segue o mesmo diapasão. O tipo violência doméstica visa a tutela da saúde física, psíquica e moral como corolários da dignidade da pessoa humana (Taipa de Carvalho, 2012). Ou, segundo Albuquerque (2015) o crime acentua a proteção de bens jurídicos como a integridade física e psíquica, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual e a honra.

Esta interpretação é sistematicamente reiterada por várias decisões judiciais. Compreende-se que o argumento seja construído com proposições de caráter constitucional que apelam aos princípios motores da dignidade humana, da integridade pessoal, da liberdade sexual e da honra. É que as repercussões da violência doméstica apresentam consequência nefastas no seio das relações familiares, mas também da própria comunidade coletiva que repudia o tratamento degradante e humilhante da pessoa. Neste caso estamos perante uma interpretação sistemática que procura entender do texto da norma um enunciado lógico-racional que é conforme ao ordenamento jurídico ao qual pertence. Tarello (1989) defende que a interpretação sistemática é aquela que pretende dotar um enunciado de compreensão duvidosa por um significado admissível no sistema jurídico. As proposições elencadas procuram dar um significado às normas atendendo ao sistema de que fazem parte. Isto quer dizer que o elemento literal da norma não pode ser entendido de forma isolada, mas devem ser subtraídas razões que articulam a sua redação com outras normas do sistema jurídico. Neste sentido, verifica-se que as decisões analisadas na presente investigação revelam quanto ao bem jurídico protegido pela norma do artigo 152.º, do código penal, esta interpretação sistemática. Não se trata, apenas, de maus-tratos sobre a saúde física e psíquica. Como acima se referiu trata-se de maus-tratos que afetam a integridade pessoal, o livre desenvolvimento da personalidade, a liberdade e autodeterminação sexual. Portanto, a interpretação da premissa normativa não fica, somente, presa ao elemento literal segundo as categorias tradicionais.

No entanto, o enunciado de género exige a interpretação do elemento teleológico respeitando os parâmetros de construção da racionalidade lógica onde se observa a justificação interna com o silogismo subsuntivo, mas também a justificação externa que, de acordo com o método interpretativo vem a esclarecer sobre as circunstâncias fácticas e normativas. De acordo com o pensamento Hegeliano o método sistemático supõe que a verdade se encontra no todo e não apenas numa das suas partes. O argumento que estabelece a conexão da proteção do bem jurídico saúde física e psíquica é, claramente, um argumento de natureza sistémica quando avança para uma delimitação violadora de princípios constitucionais como é o caso do respeito pela dignidade humana, integridade pessoal, livre desenvolvimento da personalidade e liberdade sexual. Assim, o elemento sistemático, nestes casos de violência doméstica

em relações de intimidade permite identificar incompatibilidades entre as normas e faculta a sua correção através de um significado de coerência e lógica racional.

Na linha deste pensamento a aplicação da norma típica da violência doméstica deve ter em linha de conta se a sua infração provoca uma violação direta ou indireta ao princípio da igualdade e não discriminação, ao introduzir impactos diferenciados em razão do género. Quando se afasta a aplicação da norma da violência doméstica também se afasta à vítima o acesso a um conjunto de direitos de proteção, designadamente, os que decorrem do estatuto de vítima. E este aspeto pode ser entendido como uma incompatibilidade do sistema jurídico para a vítima. Em Espanha, numa tese de jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça (1a./J. 22/2016 (10a.)), decidiu-se que “todo o órgão judicial deve fazer justiça com base na justiça de género, para o qual, deve ser implementado um método, nas causas judiciais, ainda que as partes o não solicitem, a fim de verificar se existe uma situação de violência ou vulnerabilidade por questões de género, que impeça de fazer justiça de maneira completa e igualitária”.

Restabelecer a coerência do sistema legal e elencar argumentos de racionalidade lógica é uma obrigação do decisor. Se não for possível resolver uma questão de incompatibilidade sempre se pode fazer recurso das três regras clássicas de critério hierárquico (a norma superior prevalece sobre a inferior), o critério cronológico (prevalece a norma mais recente) e o critério de especialidade (a norma especial derroga a norma geral). No caso deste método não resultar, então, sempre se fará uso de outros argumentos que invocam a coerência material e sistémica como é o caso de apelar à evidência sociológica da desigualdade persistente das mulheres. Não podem subsistir incoerências de sistema como aquelas que resultam dos casos que as vítimas são privadas de um estatuto que confere todo um conjunto fundamental de direitos desde que os factos sejam qualificados como sendo condutas típicas da violência doméstica.

Pelo exposto, entendemos que um enunciado de género resulta de uma atividade interpretativa de premissas fácticas e premissas normativas do caso concreto. No ato interpretativo não pode deixar de ser considerada a dimensão axiológica e sistemática da disposição normativa do artigo 152.º, do código penal, a partir da qual se estabeleceu a finalidade de legislar a punição de condutas típicas que só têm lugar no âmbito de relações intrafamiliares, das quais se destacam as relações de intimidade. Por isso, além da interpretação sistemática, há que considerar, igualmente, a interpretação

do elemento teleológico que passa por atribuir um significado à expressão normativa, emanada por um poder de autoridade que é o legislador. Quer dizer que as valorações contidas numa disposição carecem sempre de uma interpretação e daqui resultará sempre a construção de um argumento racional que servirá de indicador para a decisão final do tribunal.

Encontrar o sentido de aplicação da norma, em princípio, parte da finalidade objetiva, definida pelo poder de autoridade que a criou. Ou seja, os fins da disposição normativa são perceptíveis, determináveis e vinculados a uma realidade conhecida. A violência doméstica surge com a finalidade clara de punir as condutas observáveis nas relações familiares, onde se verificam a construção de vínculos afetivos e que, por isso mesmo, demandam dos sujeitos uma maior capacidade de respeito e zelo do que aquela que se verifica com pessoas desconhecidas. Estudar o campo da justificação das sentenças implica entender a aplicação do direito e esta implica, necessariamente, o ato de interpretar (Justo, 2012). Ora, o que resulta dos argumentos evidenciados é que a aplicação do elemento literal da norma nem sempre é adequada ao espírito da lei (Montesquieu, 1979). Torna-se, então, necessário esclarecer sobre a finalidade da disposição normativa recorrendo a vários elementos que podem provir do contexto social, económico e cultural relevante nas circunstâncias do momento.

O tribunal, na construção da fundamentação da sua decisão, interpreta a norma e justifica a delimitação da *ratio legis* por forma a considerar o relevo de princípios jurídicos e a sua vinculação ao sistema jurídico (Alexy, 1012). A relação de especialidade que a norma da violência doméstica apresenta com outro tipo de infrações revela tensões no plano do concurso de crimes, porquanto, do ato de interpretação poderá verificar-se a frustração do elemento teleológico da norma ínsita no crime de violência doméstica. Por exemplo, a argumentação jurídica que sustenta que casos de agressões menores ou não violadoras do patamar mínimo de ofensa à dignidade humana não cabem na subsunção daquela disposição normativa. Neste caso, o decisor tenta construir um raciocínio lógico em que os factos têm correspondência com a letra da lei (uma bofetada, um puxão de cabelos, um conjunto de insultos que são enquadrados na agressão à integridade física simples ou nas injúrias) mas frustram aquilo que se pretende com a punição da violência doméstica dando origem a uma argumentação com

resultado inesperado. Este aspeto pode ser verificado em alguns dos esquemas argumentativos da presente investigação, designadamente, os casos 2, 3, 4 e 27.

A relação de subsidiariedade expressa na norma do artigo 152.º, do código penal, também revela algumas frustrações interpretativas afetadoras do seu elemento teleológico. Relembrando a posição de Taipa de Carvalho (2014), a expressão normativa “se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal” acaba por criar um paradoxo legal na medida em que faz cair algumas condutas praticadas em contexto de violência doméstica (por exemplo, a violação ou a agressão à integridade física qualificada) em crimes punidos com pena mais grave, deixando ao abandono a argumentação de um crime específico como é o caso da violência doméstica e criando um vazio argumentativo sobre essa realidade (pelo menos neste âmbito concreto do concurso em que a violência doméstica cede perante crimes com pena mais grave).

Outros fatores têm influído negativamente na finalidade do preceito da violência doméstica. Falamos, agora, das sentenças condenatórias com determinação da pena suspensa. No quadro atual de violência contra as mulheres pode sustentar-se, em determinados casos, a condenação a pena efetiva. Neste âmbito as razões dos argumentos de condenação a pena suspensa na sua execução focam-se no delito entre o/a agressor/a e a vítima perdendo de vista o seu significado coletivo o que transmite a ideia de um sistema jurídico-penal complexo que acaba por perpetuar desigualdades e, até mesmo, manter as vítimas numa posição de perigo.

Os argumentos revelam o critério da ressocialização dos agressores em liberdade por se entender que a censura dos factos praticados e a ameaça de prisão são suficientes para dissuadir os sujeitos. A este racional acrescenta-se que os infratores condenados são, muitas vezes, considerados como cidadãos fiéis ao direito e integrados na sociedade (Caso 1). As proposições justificativas baseiam-se na articulação do artigo 40.º, n.º 1, do código penal e do artigo 50.º, n.º 1 do mesmo código, onde se determina as finalidades das penas e das medidas de segurança e os pressupostos e duração da suspensão de execução da pena. Preceitua-se que “A aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade”, o que é articulado com “O tribunal suspende a execução da pena de prisão aplicada em medida não superior a cinco anos se, atendendo à personalidade do agente, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias

deste, concluir que a simples censura do facto e a ameaça de prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.”

Não pretendemos encetar na discussão sobre as finalidades das penas. Tão só realçar que essas finalidades não podem ser dissociadas da interpretação sistemática que defendemos antes e, conseqüentemente, da conexão que deve resultar dos vários elementos teleológicos das disposições normativas. É que a aplicação da pena também se encontra ligada ao sentimento de segurança da comunidade e à confiança que deposita no sistema jurídico-penal para prosseguir com a ordem e proteção dos bens jurídicos fundamentais. Os argumentos doutrinários e jurisprudenciais consideram que a proteção da saúde física e psíquica está intrinsecamente ligada à proteção da integridade pessoal corolário dos já aludidos princípios constitucionais do respeito pela dignidade humana e o livre desenvolvimento da personalidade. Daqui resulta uma dificuldade no campo da justificação da decisão judicial quanto à suspensão da execução da pena no contexto de violência doméstica. É que não nos podemos abstrair de várias complexidades associadas à decisão que suspende a execução da pena: as pautas culturais do juiz que influenciam a sua decisão, a frustração da comunidade por se poder entender que a suspensão da pena é uma desvalorização dos maus tratos e, conseqüentemente, da proteção dos bens jurídicos e o sentimento de perigo na vítima perante um sistema punitivo que resolve o conflito, mas a mantém refém do efeito adjacente à ressocialização do seu agressor. É que este, na verdade, vai permanecer em liberdade podendo vir a constituir um perigo iminente ou real à sua integridade, mesmo considerando que possa ser condenado a obrigações acessórias.

Daqui se pode entender que ao razoamento da decisão judicial, apesar de apresentar uma lógica dedutiva, não pode ser dissociado de problemas de natureza material cuja solução passa por atribuir um raciocínio valorativo, a partir da interpretação sistémica e do elemento teleológico das disposições normativas. A elevada taxa (Direção Geral da Política da Justiça, 2022) de condenações a penas suspensas pode ser interpretada como um sinal de impunidade que contraria a tutela de valores fundamentais como aqueles que são invocados através dos princípios constitucionais. Dos argumentos esgrimidos na investigação destacam-se os casos 5, 6 e 8 onde os agressores são condenados a penas suspensas na sua execução, sendo reincidentes da prática de condutas violentas (incluindo a violência doméstica) mas,

simultaneamente, categorizados como agentes integrados socialmente. Os enunciados fácticos aqui a atribuírem um maior peso à reintegração social do que à reincidência das condutas violentas o que contraria, até, o racional que se retira da letra da disposição ínsita no n.º 1, do artigo 50.º quando se refere à “conduta anterior e posterior ao crime”. Em termos valorativos e atentos às circunstâncias em que decorrem as agressões, em contexto de violência doméstica, a reincidência deveria constituir fator agravante e demonstrativo de uma conduta reiterada que não acolhe a consciência da ofensa perpetrada contra bens jurídicos fundamentais. Tal como é defendido por Silva (2008) a valoração de condutas infratoras pode ser conotada de uma especial censurabilidade quando “a conduta revela uma profunda distância em relação a determinado quadro valorativo, afastando-se de um padrão normal (...)” (p. 52).

Dentro desta valoração cai, também, o acolhimento da agravação da moldura penal para situações de reincidência, casos graves de maus-tratos que não se encontrem em concurso com outras infrações e pelos danos psicológicos repercutidos na esfera da vítima. A sanção penal, como elemento do sistema de política criminal, constitui mais uma ferramenta para a erradicação da violência perpetrada contra as mulheres.

Por um lado, a norma penal do artigo 152.º não dispõe de preceito que estabeleça critérios agravantes destas circunstâncias. Por outro lado, a disposição sobre a suspensão da execução da pena não impõe, necessariamente, que se condene à suspensão. Antes estabelece critérios baseados no perfil e comportamento do agente que, uma vez valorados, pesam na decisão sobre essa suspensão. Ainda recentemente, veio a público uma decisão do tribunal de Braga⁵⁷ que descreve um caso de violência doméstica, no qual um homem foi condenado a uma pena suspensa de quatro anos e dez meses depois de trinta anos de agressões à mulher. Tais agressões consistiam em “murros, bofetadas, pontapés, puxões de cabelo, além de injúrias”. O tribunal considerou como elementos justificativos para a suspensão da pena a vontade da mulher continuar a viver com o agressor e o arrependimento demonstrado por este. Na notícia é possível aferir a escalada de violência que descreve como último episódio a tentativa de agressão com uma faca, depois de apertar o pescoço à mulher, de a fazer desmaiar e cair desamparada no chão, seguido de ameaça de morte aos dois filhos que tinham ido em socorro da mãe.

De novo o aspeto da ressocialização a pesar mais do que a natureza violenta das ações praticadas sobre a vítima desvalorizando-se o especial dever de respeito e consideração que impende sobre dois sujeitos que mantêm um vínculo afetivo durante trinta anos. Neste sentido Silva (2008) defende que a constatação deste vínculo especial aduz aos atos violentos um maior grau de ilicitude e “juízo agravado de culpa” (p. 298) o que deve conduzir a justificação suficiente para uma condenação de pena efetiva. Já numa decisão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 18 de abril de 2018 (processo n.º 1619/15.OT9GRD.C1) o argumento sobre a suspensão da execução da pena considera que esta deve ser sempre subordinada ao cumprimento de deveres ou à observância de regras de conduta ou ao acompanhamento do regime de prova, o que decorre do artigo 34.º-B da Lei n.º 129/2015, de 3 de setembro.⁵⁸ Ou seja, o regime que determina a suspensão da execução da pena deve ser acompanhado por regras de conduta que protejam a vítima e afastem o agressor da sua esfera, removendo um hipotético perigo iminente que se verifica no caso da suspensão sem a determinação daquelas regras de conduta. Esta perspetiva permite defender – como defendemos – que o regime conducente à suspensão da execução deveria ser excepcional e devidamente fundamentado atendendo aos critérios de interpretação sistemática e do elemento teleológico das normas em confronto.

Do elemento teleológico presente na disposição sobre a violência doméstica subtrai-se a intenção do legislador proteger um grupo vulnerável, que são as mulheres. Deve verificar-se aquilo que Atienza (1989) apelidou de “racionalidade teleológica” de modo a entender as normas de acordo com o contexto e evolução social o que exige a aplicação de conhecimentos provenientes de outras áreas conexas com o direito. Já aqui indicámos os elementos estatísticos que continuam a revelar uma muito elevada percentagem de violência doméstica sobre o grupo mulheres, o que indicia, de forma lógica e coerente, que estamos perante uma realidade genderizada que levou o legislador a adotar medidas de proteção e punição, embora esta seja pouco severa para uma realidade tão trágica. Construir argumentos justificativos que, a final, desviam a aplicação do crime de violência doméstica ou desvalorizam as ações dos/das agressores/as, ou usar crenças estereotipadas, desarmam o fim que o legislador pretendeu alcançar com a sua criação. Não estamos a invocar finalidades subjetivas do grupo de mulheres. Estamos a defender que a finalidade da norma é genderizada

porque afeta desproporcionalmente o grupo mulheres e se enquadra dentro dos imperativos da Convenção de Istambul, instrumento vinculativo do Estado português. Não esquecer que o seu propósito passa por assegurar a paz e a justa solução de conflitos, encontrar o equilíbrio de interesses em jogo, promover a proteção dos bens jurídicos e um procedimento judicial justo e encontrar uma solução que seja, simultaneamente, instrumento de resolução de problemas de carácter geral e melhoramento de condições sociais de interesse coletivo.

Um enunciado de género pode ser subtraído do elemento teleológico da norma na medida em que se faz o apelo insubstituível de proteção a bens jurídicos, à igualdade, segurança jurídica e lógica do sistema de política criminal. Segundo Atienza 1994 a justificação interna é somente uma questão de lógica dedutiva, mas a justificação externa vai mais além da lógica em sentido estrito. Não precisamos de estar perante um caso de difícil resolução. Verifica-se é que da aplicação da norma resultam incompatibilidades sistémicas que precisam de ser resolvidas. Esta proposta de enunciado de género, com carácter argumentativo, atinge o campo da justificação interna e justificação externa da decisão judicial. Por um lado, a fundamentação não recai, exclusivamente, na lógica formal dedutiva da sentença. Por outro lado, considera-se que a justificação carece de razões que vão além da lógica dedutiva e precisam de evidenciar boas razões, de carácter substantivo que sustentem o elenco das premissas enunciadas. A justificação da decisão judicial fica, assim, estribada num enunciado que atribui significado à finalidade do preceito entendendo-se a norma como um instrumento que pretende atingir determinados fins.

A interpretação teleológica implica estabelecer uma conexão entre o preceito normativo e as valorações jurídicas, ético-sociais e as de política criminal. Reclama uma hermenêutica sistémica dentro da unidade do sistema jurídico que passa por considerar a perspetiva de género na construção de argumentos. Summers & MacCormick (2016) defendem que “Argumentos relevantes são argumentos de valor em sentido lato (...) tal razoamento é essencialmente teleológico” (pp 518-519). Importa, pois, considerar que a construção de um enunciado de género, como elemento justificativo da sentença e a enumeração de boas razões, em seu torno, implica que prevaleça essa abordagem hermenêutica que apela ao sentimento de consciência jurídica da comunidade.

3.3 Enunciado de género e prova indiciária – aspetos particulares sobre a presunção nos argumentos da decisão

Deixamos para este último ponto a reflexão sobre a prova indiciária ou presunção. Não se pretende discutir sobre os aspetos relativos aos conceitos e inevitáveis interpretações/entendimentos doutrinários sobre o tema. As considerações que entendemos pertinentes dizem respeito aos argumentos construídos no campo da prova indiciária e presunções. A partir daqui analisamos, em primeiro lugar, a questão de apreciação de factos, seguida da qualificação das condutas típicas da violência doméstica. Há, portanto, que lançar o olhar para os argumentos que usam a prova indiciária como técnica jurídica no processo de convicção decisória e modo como é capaz de agregar a visão de género.

Pensamos que se trata de um processo valorativo que, potencialmente, aduz vantagens na metodologia do enunciado de género. Em particular, relevam os aspetos relacionados com a apreciação da prova, nos casos específicos em que os factos ocorrem, somente, entre agressor/a e vítima. Mas não só. Também é manifesto o seu interesse no momento da qualificação/interpretação de condutas típicas, mais concretamente, aquelas que, habitualmente, são entendidas como agressões “menores”. Neste particular não deixa de haver um exercício de interpretação valorativa do decisor uma vez que “convencer-se” que um facto integra o crime de violência doméstica ou um outro crime concorrente acaba por impactar na decisão final. Uma vez que tratamos de um crime muito específico, em contexto de relações de intimidade, os aspetos tecnicistas não podem deixar de ser refletidos sob a perspetiva de género.

Em termos jurisprudenciais um Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 9 de maio de 2012 (processo n.º 347/10.8PATNC.C1) declarou que “a presunção judicial é admissível em processo penal e traduz-se em o tribunal, partindo de um facto certo, inferir, por dedução lógica, um facto desconhecido”. Nesta mesma linha Santos & Henriques defendem que “É legítimo o recurso à prova por presunção, aquela que partindo de determinado facto chega por mera dedução lógica à demonstração da realidade de outro facto.” (p. 684).

No caso 6 o decisor, perante uma situação em que se verifica a dificuldade da prova direta, socorreu-se de um critério de presunção. Aludiu-se à admissão da prova

indiciária que se pode afirmar através daquele critério. Para tanto usou de um enunciado normativo, indicando o disposto no artigo 349.º, do código civil para justificar que o tribunal pode decidir como provado um facto desconhecido pela inferência que retira de factos conhecidos. O tribunal usou esta técnica para sustentar a intenção do agente maltratar a vítima.

Já na decisão do caso 14 o julgador aponta um enunciado doutrinário quando refere que Vaz Serra defende que “o juiz pode utilizar a experiência da vida, de qual resulta que um facto é a consequência típica de outro; procede então mediante uma presunção... ou de uma prova de primeira aparência”. A mesma decisão declara que é possível admitir a presunção simples ou natural a partir de um facto para presumir a existência de outro que não tenha sido presenciado.

Por esta abordagem verifica-se que os decisores usam como critério de valoração a técnica da presunção legal para resolver algumas dificuldades que se apresentam no campo probatório. A presunção é um raciocínio que não resulta muito evidente na fundamentação das decisões que analisámos. Talvez porque como refere Simões (2007) seja necessário que o processo decisório ultrapasse “os rígidos cânones de apreciação da prova” para assumir critérios de “prova indirecta, indiciária ou por presunções como factores válidos de superação do “princípio da presunção de inocência”.

No conflito judicial as partes intervenientes no processo apresentam os seus enunciados factuais e de direito expondo uma versão tendente a convencer o decisor quanto à outorga de uma pretensão específica. Os factos constituem um dos elementos cruciais do processo uma vez que são eles que passam pelo mecanismo de subsunção aos preceitos jurídicos que, por sua vez, indicarão a solução do conflito. Falamos do “silogismo de determinação da consequência jurídica” (Larenz, 1994). Nas decisões que analisámos é evidente o modo como a argumentação jurídica é construída através da visão formal do silogismo subsuntivo, na qual é enunciada uma premissa maior, uma premissa menor, seguida da sua conclusão. Ou seja, é identificada a norma, são identificados os factos relevantes para a decisão judicial e cabe, no fim, ao tribunal avaliar se a consequência jurídica é válida para um dado conjunto de factos concretos. É uma metodologia assente nas inferências lógicas dedutivas.

Neste procedimento não basta criar esse encadeamento sequencial como se se tratasse de uma geometria de factos. É necessário que o tribunal aprecie as situações

de natureza material mostrando o seu convencimento de que os factos ocorreram (ou não) nos termos em que lhe são apresentados. No entender de Taruffo (2005) esta função requiere a análise de dados empíricos que na linguagem jurídica assumem o nome de meios de prova que podem agregar-se em elementos como documentos, perícias, declarações de outras pessoas, de coisas, etc. Abellán (2014) esclarece que a prova é um elemento polissémico que pode envolver informações ou dados, meios de prova, a racionalidade do procedimento intelectual e o resultado probatório pelo conhecimento do facto controvertido. E acrescenta que neste processo de razoamento da prova aquilo que o tribunal faz não é mais do que verificar a hipótese de um facto ter, efetivamente, acontecido uma vez que aquilo que se aprecia são os enunciados da matéria de facto esgrimidos pelas partes conflituantes. A autora faz também referência à distinção aos momentos em que a prova é valorada. Uma coisa é valorar a prova no contexto de descobrimento. Outra coisa é fazê-lo no contexto de justificação. Naquele primeiro caso os enunciados da matéria de facto dizem respeito ao apuramento da veracidade dos factos previamente formulada. No segundo caso os enunciados são valorados de forma a elencar as razões justificativas dessa veracidade. Portanto, num primeiro momento afirma-se que aquele conjunto de factos constituem a verdade. Num segundo momento determina-se a justificação/razões do porquê de se considerarem verdadeiros aqueles factos.

É neste quadro que merecem atenção as circunstâncias que envolvem a prática de maus tratos físicos ou psíquicos, nas relações íntimas, na situação específica de terem ocorrido, somente, entre os dois agentes, vítima e agressor/a. E o que interessa, aqui, reter é o problema concreto da prova, no campo da sua apreciação, no momento em que o decisor precisa de avaliar que declarações merecem credibilidade para efeito da acusação. Ora, neste domínio, a apreciação da prova levanta dois problemas: um, a credibilidade dos testemunhos onde podem cair aspetos pertinentes sobre o género; dois, a articulação do argumento da prova indiciária com o princípio da presunção de inocência.

A prova é o resultado da inferência de vários enunciados e é através deles que o tribunal constrói o seu raciocínio lógico sobre a sua ocorrência ou não. Como vimos nas decisões analisadas existe uma argumentação jurídica formal onde tem prevalência a lógica dedutiva através de diversas inferências que conduzem a uma conclusão. Mas

esta é construída sobretudo com o recurso da prova direta. Ora, o uso dos meios de prova, no processo dedutivo, não garante, de forma absoluta, a descoberta da verdade. Ainda que se possa deduzir que as premissas fácticas são verdadeiras e, assim, a conclusão também o será, existe sempre um grau de probabilidade que fica por confirmar porque desconhecemos se os meios são fiáveis, os testemunhos verdadeiros, se não houve um engano na perícia, etc. Estamos, portanto, perante aquilo que Abellán (2014) designa de um grau de conhecimento baseado na elevada probabilidade de uma determinada situação ter ocorrido.

O processo das inferências quer em relação às provas diretas quer em relação às provas indiretas é um procedimento construído através do raciocínio indutivo. É que, mesmo no caso de um meio de prova direta, o julgador cria a convicção que aquela prova concreta induz à veracidade (ou não) do facto. A diferença é que quando estamos perante a situação de provas indiretas há que construir uma racionalidade com base em mecanismos valorativos das circunstâncias que se apresentam descritas. Ou seja, o método de raciocínio indutivo encontra-se presente em todo o mecanismo das inferências lógicas que conectam os meios de prova à ocorrência dos factos. Nesta perspetiva estamos, então, perante um método de justificação de sentença.

Na linguagem jurisprudencial tem lugar, sobretudo, a distinção entre a prova direta e prova indireta, dando-se privilégio sistémico à prova direta. Seguindo Taruffo (2005) a diferença entre prova direta e indireta assenta na circunstância de se estabelecer uma conexão entre os enunciados da matéria de facto e os enunciados dos meios probatórios. As provas são diretas “Quando os dois enunciados têm que ver com o mesmo facto (...)”. Já a prova indireta resulta dos meios de prova que podem versar sobre factos diferentes, mas a partir dos quais é possível retirar, de forma razoável, inferências acerca de outros factos invisíveis.

No entanto, tal como referido por Cabral (2020) “A resistência à admissibilidade da prova indirecta, ou a sujeição da prova indiciária a critérios de exigência inultrapassáveis, pode conduzir a uma justiça formal, sem correspondência com a realidade” (p. 15). Pode invocar-se um ceticismo no procedimento da prova indireta em virtude da questão da discricionariedade. Porém, é de realçar que a técnica da prova indireta ou prova indiciária obedece a procedimentos que têm subjacentes “regras de natureza objetiva”. Voltando a Abellan, acima citada, não pode deixar de se considerar

pertinente a observação que a autora defende em relação à prova direta. Na verdade, os enunciados declarados quanto à matéria de facto constituem provas indiretas a não ser que se verifique o caso excepcional de o juiz ter presenciado a ocorrência dos factos. Assim, pensamos que é possível despedir o preconceito sobre a discricionariedade e ceticismo da prova indireta quando tratamos de analisar circunstâncias das relações íntimas que ocorrem no restrito espaço privado. Outro aspeto que convém ter presente é aquilo que Abellan designa de lógicas de inferência o que conduz à distinção da prova direta como aquela que decorre da racionalidade lógica dedutiva e à prova indireta como a que advém das regras de experiência comum. Assim, é possível delimitar que o âmbito da prova indireta assume um papel preponderante nos casos que analisamos, designadamente, nos procedimentos que devem ser adotados para a validação da racionalidade justificativa da sentença.

Nos procedimentos de valoração da prova indireta cabe, então, discutir os chamados *estándares* de justificação que hão de ser valorados como uma parte da fundamentação da sentença. E neste processo é sempre necessário estabelecer as inferências de um facto conhecido para valorar algo que é desconhecido o que conduz, necessariamente, à enumeração das razões justificativas (Abellán, 2014). Esta mesma posição é corroborada por Beltrán (2007) quando afirma que na valoração pretende-se encontrar uma metodologia que seja considerada como adequada para conseguir o objetivo de descoberta da verdade perante os elementos que são apresentados em juízo.

A prova indiciária deve ocorrer nos termos dos artigos 124.º e 127.º, do código de processo penal admitindo-se como objeto de prova “todos os factos juridicamente relevantes” que são considerados de acordo com as regras de experiência e livre convicção do julgador. A livre apreciação da prova decorre de um processo valorativo dos factos sujeitos a critérios de controle por forma a evitar um caminho decisório conducente a um erro judiciário. Reiteramos, portanto, que a técnica da prova indiciária assume um papel determinante na complexidade da análise probatória nos crimes de violência doméstica, sobretudo, as situações respeitantes a relações íntimas. Cabral (2019) defende que “(...) o julgador deve estar apetrechado para afirmar, ou não, a existência duma relação de causa e efeito entre o indício e o facto indiciado, ou seja, o conhecimento que deve estar presente para afirmação duma inferência que leva ao

conhecimento acima de qualquer dúvida.” Nesta medida a visão da experiência comum permite a formulação de “(...) um juízo de relação entre factos, ou seja, uma inferência que permite a afirmação que uma determinada categoria de casos é normalmente acompanhada de uma outra categoria de factos.”

Na senda de Dâmaso (2007) cabe, por conseguinte, questionar se “A crescente complexidade e opacidade dos fenómenos criminais que hoje se perfilam não exigirá maior elaboração no acto decisório ou, se se preferir, maior ousadia sentencial?” (p. 204) O processo de valoração da prova é sujeito a critérios de controle por forma a evitar uma decisão errada (o erro judiciário). Tais critérios operam a um nível formal e material. No plano formal são considerados os factos que se consideram provados, que servem de sustentação ao facto presumido e a lógica racional que o julgador utiliza a partir dos indícios, demonstrando a forma como chega à sua convicção. No plano material considera-se que os indícios devem ficar demonstrados pelos factos provados através da prova direta, devem ser plurais ou mostrar um peso especialmente probatório além de deverem mostrar uma inter relação que evidencie mutuamente os factos ocorridos. A partir destes critérios aquilo que as disposições normativas processuais exigem é que o juízo de inferência se estabeleça a partir da regra de experiência comum e que se mostre razoável de modo que não se verifiquem construções arbitrárias ou absurdas sendo que a racionalidade lógica deve ser capaz de demonstrar o nexo entre os factos provados e o elemento que se pretende provar. Este emolduramento decorre de argumentos jurisprudenciais como aquele que se encontra num acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 21 de março de 2012 (processo n.º 460/10.1JALRA.C1) que, sobre a prova indiciária, declara que para a prova indireta, circunstancial ou indiciária exigem-se “pluralidade de factos-base ou indícios; que tais indícios estejam acreditados por prova de carácter directo; que sejam periféricos do facto a provar ou interrelacionados com esse facto; racionalidade da inferência; expressão, na motivação de como chegou à inferência; não se admitir que a demonstração do facto indício que é a base da inferência seja também ele feito através de prova indiciária”.

Percebe-se que a prova indiciária decorre de uma racionalidade frequente e que deve ser aceite como normal a convicção de um tribunal encontrar-se “assente exclusivamente em prova indirecta (...) a força persuasiva das provas retirar-se-á no caso concreto” (Brito, 2013). Se estes critérios devem ser aplicáveis ao ponto da

discussão que levantámos, inicialmente, cabe refletir na senda de Andrade se “a intervenção dos controlos (formais ou não) neste domínio é também responsável pelos custos da vitimização, muitas vezes mesmo a sua causa decisiva” (p. 236). Ou seja, no ponto que nos interessa agora debater importa perceber como é que um enunciado de género pode ser endereçado na apreciação da prova sem que os controlos da prova indiciária contribuam para a fragilização da posição da vítima de violência doméstica, por um lado, e não incorram na violação do princípio *in dubio pro reo*.

Tem-se defendido que o testemunho único da vítima deve ser suportado pela corroboração de outras circunstâncias atinentes aos factos acusatórios (Ortiz, 2020) invocando-se que a *ratio* do processo penal não trata de resolver questões epistemológicas, mas de encontrar um meio seguro de apurar a verdade por forma a concluir-se se há lugar à punição ou não. Não acolhemos, na íntegra, esta posição. Desde logo, porque da argumentação jurídica analisada foram identificados vários tipos de enunciados empíricos (e outros) construídos a partir de estereótipos de género que condicionam todo o modo de valoração dos factos e, subsequentemente, podem conduzir a uma enviesada qualificação de factos. Neste aspeto a valoração, mesmo seguindo critérios de controlo, quando assistida de preconceções obliqua a convicção sobre a verdade dos factos. Daí que um dos pressupostos do enunciado de género quanto a premissas fácticas seja a erradicação de todo e qualquer juízo de valor sobre os papéis, tradicionalmente, atribuídos a mulheres e homens no contexto das suas relações íntimas. A valoração da vítima como sendo uma mulher com perfil frágil, vulnerável, economicamente dependente, que não se liberta de uma relação abusiva porque não quer, confronta com o perfil da mulher independente, instruída, provocatória que responde ao seu agressor. Como vimos nos argumentos analisados, aquela a merecer maior credibilidade do que esta. A credibilidade agregada aos factos por esta via de perfis distintos influencia o convencimento do julgador o que, potencialmente, afeta o apuramento da veracidade dos factos.

O enunciado de género pode ser um instrumento decisivo para aferir a credibilidade das declarações dos intervenientes processuais. Quer isto dizer que devemos baixar os critérios de controlo da prova indiciária nos casos em que o testemunho único é a vítima de violência? Significa que esses controlos devem seguir um critério de racionalidade lógica estabelecida por inferências que devem encontrar

suporte nas declarações da vítima e do acusado através de elementos sensíveis ao género.

A questão epistemológica não pode deixar de estar presente num enunciado de género. De facto, considerar essa visão numa argumentação jurídica exige que nas declarações prestadas pela vítima os critérios de racionalidade não sejam orientados por regras de experiência comum, transportadoras dos valores patriarcais. O conhecimento generalizado daquilo que se considera uma conduta apropriada da mulher face ao homem não pode constituir um juízo valorativo. Por exemplo, na decisão do caso 14 existe um argumento construído através da prova indiciária quando o tribunal demonstra que um conjunto de sms ofensivas e ameaçadoras só podiam ter sido enviadas pelo agressor. Ninguém testemunhou o envio das sms e, por isso, se alegava que a prova não era admissível. Porém, através da lógica racional o decisor veio a inferir que, realmente, só podia ter sido o arguido. Fê-lo com base num conjunto de factos provados pelo meio de prova direta (testemunhas) e com as regras de experiência comum declarando que quando “uma mulher casada ou a viver maritalmente aparece em público com nódoas negras nos olhos e pelo corpo, isso é sinal inequívoco de que anda a ser sovada pelo companheiro”. Mas o tribunal acrescenta, depois, que “é da mais elementar experiência da vida que se tais ferimentos resultarem antes de uma queda... a própria mulher vai explicar isso no meio social em que se move, porque nenhuma quer semelhante labéu para si e/ou para o seu companheiro”. É um juízo valorativo, sem dúvida, que presume a prática de um facto com base noutros factos, mas que é acompanhado pela perspetiva da experiência comum que da mulher é sempre esperada uma específica conduta de defesa ou explicativa no seu meio social. Ignora-se, por conseguinte, as complexidades com que as vítimas se confrontam no diálogo com todos os operadores judiciais. Naquilo que interessa reter exige-se, por conseguinte, que a prova indiciária estabeleça as inferências com uma razoabilidade desprovida de preconceitos e estereótipos.

Claro que não podemos deixar de refletir sobre as dificuldades provenientes da definição de um método formalista com a perspetiva de género. É que ao longo de um processo os agentes aí envolvidos vão ter contacto com diversos intervenientes: a polícia, o Ministério Público, os advogados, os funcionários judiciais, os juízes, sujeitos que carregam o seu próprio leque de convicções sociais e morais e que não deixam de

influenciar a visão genérica sobre um certo estado de coisas. Tal como ficou demonstrado por Pilar et all (2009) “Alguns profissionais utilizam os seus modelos de vida e crenças sobre o que deve ser uma relação de intimidade”. Além disso, nem todos atuam, é certo, com a visão sensível ao género. Neste caso, o que defendemos é que a fase de contacto com o julgador deve ser aquela em que o filtro do enunciado de género deve ser mais estreito, sem embargo de todas as medidas que possam ser adotadas na especialização de todos os profissionais do direito.

Nos casos de testemunho único da vítima de violência doméstica Ortiz (2020) questiona a legitimidade do testemunho não corroborado ser aceite para tecer a acusação contra o/a agressor/a. Acolhemos a posição de que os *estándares* de prova devem manter o seu nível de exigência, porquanto, ceder ao seu rebaixamento pode conduzir a erros judiciais que impliquem a condenação de inocentes. Refere Ortiz (2020) que “a perspectiva de género não permitiria evitar ou contornar os problemas epistemológicos e processuais colocados por testemunhos não corroborados uma vez que uma avaliação não estereotipada do testemunho permitira, no máximo, afirmar a coerência do relato da vítima numa perspectiva interna, mas não a sua fiabilidade...”. Este raciocínio aplica-se, nos mesmos termos, a testemunhos corroborados pois, como se começou por discutir no início deste ponto, a procura da verdade tem por trás uma dose de subjetividade que não é possível eliminar e, por conseguinte, o que procuramos aqui demonstrar é que o enunciado de género potencia uma maior probabilidade de verificação (ou não) dos factos. Tal como referem Pilar & all (2009) a recolha do testemunho da vítima de violência doméstica deve ser o mais detalhado possível.

De resto, depois de eliminados eventuais preconceitos e estereótipos da racionalidade das inferências estabelecidas, se persistir a dúvida no espírito do julgador deve ter lugar a absolvição do acusado por respeito ao princípio constitucional *in dubio pro reo*. Releva aqui o que declarou um Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 14 de julho de 2020 (processo n.º 11/17.7GFVNG.P1) onde se afirma que a presunção de inocência não possa ser afetada pelas presunções judiciais e que para determinar “a culpa do agente pela prática de um ilícito criminal seja particularmente sólida, bem fundamentada, não dando margem para o erro judicial” devendo verificar-se “uma conexão racional forte entre esses factos e o facto consequência”. Não obstante, isto não significa que as presunções violem o princípio da presunção de inocência. Este é que

constitui um limite daquele pois no caso de permanecer uma dúvida insuperável, sempre haverá lugar à absolvição.

Pois bem, o que merece esclarecimento é que, um enunciado de género, não implica, necessariamente, que se aliviem os critérios de controlo da prova indiciária. Ao contrário, implica um olhar analítico sob o ponto de vista da justificação interna e justificação externa. Segundo Atienza (1994) a primeira diz respeito à validade de uma inferência a partir das premissas dadas. No entendimento do mesmo autor, a justificação externa implica ir mais além podendo ser necessário apresentar razões que podem não ser decorrentes da lógica dedutiva. Uma presunção normativa, nos termos defendidos por Lagier (2020) pode constituir uma técnica de proteção do bem jurídico protegido pela disposição normativa na medida em que exigir estândares para a corroboração do testemunho único da vítima através de outros dados estabelece um nível de maior exigência do que se o julgador aceitasse, meramente, a sua declaração.

As exigências dos estândares da prova situam-se no campo da justificação interna onde devem considerados os relatos dos intervenientes processuais, atendendo à coerência e lógica da narrativa; a identificação das circunstâncias externas e plurais que possam justificar a presunção que se pretende estabelecer e a recolha de elementos externos que possam confirmar a versão dos factos (por exemplo, ouvir psicólogos ou outros peritos). Já na justificação externa há que considerar que o processo de valoração deve estar enformado por um certo grau de confirmação que deve assentar na verificação de requisitos específicos: a hipótese de não ser possível refutar o facto, um requisito de confirmação que advém da credibilidade aferida através do conhecimento disponível válido⁵⁹ e o requisito da hipótese mais provável (Abellán, 2014). Sob o ponto de vista da justificação interna encontram-se critérios de controlo que potenciam a eliminação do enviesamento de género. Sob o ponto de vista da justificação externa o delito violência doméstica encontra conexão com a proteção dos bens jurídicos que se pretendem salvaguardar (a saúde física e psíquica, o livre desenvolvimento da personalidade, a integridade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual) além de potenciar justificações que entendem este delito como uma violência de género atendendo ao facto que o grupo desproporcionalmente afetado é o das mulheres. A resposta passa por reconhecer que o significado coletivo do drama da violência

doméstico no sistema jurídico-penal e não o tratar como se fosse um delito menor (Pilar et al, 2009).

Outra reflexão que nos propusemos fazer, no início deste ponto, diz respeito à qualificação dos factos como condutas típicas do crime de violência doméstica à luz da técnica da presunção. Recordar que o problema daqui resultante sobressai dos casos que consideraram agressões “menores” como enquadráveis em outras disposições penais (crime contra a integridade física simples, injúrias, ameaça, etc.) e ao fazê-lo frustram todo um elenco de direitos das vítimas, surgindo, desde logo, a impossibilidade de obter o estatuto de vítima, além de se decidirem molduras penais muito menos gravosas. Relembramos, também, que o relatório do GREVIO apelou às autoridades portuguesas para uma maior consciência sobre as implicações que a falta de uma perspectiva de género, aos casos de violência doméstica, pode provocar na comunidade quanto a sentimentos de impunidade e processos de vitimização secundária.

Na qualificação dos factos já nos encontramos perante o catálogo dos factos provados quer tenham sido produzidos pela prova direta quer pela prova indiciária. Relevam para a qualificação das situações provadas os argumentos construídos a partir da qualificação e interpretação das premissas fácticas e das premissas normativas. Para a análise dos critérios de valoração, na qualificação dos factos, vamos considerar a técnica da presunção distinguindo-a daquilo que são indícios, em virtude de estarmos aqui a tratar da qualificação de factos e não já de apreciar a sua veracidade. Nesta medida, são diferentes níveis de análise. Tal como argumenta Ferreira (1970, p. 333) as presunções “não são um instrumento lógico de apreciação da prova pelo julgador (...) A lei, através das presunções, faz surgir um equivalente do facto presumido. Não age, por isso, sobre o mecanismo das provas, mas sobre o objeto das provas. O facto, base de presunção, torna-se equivalente legal do facto presumido”.

A presunção encontra-se ligada ao objeto da prova enquanto que os indícios se encontram no campo probatório. Albuquerque refere que o objeto da prova é “o facto juridicamente relevante” o que abrange “apurar a existência do crime e a punibilidade do arguido e determinar as consequências do crime” (p. 329-330). Quer a presunção quer os indícios demandam inferências lógicas que obedecem ao critério de valoração. No caso da presunção é curial refletir em que medida é adequado presumir a qualificação de um facto como maus-tratos (físico ou psíquico ou físico) e subsumi-lo ao

crime de violência doméstica, analisando dois aspetos importantes: atentos à finalidade da norma os maus tratos não podem ter subjacente a ideia de agressões “leves” ou “menores” e assumindo-se a presunção de maus tratos esta teria sempre uma natureza *juristantum* podendo ceder perante provas que repudiassem aquela natureza.

Pois bem, a fundamentação que acabámos de enunciar permite avocar para a qualificação dos factos típicos o mesmo tipo de racional lógico, aplicando-se o critério da presunção. Dado o significado teleológico da norma ínsita no crime de violência doméstica parece-nos que todas e quaisquer ofensas “menores”, nesse contexto, devem ser presumidas como factos típicos da violência doméstica. Trata-se, neste aspeto, de presumir que determinada conduta (ou condutas) praticada nas circunstâncias específicas de uma relação íntima, presente ou pretérita, pode integrar a tipicidade da violência doméstica. A qualificação do facto acaba por ser uma premissa na qual se constata, através da presunção que os diversos enunciados indiciam uma perceção que conduz a uma conclusão presumida. Naturalmente que a tarefa presuntiva não pode deixar de seguir as exigências dos *estándares* da prova. Neste sentido Ferrer adverte que se devem atender as seguintes condições: (i) a hipótese deve ser capaz de explicar os dados disponíveis e prever novos factos que, por sua vez, têm que ser corroborados; (ii) devem ter-se refutado todas as hipóteses sobre os mesmos dados que sejam compatíveis com a inocência.

À presunção de factos tidos como maus-tratos no crime de violência doméstica não deixam de ser aplicáveis os critérios valorativos sobre a justificação interna e externa. No primeiro plano são os factos que se consideram, plenamente, provados que servem de base à inferência lógica. De considerar, igualmente, factos periféricos aos quais possa ser atribuída uma valoração e, finalmente, que seja evidente a racionalidade da inferência demonstrando como se chega à conclusão sobre a qualificação do facto. Os juízos de inferência devem ser capazes de mostrar razoabilidade de forma que não possam ser considerados como arbitrários ou com uma fundamentação deficiente.

Ao nível da justificação externa haveria que considerar o efeito atribuído à qualificação dos factos típicos. É que, tal como já foi referido, qualificar uma conduta como maltrato produz um efeito diferente daquele que é qualificá-la como injúria, ameaça ou ofensa à integridade física. Para sustentar esta visão olhemos para um argumento usado por um famoso caso do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos – o

caso *Osman v. Reino Unido* (87/1997/871/1083). Vamos, apenas, reportar-nos ao argumento construído sobre a omissão do Estado na proteção do direito à vida.

Neste caso o Tribunal reconheceu que o direito à vida, previsto no artigo 2.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos exige que o Estado adote medidas preventivas de modo que a vida de alguém não seja exposta a atos criminosos. No entanto, na sociedade contemporânea não é possível aos órgãos de polícia criminal assegurar a proteção de todo e qualquer indivíduo face aos potenciais criminosos. Deste modo, o Tribunal introduziu um critério de qualificação da responsabilidade do Estado entendendo que para tal é necessário a existência de um risco real, direto e imediato que constitui uma ameaça à vida do indivíduo e, por isso, exige do Estado a adoção de medidas razoáveis para o proteger. Nesta medida, decide que a verificação desse risco deve operar através da confirmação que as autoridades públicas falharam na adoção de medidas protetoras e deve ficar estabelecido que existe um nexo causal entre a omissão dessas autoridades e a ação que devia ter sido adotada para evitar o risco e assegurar a proteção do direito à vida.

Já num outro processo, aqui discutido, e decidido pelo mesmo tribunal (*Valiulienė v. Lithuania*, 2013, case 33231/07), o Juiz Paulo Pinto de Albuquerque defendeu que as chamadas ofensas “leves” não podem deixar de ser consideradas como condutas típicas do crime enumerando ações como a violência verbal, as injúrias ou as ameaças tendo em conta que desconsiderá-las constitui um desvirtuamento da finalidade da violência doméstica dado que são praticadas no contexto específico de uma relação afetiva, pretérita ou presente, o que é sempre de censurar. Este acórdão evidenciou uma interpretação dos factos sensível ao género ao determinar que mesmo as ofensas leves constituem uma ofensa à dignidade da pessoa humana e configuram um tratamento cruel e degradante. Acrescente-se que o mesmo Juiz introduziu na sua declaração de voto um entendimento diferente daquele que havia sido elencado no Caso *Osman*. É que a omissão do Estado é sempre causa de responsabilidade quando se verifica um perigo real para a vítima. Nesta visão é clara a justificação de natureza externa fazendo o apelo à consciência coletiva da gravidade de ações violentas (sejam leves ou graves) em contexto de violência doméstica.

Pois bem, os critérios de presunção das condutas típicas, no momento da sua qualificação, devem atender a este dever imperativo de agir na tutela e proteção de

bens jurídicos fundamentais da vítima, apelando ao órgão judiciário que a sua argumentação, sob a lógica racional, seja sensível às questões de gênero. Neste particular, a presunção ganha relevância como técnica que possibilita qualificar condutas violentas, no seio das relações íntimas, como violência doméstica atendendo ao critério de perigo real para a vítima tendo que ficar fundamentada a visão de que caso assim não seja poderão verificar-se implicações imprevisíveis na esfera da mesma.

Conclusões

O estudo desta investigação teve o objetivo de propor uma metodologia de argumentação das decisões judiciais através da formulação de um enunciado de gênero como instrumento justificativo do processo decisório. Para isso foram considerados casos de violência doméstica nas relações de intimidade. A delimitação do campo de estudo teve em consideração que esta forma de violência continua a afetar, de forma desproporcional as mulheres.

Os resultados obtidos através da análise das sentenças possibilitaram a formulação de vários raciocínios que conduziram à sustentação do enunciado de gênero na última parte da tese, daqui resultando o ponto inovador do estudo, que realça a metodologia da justificação da sentença através da construção indispensável do referido enunciado, enquadrado numa perspetiva pós-positivista do direito e salientando a sua importância como um instrumento promotor da igualdade e justiça social. Em função destas asserções podemos avançar com algumas conclusões.

A problematização do campo de estudo foi definida a partir da relação estabelecida entre o quadro legislativo da violência doméstica e a aplicação das disposições normativas, em concreto, o artigo 152.º, do código penal. Dadas as expectativas criadas entre o corpo normativo e a sua aplicação emergiram questões sobre o modo como as sentenças frustram as expectativas de justiça em relação às vítimas de violência doméstica. Para dar resposta a este questionamento foi escolhido o referencial teórico da argumentação jurídica, que resulta de uma prática onde se confrontam elementos de justificação das sentenças, construídos através de uma racionalidade lógica que procura dar resposta ao conflito e concretizar a justiça. Era, portanto, necessário estabelecer a relevância desta área da filosofia do direito para o estudo da aplicação da lei quanto às situações de violência doméstica.

As chamadas teorias da argumentação jurídica foram discutidas segundo a ótica dos precursores das teorias da argumentação e das *teorias standard*. A arte de construir argumentos foi sedimentada através de um conjunto de regras e procedimentos, proposto por estas teorias, mas que se revelavam insuficiências para a análise

aprofundada que se pretendia realizar no campo da justificação das decisões judiciais. Os contributos de cada um dos precursores das teorias da argumentação são inquestionáveis, mas, de algum modo, carecem de uma abordagem sobre o desenrolar do processo argumentativo. Se a Tópica de Viehweg foi importante para ultrapassar o dogma da metodologia subsuntiva do positivismo, acentuando o profundo carácter dialético dos operadores da justiça, acaba por ser limitativa quanto à análise de aspetos substantivos. Já a retórica de Perelman que apela ao sentido de persuasão do auditório carece de uma abordagem ao processo decisório do juiz que decide perante todos os elementos que lhe são apresentados, num caminho mais solitário e através de um procedimento mental que a retórica não é capaz de explicar. Toulmin dá o contributo da representação esquemática de modo a justificar o encadeamento que pode ser delimitado entre premissas e conclusões. A ênfase é colocada nos argumentos que devem constituir boas razões para a justificação. Com MacCormick e Alexy assistimos a avocação dos princípios e dos valores como fundamentais do sistema jurídico e, por isso, entendidos como elementos da argumentação jurídica. O debate ganha particular dinâmica com os procedimentos que defendem ser aplicáveis aos casos fáceis e casos difíceis. Nesta última situação defendendo que o direito deve ser capaz de dar uma resposta que se deve basear na universalidade e na coerência do sistema jurídico.

Para o que releva na análise às decisões judiciais sobre a violência doméstica constatámos que as teorias apresentadas eram limitadoras na medida em que mostravam lacunas de abordagem a aspetos preponderantes no processo decisório como as questões formais e materiais. Neste sentido Atienza propõe um modelo de argumentação jurídica em que estabelece os procedimentos de análise da sentença através da perspectiva formal, material e pragmática. Considerámos que este marco teórico seria o mais indicado para a análise das sentenças porque potencia a formulação esquemática, sob um modo casuístico e, em simultâneo, permite evidenciar quais são os padrões argumentativos que daí emergem.

A abordagem formal, material e pragmática às sentenças permite conhecer todo um conjunto de elementos, revestidos de enorme complexidade, através dos quais se expõem razões conducentes à decisão final. Para tal, segue uma metodologia de identificação de premissas fácticas e premissas normativas desembocando numa

conclusão que se espera adequada segundo as disposições legais. Ao decisor cabe avaliar as várias posições do conflito lançando olhar sobre a reconstrução de factos e respetiva identificação das consequências jurídicas derivadas da atuação de cada uma das partes do conflito. Nesta medida, lança mão de todo um conjunto de proposições justificativas que passam pela enumeração de enunciados normativos, jurisprudenciais, valorativos, empíricos, interpretativos, estes suscetíveis de análise sob um ponto de vista formal, material e pragmático.

O modelo da análise argumentativa de Atienza possibilitou algumas conclusões: primeiro, foi possível detetar o elevado grau de formalismo das sentenças que vão estabelecendo um encadeamento de inferências lógico dedutivas, numa ótica puramente positivista; segundo, o modelo esquemático permite evidenciar, com maior clareza, os problemas argumentativos, sob um ponto de vista material. Por outro lado, conclui-se que a abordagem pragmática perde relevo durante o encadeamento das premissas fácticas e normativas pois estamos num nível de decisão em que cabe ao/à juiz/juíza o solitário processo de convicção da sua decisão. Não obstante, sempre defendemos que a tese desenvolvida durante o processo argumentativo pretende, de algum modo, convencer o “seu público” que a decisão é a mais adequada e justa. O resultado da análise esquemática possibilitou refletir que um conjunto de justificações, meramente formais, não admitem a formulação de um enunciado, do tipo valorativo, como é o género. Portanto, é um tipo de argumentação inábil para resolver questões de desigualdade estrutural entre mulheres e homens. Por outro lado, a argumentação, do tipo material, evidencia as problemáticas de justificação da sentença e potenciam elencar elementos favoráveis à construção do enunciado de género.

Tendo por base esta conceção de modelo argumentativo, de natureza material, concluiu-se pela identificação de dificuldades e paradoxos resultantes da aplicação da lei aos casos de violência doméstica. O bem jurídico apresenta entendimentos flutuantes que variam entre uma interpretação mais restrita ou mais lata dos bens protegidos, mas assente num comum entendimento de que se trata de um bem jurídico de natureza complexa porque agrega um conjunto de condutas maltratantes e ofensivas da dignidade humana. As razões que são invocadas, relativamente ao bem jurídico, usam do argumento da dignidade humana para a densificação daquilo que deve ser o

leque de bens jurídicos protegidos na disposição penal. Entendemos que a dignidade humana potencia a construção do enunciado de gênero quando consideramos o entendimento que lhe é conferido pelo Tribunal Constitucional. Na linha das teorias da argumentação jurídica os princípios são, também, instrumentos que auxiliam na construção da justificação da sentença porque elementos de comando na otimização de todo o sistema jurídico. Assim é no caso da violência doméstica. Concluimos, pelo debate apresentado, que a dignidade humana serve de elemento densificador de direitos conflituantes, embora a sua abordagem justificativa seja feita no âmbito do bem jurídico protegido. A nosso ver deve ser repensada a abordagem, de natureza retórica, quanto ao princípio da dignidade humana e corolários que daí derivam, ou seja, o livre desenvolvimento da personalidade, a integridade física e psíquica e a autonomia da liberdade sexual. Não há dúvida que a disposição penal da violência doméstica integra a proteção de múltiplos bens jurídicos protegidos cuja delimitação opera ao nível daqueles princípios constitucionais. Quer dizer que a racionalidade judiciária não pode deixar de considerar que quando existe uma agressão entre indivíduos, unidos por uma relação íntima, verifica-se a violação de princípios fundamentais da vítima. Então que relevância têm estes princípios no âmbito do enunciado de gênero que defendemos? São instrumentos densificadores dos direitos em conflito. No caso, por exemplo, das penas suspensas na sua execução podem confrontar-se os direitos da vítima e os do condenado, na medida em que a execução suspensa permite a este manter a sua liberdade (podendo ou não ser condicionada por penas acessórias) o que, potencialmente, envolverá um risco iminente para a vítima e, por conseguinte, um risco aos seus direitos fundamentais. Daqui se infere que a argumentação jurídica deve usar os valores axiológicos subjacentes ao sistema punitivo da violência doméstica.

Um outro conjunto de complexidades do processo argumentativo resulta da utilização de razões estereotipadas, identificadas no campo dos enunciados empíricos. As ilações que o decisor determina revelam convicções sobre uma postura ideal de vítima e um perfil padrão de agressor/a atribuindo papéis específicos aos sujeitos em litígio. A percepção da conflitualidade mútua ou da reciprocidade de condutas opera, igualmente, como elemento justificativo que isenta ou diminui a culpa do agente agressor. Outra dimensão padronizada pelo estereótipo diz respeito à credibilidade da

vítima e das testemunhas, com a utilização do critério das regras de experiência comum a funcionar como elemento de um sistema institucional que ainda reflete os valores patriarcais.

As questões materiais sobre o concurso de crimes entre a violência doméstica e outras infrações penais permitiu demonstrar os paradoxos da aplicação da lei e o esvaziamento do preenchimento de condutas típicas de maus-tratos. Pensamos que, a este nível, a argumentação esgrime um conjunto de razões justificativas que ficam presas ao elemento literal da disposição penal. No que concerne à relação de especialidade com outro tipo de delitos não subsistem grandes dúvidas jurisprudenciais ou doutrinárias sobre o concurso aparente, prevalecendo o preenchimento da violência doméstica. Ainda assim, daqui sempre pode surgir a complexidade argumentativa quanto à qualificação da conduta que, quando avaliada segundo o critério da intensidade e a efetiva ofensa à dignidade humana da vítima, pode conduzir ao preenchimento de agressões “mais leves”, ou seja, o decisor opta por deixar cair a violência doméstica. Já no que concerne à relação de subsidiariedade a figura da violência doméstica perde para as infrações punidas com penas mais graves. De facto, o a previsão da norma determina que a violência doméstica é preenchida se pena mais grave não for aplicável às condutas maltratantes. O problema que esta expressão fez surgir diz respeito à aplicação estrita do elemento literal que, em muitos casos, ao considerar o concurso aparente, faz desaparecer a figura da violência doméstica e com ela as considerações justificativas que aportam elementos importantes sobre maus-tratos no âmbito deste delito. Ou seja, descarta-se o elemento teleológico da norma e opera-se num sentido estritamente formal. Ressalva-se, no entanto, que existem decisões entendedoras da prevalência do concurso real utilizando uma razão justificativa que é sedimentada através da autonomização das condutas enquadráveis na violência doméstica.

No campo da apreciação da prova conclui-se que as decisões judiciais analisadas colocam a ênfase numa valoração que é realizada através das regras de experiência comum. Claro, que nos podemos questionar o que é isto de regras de experiência comum numa sociedade construída com os valores patriarcais. Este enquadramento não deixa de ser influente na formação da convicção do julgador. Porém, sempre é

possível identificar os critérios associados à aplicação daquelas regras e que se baseiam, essencialmente, na prova que é carregada para o processo e a partir da qual é possível a formulação de inferências e *standards* mínimos que permitem conduzir à convicção de uma verdade possível. A este são levantados problemas da credibilidade da vítima e da reciprocidade de condutas. Os elementos de justificação acabam por configurar a vítima credível através de um comportamento “ideal” que seja capaz de demonstrar que o relato é coerente, seguro, lógico e não sofre de contradições.

Outra conclusão refere-se aos elementos justificativos das condenações com pena de prisão suspensa. O crime de violência doméstica encontra-se sistematizado como pertencente ao tipo de criminalidade violenta. Porém, as elevadas taxas de condenação apontam para as penas suspensas na sua execução o que indicia uma desconsideração pelas questões de género subjacentes ao contexto da violência doméstica. A justificação das decisões judiciais baseia-se, fundamentalmente, no que vem consignado na lei acerca da personalidade do agente e da sua predisposição para reconhecer a sua conduta ilícita assumindo que não pretende voltar a reiterá-la. A política criminal assume um discurso voltado para a ressocialização do agente e proteção da vítima, mas descarta o equilíbrio que deve resultar na ponderação entre os direitos de um e de outro. A expectativa da comunidade quanto à compensação do bem jurídico violado não resulta, somente, da sua tutela, mas implica que aquela comunidade encontre segurança jurídica na prática judiciária. Esta asserção implica afirmar que uma pena suspensa não pode constituir um perigo real ou iminente para a vítima.

As últimas conclusões destinam-se à justificação da proposta do enunciado de género enquanto proposição justificativa da decisão judicial nos casos da violência doméstica. Defendemos que o enunciado de género deriva do ato da interpretação das premissas fácticas e normativas, sendo estas os pressupostos de aplicação daquela proposição justificativa. A lente de género, em nada afeta a racionalidade da decisão judicial. Pelo contrário, apela ao aspeto valorativo de elementos empíricos e normativos que têm em linha de conta as assimetrias e as desigualdades sistémicas que se verificam entre homens e mulheres, ao nível das relações íntimas. O enunciado de género é um ato de interpretação, qualificação e determinação sobre a forma como o direito é

aplicado nos contextos estruturais da violência íntima. Esse racional – que também é lógico e indutivo – não pode deixar de considerar mulher e homem como sujeitos diferenciados por construções históricas e culturais onde se encontram enraizadas estruturas de poder que convencionaram a subordinação da mulher ao homem. A prática judiciária deve ser capaz de interpretar as premissas factuais e normativas de acordo com o valor sistemático e axiológico que subjaz ao discurso legislativo. Advogamos que o enunciado de género como elemento justificativo das sentenças judiciais nos casos de violência doméstica resolve os problemas que evidenciámos a partir da análise esquemática e sequencial dos argumentos. Parece-nos ser de defender que esta perspetiva sobre o enunciado de género é um elemento densificador de novas linhas de investigação no campo da violência doméstica, designadamente, para as situações em que os homens são, também, vítimas de condutas maltratantes. Fica, portanto, em aberto esta vertente da linha de investigação.

Por agora, terminamos com um autor com que iniciámos a introdução desta investigação. Nas palavras de Oliver Wendell Holmes “não podemos todos ser Descartes ou Kant mas todos queremos felicidade... os aspetos mais remotos e gerais do direito são aqueles que lhe conferem interesse universal”. A dimensão do género pode constituir um instrumento libertador da tecnicidade formalista da aplicação do direito permitindo-nos considerar os aspetos valorativos da trágica realidade que é a violência doméstica nas relações íntimas. Com esta tese não pretendemos alinhar em mais um discurso mainstream e refutamos a imputação de uma ideologia populista. Com esta investigação pretendemos contribuir para um movimento de cultura jurídica capaz de endereçar os problemas de discriminação das mulheres e tratar com justiça as situações de violência de que são vítimas.

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 15/11/2017, n.º 725/2017

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 26/04/2017, n.º 196/2017

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 03/10/2017, n.º 605/2017

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 28/06/2017, n.º 347/2017

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 13/02/2017, n.º 54/2017

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 07/06/2016, n.º 349/2016

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 28/10/2015, n.º 555/2015

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 09/12/2015, n.º 637/2015

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 02/12/2014, n.º 805/2014

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 25/09/2012, n.º 415/2012

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 23/10/2012, n.º 474/12

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 08/04/2010, n.º 121/2010

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12/03/2009, n.º 09P0236

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 03/03/2009, n.º 101/2009

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 29/07/1998, n.º 526/98

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 06/05/1998, n.º 128/98

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 29/03/1990, n.º 90-105-2

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 12/05/1984, n.º 84-016-2

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27/11/2019, processo n.º 86/18.1GBTCS.C1.S1

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30/10/2019, processo n.º 39/16.4TRGMR.S2

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20/04/2017, processo n.º 2263/15.8JAPRT.P1.S1

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 03/03/2016, processo n.º 768/10.6SMPRT.P1.A.S1

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 09/07/2014, processo n.º 114.137JAPDLS.S1

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23/06/2010, processo n.º 125/15.8PHSNT.S1

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6/10/2010, processo n.º 936/08.JAPRT

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 05/04/2006, processo n.º 06P468

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30/10/2003, processo n.º 3252/03

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 08/01/1997, processo n.º 934/96

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13/11/1997, processo n.º 844/97

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 05/02/2020, processo n.º 71/16.8GGCBR.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 12/04/2018, processo n.º 3/17.6GCIDN.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 10/01/2018, processo n.º 1641/16.0T9VIS.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 22/11/2017, processo n.º 1176/16.0PBCBR.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 06/06/2017, processo n.º 34/16.3T8FIG-A.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 28/01/2015, processo n.º 511/13.8TACUL.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 02/10/2013, processo n.º 32/13.9GBLSA.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 16/01/2013, processo n.º 486/08.5GAPMS.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 24/04/2012, processo n.º 632/10.9PBVAR.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 9/05/2012, processo n.º 347/10.8PATNC.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 21/03/2012, processo n.º 460/10.1JALRA.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 17/11/2010, processo n.º 638/09.0PBFIG.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 28/04/2010, processo n.º 13/07.1GACTB.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 10/03/2010, processo n.º 1452/09.9PCCBR.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 12/05/2010, processo n.º 1290/12.1PAVR.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 21/01/2009, processo n.º 525/06.4GCLRa.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 01/04/2019, processo n.º 155/18.8T8BJA-E.E1

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 22/03/2018, processo n.º 297/15.1T8TM-C.E1

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 19/05/2015, processo n.º 1154/12.9GBLLE

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 29/01/2014, processo n.º 1290/12.1PBAVR.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 01/10/2013, processo n.º 258/11.0GAOLH.E1

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 08/01/2013, processo n.º 113/10.0TAVVC.E1

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 12/05/2010, processo n.º 258/08.7GDLRA.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 9/10/2017, processo n.º 83/14.6GAMCD.G1

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 08/05/2017, processo n.º 669/16.4JABRG.G1

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 06/02/2017, processo n.º 201/16.06GBBCL.G1

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 02/11/2015, processo n.º 77/14.1TAAVV.G1

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 03/03/2014, processo n.º 1396/12.7GBBCL.G1

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 21/10/2013, processo n.º 353/11.5GDGMR.G1

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 10/09/2012, processo n.º 1011/11.6GBBCL-G1

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 17/05/2010, processo n.º 1379/07.9PBGMR.G1

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 15/10/2008, processo n.º 639/08.6GBFLG.G1

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13/01/2021, processo n.º 116/20.7 PFLRS.L1-3

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 21/10/2020, processo n.º 689/19.7PCRGR.L1-3

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 07/02/2019, processo n.º 98/18.5PLSNT.L1-9

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 21/02/2018, processo n.º 1119/16.1PTLSB.L1-3

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12/04/2018, processo n.º 670/16.8T8AMD.L1-2

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 10/05/2018, processo n.º 2208/17.0T8CSC-A.L1

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11/09/2018, processo n.º 537/1537PBPDL.L1-5

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16/03/2017, processo n.º 1585/165T8SXL-B.L1

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22/11/2017, processo n.º 1139/16.6S6LSB.L1-3

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

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 31/05/2016, processo n.º 249/14.9PAPTS.L1-5

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 08/04/2015, processo n.º 2866/12.2T3SNT.L1-3

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16/09/2015, processo n.º 279/14.0PLSNT.L1-3

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16/09/2015, processo n.º 279/14.0PLSNT.L1-3

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 23/04/2015, processo n.º 469/13.3PBAMD.L1-9

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15/01/2013, processo n.º 1354/10.6TDLSB.L-5

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13/04/2011, processo n.º 250/066PCLRS.L1-3

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 02/03/2011, processo n.º 938/08.7PCCSS.L1-3

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 04/10/2010, processo n.º 311/15.0JAPDL.L1-5

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 07/12/2010, processo n.º 224/05.4GCTVD.L1.5

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 27/02/2008, processo n.º 1702/2008-3

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 06/06/2001, processo n.º 34263

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 16/03/2022, processo n.º 1052/20.2GBVNG.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 16/03/2022, processo n.º 613/20.4PDVNG.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 02/02/2022, processo n.º 927/20.3KRPR.T.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13/01/2021, processo n.º 799/18.8 GBPN.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 14/07/2020, processo n.º 11/17.7GFVNG.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 16/12/2020, processo n.º 829/18.3 GBAMT.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 09/05/2018, processo n.º 40/17.0GCOAZ.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 15/11/2018, processo n.º 2879/17.8T8PRT.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13/06/2018, processo n.º 189/17.0GCOVR.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 14/06/2017, processo n.º 16/16.5GAAGD.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13/09/2017, processo n.º 1230/14.3PJPR.T.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 27/09/2017, processo n.º 1342/16.9JAPRT

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 27/09/2017, processo n.º 1985/08.4TBVNG.3P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 16/06/2017, processo n.º 16/16.5GAAGD.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 11/10/2017, processo n.º 355/15.2 GAFL.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 07/07/2016, processo n.º 18/15.9GAPRD.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 27/01/2016, processo n.º 288/15.2PIPRT.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 11/03/2015, processo n.º 91/14.7PCMTS.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10/09/ 2014, processo n.º 1295/13.5PIPRT.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 22/01/2014, processo n.º 156/11.7GARSD.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10/09/2014, processo n.º 648/12.0PIVNG.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10/07/2013, processo n.º 413/11.2GBAMT.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 06/06/2013, processo n.º 2167/10.0PAVNG.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 29/02/2012, processo n.º 368/09.3PQPRT.P1

Case Opuz v. Turkey, 33401/02, Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, de 9 de junho de 2009

Case Osman v. The United Kingdom, 87/1997/871/1083, Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, de 28 de outubro de 1998.

Case MacPherson v. Buick Motor, Co, 217 NY 382, Court of Appeals of New York, de 14 de março de 1916

Case Riggs v. Palmer, 115 NY 5 06, Court of Appeals of New York, de 8 de outubro de 1889

Case Valiulienè v. Lithuania, 333234/07, Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, de 26 de março de 2013

Sentencia del Tribunal Supremo de España, STS 892/2021, de 18 de novembro de 2021

Bibliografia

- Abellán, M. G. (2014). Estándares de prueba y motivación. Em M. G. Avellán, *Argumentación jurídica* (pp. 427-455). Tirant lo Blanch.
- Alarcão, M. (2000). *(Des) Equilíbrios Familiares*. Quarteto.
- Albertín, P., Cubells, J., & Casalmiglia, A. (2009). Algunas propuestas psicosociales para abordar el tratamiento de la violencia hacia las mujeres en los contextos jurídico-penales. *Anuario de Psicología Jurídica*, 111-123.
- Albuquerque, P. P. (2009). *Comentário ao Código Penal*. Coimbra Editora.
- Albuquerque, P. P. (2011). *Comentários do código de processo penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. (4 ed.). Universidade Católica.
- Albuquerque, P. P. (2015). *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3ª edição. Universidade Católica Editora.
- Albuquerque, P. P. (2015). *Comentário do Código Penal à luz da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3ª edição. Universidade Católica Editora.
- Alexy, R. (1992). A Discourse-Theoretical conception of practical reason. *Ratio Juris*. Volume 5 (3), pp. 231-251.
- Alexy, R. (1992a). Rights, legal reasoning and rational discourse. *Ratio Juris*. Volume 5 (2), pp. 143-152.
- Alexy, R. (2001). *Teoria da argumentação jurídica*. Z. H. Silva (Trad.) Landy Editora.
- Alexy, R. (2008). *Teoria dos direitos fundamentais*. V. A. Silva (Trad.) Malheiros Editores. Obtido em 07 de 01 de 2022, de <http://noosfero.ucsal.br/articles/0010/3657/alexey-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf>
- Alexy, R. (2012). *Interpretação teleológica e vinculação à lei*. M. B. Bastos (Trad.) Coimbra Editora.
- Almeida, J., & Dias, J. P. (2010). Efectividade da independência e/ou autonomia do poder judicial em Portugal: reflexões sobre as condições externas e internas. *Julgar*, pp. 77-101.
- Amâncio, L. (2003). O género no discurso das ciências sociais. *Análise Social*. 38 (168), 687-714.
- Amaral, M. L. (s.d.). O princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência constitucional. Em *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário* (pp. 945-964). Obtido de <https://blook.pt/publications/publication/be26ab54ffd8/>
- Andrade, M. D. (1980). A vítima e o problema criminal. *Separata de Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (21), 236.
- Aristóteles. (1991). *Ética a Nicômaco*. E. d. Souza (Trad.) Nova Cultural.
- Aristóteles. (2018). *Retórica* (5ª edição ed.). Imprensa Nacional Casa da Moeda.

- Associação Portuguesa de Mulheres Juristas. (2001). Do crime de maus tratos. *Cadernos Hipátia* (1), 9-10.
- Atienza, M. (1989). Sociología jurídica y ciencia de la legislación. Em R. Bergalli, *El derecho y sus realidades: investigación y enseñanza de la sociología jurídica* (pp. 41-70). Promociones y Publicaciones Universitarias da la Sociología Jurídica.
- Atienza, M. (1994). Las razones del derecho. Sobre justificación de las decisiones judiciales. *Revista de teoría y filosofía del derecho*(1), 64.
- Atienza, M. (Octubre de 1994). Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales. *Isonomia: revista de teoría y filosofía del derecho*(1), 51-69.
- Atienza, M. (1999). El derecho como argumentación. *ISEGORÍA* 21, pp. 37-47.
- Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Atienza, M. (2006). *El derecho como argumentación*. Ariel.
- Atienza, M. (2009). *Como analizar una argumentación jurídica*. Cevallos Editora Jurídica.
- Atienza, M. (2011). Cómo evaluar las argumentaciones judiciales - Notas y discusión. *Dianóia*, 113-134.
- Atienza, M. (2013). *Curso de Argumentación Jurídica*. Editorial Trotta.
- Atienza, M. (2014). *O direito como argumentação*. Escolar Editora.
- Atienza, M. (2011). Discusiones y notas. Cómo evaluar las argumentaciones judiciales. *Diánoia*, pp. 113-164.
- Atienza, M., & Manero, J. R. (2001). La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica. *Doxa*(24), 118-130.
- Atienza, M., & Manero, J. R. (2004). *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos* (2ª Edición actualizada). Ariel Derecho.
- Bailey, K. D. (2010). Criminal law. Lost in translation: domestic violence, "the personal is political", and the criminal justice system. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 100(4), 1255-1301.
- Barreno, M. I. (1985). *O Falso Neutro*. Instituto de Estudos para o Desenvolvimento.
- Bartlett, K. (1994). Gender Law. *Duke Journal of Gender Law & Policy*, 1(1), 1-20.
- Bartlett, K. T. (1990). Feminist Legal Methods. *Harvard Law Review*, 103 (4), 829-888.
- Beleza, T. (1989). Maus tratos conjugais: artigo 153.º, n.º 3, do Código Penal. Materiais para o estudo da parte especial do Direito Penal. *Estudos monográficos*. 1, 57-60.
- Beleza, T. (1990). *Mulheres, Direito e crime ou a perplexidade de Cassandra*. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.
- Beleza, T. (2008). Violência doméstica. *Revista CEJ. Especial*.
- Beleza, T. (2013). A violência doméstica e as desigualdades de género no direito penal português. *Dossier Violência Doméstica*, pp. 8-10.

- Beleza, T. (2021). Violência doméstica. Em R. Cardoso, H. Susano, A. Y. Oliveira, J. Quaresma, P. Agostinho, & C. Figueiredo, *Violência doméstica e violência na intimidade* (pp. 11-18). Centro de Estudos Judiciários.
- Beleza, T. P. (2002). Antígona no reino de Creonte. O impacto dos estudos feministas no direito. *Ex aequo*, 6, pp. 77-89.
- Beleza, T. P. (2004). Anjos e monstros - a construção das relações de género no direito penal. *Ex aequo*. N. 10, pp. 29-40.
- Beleza, T. P. (2010). *Direito das Mulheres e da Igualdade Social: A Constituição Jurídica das Relações de Género*. Almedina.
- Beltrán, J. F. (2005). *Prueba y verdad en el derecho* (2ª edição ed.). Madrid: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- Beltrán, J. F. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Bentham, J. (1962). An Introductory view of the Rationale of Evidence. For the use of Non-Lawyers as well as Lawyers. Em J. Bowring, *The works of Jeremy Bentham 1838-1843*. Vol. VI (p. p. 583). Russel & Russel - Inc.
- Borella, F. (1999). Le concept de dignité de la personne humaine. Em P. Pedrot, *Ethique droit et dignité de la personae*. Economica.
- Brandão, N. (2010). A tutela especial reforçada da violência doméstica. *Julgar*. N.º 12.(especial). pp. 9-24.
- Bravo, J. R. (2005). A atuação do Ministério Público no âmbito da violência doméstica. *Revista do Ministério Público*, pp. 45-78.
- Brito, A. M. (2013). *Livre apreciação da prova e prova indirecta*. Obtido de [www.tre.mj.pt: http://www.tre.mj.pt/docs/ESTUDOS%20-%20MAT%20CRIMINAL/Livre_Aprec_Prova%20e%20Prova_Indirecta.pdf](http://www.tre.mj.pt/docs/ESTUDOS%20-%20MAT%20CRIMINAL/Livre_Aprec_Prova%20e%20Prova_Indirecta.pdf)
- Brito, A. M. (2014). O crime de violência doméstica: notas sobre a prática judiciária. (pp 1-17). Procuradoria Geral da República.
- Bronze, F. J. (2019). *Lições de Introdução ao Direito* (3ª ed.). Gestlegal.
- Butler, J. (1990). *Gender trouble: feminism and the subversion of identity*. Routledge.
- Cabral, J. A. (2020). Prova directa e indirecta. Em M. H. Susano, *Da prova indirecta ou por indícios*. (pp 13-24). Centro de Estudos Judiciários.
- Cabral, S. (2019). Prova directa e indirecta. Em R. Cardoso, H. Susano, J. Quaresma, A. A. Oliveira, S. Figueiredo, P. N. Agostinho, & V. S. Batista, *Direito probatório, substantivo e processual penal*. (pp 23-34). Centro de Estudos Judiciários.
- Canotilho, J. J. (1991). *Direito constitucional*. Almedina.
- Canotilho, J. J. (2003). *Direito constitucional e teoria da constituição*. (7ª ed.). Almedina.
- Cardoso, C. (2020). O crime de violência doméstica e o concurso de normas e de crimes. Em R. Cardoso, H. Susano, A.-Y. Oliveira, J. Quaresma, P. Agostinho, S. Figueiredo, & V. Batista,

- Violência doméstica e de género e mutilação genital feminina.* (pp 31-50). Centro de Estudos Judiciários.
- Cardozo, B. N. (1927). *The nature of the judicial process*. New Haven: Yale University Press. Obtido de https://constitution.org/1-Constitution/cmt/cardozo/jud_proc.htm
- Caridade, S., Sousela, L., & Machado, C. (2021). Género e violência na intimidade: que relação? Em R. Cardoso, H. Susano, A.-Y. Oliveira, J. Quaresma, & P. Agostinho, *Violência doméstica e violência na intimidade*. (pp 105-121). Centro de Estudos Judiciários.
- Carnelutti, F. (1958). *Diritto e processo*. Morano Editore.
- Carrió, G. R., & Carrió, A. D. (1999). *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*. 3ª ed. Adeledo-Perrot.
- Carvalho, A. T. (2014). *Direito Penal. Parte geral. Questões fundamentais. teoria Geral do crime*. (2ª edição). Coimbra Editora.
- Carvalho, J. T. (2013). Breves palavras sobre a fundamentação da matéria de facto no âmbito da decisão final penal no ordenamento jurídico português. *Julgar*, 21, 75-87.
- Carvalho, M. C. (2008). A base argumentativa na decisão judicial. *Julgar*. N.º 6, http://julgar.pt/julgar_em_papel/julgar-n-o-6/.
- Carvalho, T. d. (2012). *Comentário Conimbricense do Código Penal - Parte Especial* (Vol. Tomo I). (J. F. Dias, Ed.). Coimbra Editora.
- Centro de Estudos Judiciários. (2016). *Violência Doméstica - implicações sociológicas, psicológicas e jurídicas do fenómeno. Manual Pluridisciplinar*. Centro de Estudos Judiciários.
- Comissão Nacional de Promoção dos Direitos dos Jov. (2018). *Relatório de Avaliação da Atividade das Comissões de Proteção de Crianças e Jovens*. Comissão Nacional de Promoção dos Direitos e Proteção das Crianças e Jovens.
- Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género. (2021). Obtido de Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género: <https://www.cig.gov.pt/area-igualdade-em-numeros/indicadores-chave/>
- Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género. (2021). *Igualdade de género em Portugal. Boletim estatístico 2021*. Lisboa: Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género. Obtido em 05 de 02 de 2022, de file:///D:/Forma%C3%A7%C3%A3o%20Nervir/FF-IG-Vila%20Real%20A%C3%A7%C3%A3o%203/Materiais%20de%20apoio/CIG-Igualdade%20Genero-Est%202021.pdf
- Cook, R., & Cusack, S. (2010). *Estereótipos de género. Perspectivas legais transnacionais*. Profamilia.
- Cordeiro, A. M. (2012). *Tratado de Direito Civil* (Vol. 1). Almedina.
- Correia, E. (1988). *Direito Criminal* (Vol. Volume II). Almedina.
- Correia, E., & Dias, J. F. (2016). *Direito criminal* (Vol. Volume II). Almedina.
- Cortês, A. (2010). Administração Pública. Em J. Miranda, & R. Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I. 2ª edição* (pp. 77-78). Coimbra Editora.

- Cortês, A. (2010). *Jurisprudência dos princípios. Ensaio sobre os fundamentos da decisão jurisdicional*. Universidade Católica.
- Council of Europe. (2019). *Greivio baseline. Evaluation Report. Portugal*. Strasbourg: Secretariat of the monitoring mechanism of the Council of Europe Convention.
- Crawford, B. J., Stanchi, K. M., & Berger, L. L. (2018). Feminist Judging Matters: How Feminist Theory and Methods. *University of Baltimore Law Review*, 167, pp 167-197.
- Cubells, J., Calsamiglia, A., & Albertín, P. (2010). El ejercicio profesional en el abordaje de la violencia de género en el ámbito jurídico-penal: un análisis psicosocial. *Anales de psicología*, 26 (1) enero, pp 367-377.
- Cusack, S. (2014). *Eliminating judicial stereotyping: equal access to justice for women in gender-based violence cases*. Obtido em 2018, de <https://rm.coe.int/1680597b20>
- Dahl, R. (1957). Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a national policy-maker. *Journal of Public law*, 6, pp 279-295.
- Dahl, T. S. (1993). *O direito das mulheres: uma introdução à teoria do direito feminista*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- Delegação Portuguesa. (2007). *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência*. Obtido em 07 de 01 de 2022, de <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/conteudo/files/textos/textos0202041.pdf>
- Diário de Notícias. (04 de 01 de 2022). *Agente da PSP condenado a três anos de prisão por violência doméstica, mas com pena suspensa*. Obtido em 07 de 06 de 2022, de <https://www.dn.pt/sociedade/agente-da-ssp-condenado-a-tres-anos-de-prisao-por-violencia-domestica-mas-com-pena-suspensa-14460136.html>
- Dias, F. (2007). *Direito penal. Parte Geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina em geral do crime. 2ª edição*. Coimbra editora.
- Dias, F., & Andrade, C. (2013). *Criminologia - O homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra Editora.
- Dias, I. (2010). Violência doméstica e justiça. *Revista do departamento de sociologia da FLUP*, XX, pp 245-262.
- Dias, J. d. (1991). Velhas e novas questões sobre a pena de suspensão da execução da pena de prisão. *Revista de legislação e jurisprudência*.
- Dias, J. d. (2007). *Direito penal. Parte geral 1. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. (Vol. 1)*. Coimbra Editora.
- Dias, J. d. (2007). *Direito Penal. Parte Geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Tomo I. 2ª edição*. Coimbra Editora.
- Dias, J. d. (2009). *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*. Coimbra Editora.
- Dias, J. d. (2012). *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Coimbra Editora.
- Dias, J. F. (2012). *Direito Penal. Parte geral. Tomo I: Questões fundamentais. A Teoria geral do crime*. Coimbra Editora.

- Dias, J. P., & Almeida, J. (2010). Efectividade da independência e/ou autonomia do poder judicial em Portugal: reflexões sobre as condições externas e internas. *Julgar*(10), pp 77-101.
- Duarte, M. (Fevereiro de 2007). Acesso ao direito e à justiça: condições prévias de participação dos movimentos sociais na arena legal. *Oficina do Centro de Estudos Sociais. N.º 270*, pp. 1-16.
- Duarte, M. (2011). Violência doméstica e a sua criminalização em Portugal: obstáculos à aplicação da lei. *Revista eletrónica da Faculdade de Direito - Sistema Penal e Violência*, 2, pp 1-12.
- Duarte, M. (2013). O lugar do direito na violência contra as mulheres nas relações de intimidade. *Revista Género & Direito*, 1, pp 25-45.
- Duarte, M., Fernando, P., Gomes, C., Oliveira, A., & Ribeiro, T. (2016). *Violência doméstica. Estudo avaliativo das decisões judiciais. Coleção estudos de género. 12*. Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género.
- Dworkin, R. (1977). *Taking rights seriously*. Harvard University Press.
- Dworkin, R. (2003). *Dominio da vida. Aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Martins Fontes.
- Dworkin, R. (2014). *La filosofía del derecho* (2ª edição ed.). Fondo de Cultura Económica.
- European Institute for Gender Equality. (2017a). *Terminology and indicators for data collection: Rape, femicide and intimate partner violence*. Office of the European Union.
- European Institute for Gender Equality. (2019). *Understanding intimate partner violence in the EU: the role data*. Office of the European Union.
- Faria, P. R. (2017). *Formas especiais do crime*. UCP.
- Feitor, S. I. (2013). Análise crítica do crime de violência doméstica. *Pontos de Vista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, p. 3.
- Feria, T. (2017). Julgar com perspectiva de género? *Julgar*, pp 1-13.
- Fernandes, N. (Abril de 2016). A realização do direito através da sentença judicial devidamente fundamenta. *VI Jornadas de teoria do direito, filosofia do direito e filosofia social*, pp. pp 309-331.
- Fernandes, P. C. (2008). Violência doméstica - novo quadro penal e processual penal. *Revista do CEJ. N.º 8 (1 sem)*, pp. 304-308.
- Fernandes, P. C. (2008). Violência doméstica no quadro penal e processual penal. *Revista do CEJ, 8* (Jornadas sobre revisão do código penal), pp 293:340.
- Fernandes, P. C. (2008). Violência doméstica. Novo quadro penal e processual penal. *Revista do CEJ. N.º 8 (especial)*., pp293-340.
- Ferrajoli, L. (1999). *La ley del más débil*. A. Ibáñez, & A. Greppi. (Trads.)Trotta.
- Ferrajoli, L. (2006). *Derecho y razón*. Trotta.
- Ferreira, M. E. (2005). Algumas considerações acerca da Lei n.º 7/2000, de 27 de maio que torna público o crime de maus tratos a cônjuge - como instrumento de combate à violência

conjugal. *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1077* (pp. 711-723). Coimbra Editora.

Ferreira, M. E. (2017). Crítica ao pseudo pressuposto da intensidade do tipo legal da violência doméstica. *Julgar Online*, 8.

Ferreira, M. E. (2017). O crime de violência doméstica na jurisprudência portuguesa. Do pseudo requisito da intensidade da conduta típica à exigência revisitadas de dolo específico. Em J. d. Costa, *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade* (pp 583:568). Universidade de Coimbra.

Ferreira, M. G. (1970). *Curso de Processo Penal* (Vol. 2). Serviço Social da Universidade de Lisboa.

Ferrer, J. (2019). La paradoxa de valoración de la prueba con perspectiva de género. Obtido em <https://www.youtube.com/watch?v=SlsoI3WQLy4>.

Finley, L. M. (s.d.). *Breaking Women's Silence in Law: the dilemma of gendered nature of legal reasoning*. Obtido em 19 de 01 de 2022, de Yale Law School Faculty: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4011/

Frug, M. J. (1992). *Postmodern legal feminism*. Routledge.

Gama, R. (2020). Prueba y perspectiva de género. Un comentario crítico. *Quaestio facti. revista internacional sobre razonamiento probatorio*(1), pp 285-298.

Gilliam, T., & Jones, T. (1975). *Monty Python and the Holy Grail*. NRC.

Gomes, C. S. (2004). *O crime de maus tratos físicos e psíquicos infligidos ao cônjuge ou convivente em condições análogas à dos cônjuges*. AAFDL.

Gomes, C., Fernando, P., Ribeiro, T., Oliveira, A., & Duarte, M. (2016). *Violência Doméstica. Estudo avaliativo das decisões judiciais*. Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género.

Gomes, J. C. (2008). A motivação judicial em processo penal e as suas garantias constitucionais. *Julgar*, 6, 77-97.

GREVIO. (2019). *Baseline Evaluation Report. Portugal*. Strasbourg: Council of Europe.

Guerra, P. (2020). *Violência Doméstica - implicações sociológicas, psicológicas e jurídicas do fenómeno – Manual pluridisciplinar*. Centro de Estudos Judiciários.

Guerra, P., & Gago, L. (2020). *Violência doméstica - implicações sociológicas, psicológicas e jurídicas do fenómeno. Manual pluridisciplinar*. Centro de Estudos Judiciários.

Guimarães, E. (1986). A mulher portuguesa na legislação civil. *Análise Social, Terceira série* (22)(92-93), pp 557-577.

Habermas, J. (1999). *Direito e moral*. Instituto Piaget.

Hamilton, M. (2006). *Judicial discourses involving domestic violence and expert testimony*. University of Texas.

Hart, H. L. (1994). *O conceito do direito*. (A. R. Mendes, Trad.). Fundação Calouste Gulbenkian.

Holmes Jr., O. W. (1897). The path of law. *Harvard Law Review*. 457, pp. 1-20.

- Ibañez, A. P. (2011). Sobre a formação racional da convicção judicial. *Julgar*. N.º 13, pp. 155-173.
- Internacional, A. (27 de 25 de 2021). *Violência doméstica: preocupante decisão do Tribunal de Paredes*. Obtido em 07 de 06 de 2022, de <https://www.amnistia.pt/absolvicao-de-crime-de-violencia-domestica-e-profundamente-preocupante/>
- Jescheck, H. H. (1981). *Tratado de derecho penal. Parte general*. S. Puig, & F. Conde. (Trad.) Casa Editorial, SA.
- Jescheck, H. H. (1993). *Tratado de derecho penal: parte general*. J. L. Samaniego. (Trad.) Comares.
- Jr., O. W. (2009). *The Common Law*. Harvard University Press.
- Justo, A. S. (2012). *Introdução ao estudo do direito*. Coimbra Editora.
- Kant, I. (2008). *Groundwork for the metaphysic of morals*. (J. Bennett, Trad.) Obtido de <https://www.earlymoderntexts.com/>
- Kant, I. (2014). *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Edições 70.
- Kant, I. (2017). *A metafísica dos costumes* (3ª ed.). Fundação Calouste Gulbenkian.
- Kelsen, H. (2019). *Teoria Pura do Direito* (8ª ed.). Almedina.
- Lagier, D. G. (2020). ¿ Es posible formar um estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*(23), pp 79-97.
- Lamego, J. (2016). *Elementos de metodologia jurídica*. Almedina.
- Laranjo, J. F. (1903). *Discussão sobre Código Civil*. Assembleia da República.
- Larenz, K. (1994). *Metodología de la ciencia del derecho*. M. R. Molinero (Trad.) Editora Ariel.
- Larrauri, E. (2003). Por qué retiran las mujeres maltratadas las denúncias. *Revista de derecho penal y criminología, 2ª época*(12), pp 271-307.
- Laurrari, E. (2007). *Criminología crítica y violencia de género*. Trotta.
- Leite, A. L. (2010). A violência relacional íntima. *Julgar*. 12 (especial). Novembro., pp. 25-66.
- Leite, A. L. (2010). A violência relacional íntima: reflexões cruzadas entre o Direito Penal e a Criminologia. *Julgar*, 12 (especial), pp 25-66.
- Leite, I. F. (2016). *Ne (Idem) Bis in Idem - Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público* (Vol. Volume II). AAFDL.
- Lopes, J. M. (2011). *A fundamentação da sentença no sistema penal português. Legitimar, diferenciar, simplificar*. Almedina.
- Lourenço, E. (2020). O tempo dos juízes e o tempo da justiça. *Os Grandes Problemas do Nosso Tempo* (pp. 9-36). Centro de Estudos Judiciários.
- Lousada, I. C. (2015). Vozes e ecos de sufragistas britânicas em Portugal. *Gaudium Sciendi* (8), pp 122-143.
- MacCormick, N. (1978). *Legal reasoning and legal theory*. Oxford.

- MacCormick, N. (1995). Argumentation and interpretation in law. *Argumentatio* (9), 467-480.
- MacCormick, N. (2005). *Rhetoric and the rule of law. A theory of legal reasoning*. Oxford.
- MacCrimmon, M. (1991). The social construction of reality and the rules of evidence. *University of British Columbia Law Review*, 25(25), pp 23-68.
- Macedo, E. (2015). Violência entre parceiros íntimos (VPI): problema e sintoma no panorama das violências sobre as mulheres. *Ex aequo*, pp 29-44.
- MacKinnon, C. (1983). Feminism, Marxism, method, and the State: towards a feminist jurisprudence. *Signs*, 8 (4), pp 635-658.
- MacKinnon, C. (1987). *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*. Harvard University Press.
- Marques, P. G. (2013). Ora, trabalha, sofre e cala... ou não - Breve reflexão sobre a relevância da violência doméstica e dos maus tratos na compreensão da legítima defesa. *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Nuno José Espinosa Gomes da Silva. Volume especial da DJ. Volume II.*, pp. 319-374.
- Martins, L. (2011). *Medida da pena - Finalidades - Escolha. Abordagem crítica da doutrina e de jurisprudência*. Coimbra Editora.
- Matos, R. B. (2006). Dos maus tratos a cônjuge à violência doméstica: um passo à frente na tutela da vítima? *Revista do Ministério Público*, pp 89-120.
- McPhail, B. A., Busch, N. B., & Kukarni, S. (2007). An integrative feminist model - thw evolving feminist perspective on intimate partner violence. *Violence Against Women* (13) 8, pp 817-841. doi:<https://doi.org/10.1177/1077801207302039>
- Mendes, P. d. (2009). A prova penal e as regras da experiência. *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Vol. 3*, pp 997-1012.
- Mendes, P. d. (2009). A prova penal e as regras de experiência. Em M. d. Andrade, M. J. Antunes, & S. A. Sousa, *Estudos de homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias* (pp. 998-1011). Coimbra Editora.
- Mickinnon, C. (1987). *Feminism Unmodified*. Harvard University Press. .
- Presidência do Conselho de Ministros (15 de 01 de 2009). Exposição de Motivos. *Proposta de Lei n.º 248/X*.
- Miranda, J. (1977). *Estudos sobre a Constituição. 3 volumes*. Petrony.
- Miranda, J. (1999). A Constituição Portuguesa e a Dignidade da Pessoa Humana. *Didaskalia*, pp 473-485.
- Miranda, J. (2020). *Direitos fundamentais* (3ª ed.). Almedina.
- Moreira, J. J. (1993). *Constituição da República Portuguesa Anotada. 3ª edição*. Coimbra Editora.
- Moura, J. d. (2010). A jurisprudência do S.T.J. sobre fundamentação e critérios da escolha e medida da pena. *Revista do CEJ. XIII.*, pp 93-113.
- Neto, L. (2009). O direito e a igualdade de género. *Julgar*, pp 161-177.

- Neves, J. F. (2000). Violência doméstica - um problema sem fronteiras. *Workshop luso-americano sobre violência doméstica*. Verbo Jurídico.
- Neves, J. F. (Jan-Jun de 2010). Violência doméstica - bem jurídico e boas práticas. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, 13, pp 43-62.
- Nino, C. S. (2010). *Introdução à análise do direito*. E. M. Gasparotto (Trad.) Martins Fontes.
- Nousiainen, K., Holli, A. M., Kantola, J., & Saari, M. (2013). Theorizing gender equality. *Social Politics*(20 (1)), pp 41-64.
- Nussbaum, M. (2000). *Women and Human Development: The capabilities Approach*. Cambridge University Press.
- Olsen, F. E. (1990). Feminist and critical legal theory: an American perspective. *International Journal of Sociology*, 18, pp 199:215.
- Ortiz, J. L. (2020). El testimonio único de la víctima em el proceso penal desde la perspectiva de género. *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatório*(1), pp 201-246.
- Palma, M. F. (2014). Introdução ao direito da investigação criminal e da prova. Em M. F. Palma, A. S. Dias, P. S. Mendes, & C. Almeida, *Direito da investigação criminal e da prova* (pp. pp 10-13). Almedina.
- Perelman, C., & Olbrechts-Typeca, L. (1973). *The new rhetoric. A Treatise on Argumentation*. University of Notre Dame Press.
- Popper, K. (1972). *A lógica da pesquisa científica*. L. Hegenberg, & O. S. Mota (Trads.). Editora Cultrix.
- Popper, K. R. (2001). *A lógica da pesquisa científica*. Editora Cultrix.
- Posner, R. (2008). *How judges think*. Harvard University Press.
- Pound, R. (1922). The spirit of common-law. *American Political Science Review*, 16(2), pp 326-327.
- Rawls, J. (2000). *Uma Teoria da Justiça*. Martins Fontes.
- Raz, J. (1996). *Ethics in the public domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Clarendon Press.
- Rhode, D. (1991). *Justice and Gender*. Harvard University Press.
- RTP. (01 de 03 de 2019). *Tribunal de Viseu volta a absolver arguido em sentença de violência doméstica*. Obtido em 07 de 06 de 2022, de https://www.rtp.pt/noticias/pais/tribunal-de-viseu-volta-a-absolver-arguido-em-sentenca-de-violencia-domestica_v1132454
- Santos, B. d. (1988). *O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Sergio Antonio Fabris Editor.
- Santos, B. d., Gomes, C., & Santos, É. (2007). *Observatório Permanente da Justiça Portuguesa: Estrutura e Funcionamento*. Centro de Estudos Sociais. Universidade de Coimbra.

- Santos, B. d., Marques, M. m., & Pedroso, J. (1999). Les tribunaux dans les société contemporaine: les cas portugais. *Droit et Société (42/43)*, pp. 311-331.
- Santos, B. S. (1999). The GATT of Law and Democracy. *Oñati Papers(7)*, 49-86.
- Santos, B. S. (2005). A Justiça em Portugal: diagnóstico e terapêuticas. *Manifesto*, 76-87.
- Santos, C. C. (2019). A verdade do magistrado e a verdade do escritor: alguma se escreve no singular? Em R. Cardoso, H. Susano, J. Quaresma, A. A. Oliveira, S. Figueiredo, P. N. Agostinho, & V. S. Batista, *Direito probatório, substantivo e processual penal* (pp. 9-22). Centro de Estudos Judiciários.
- Santos, M. S., & Henriques, M. L. (2008). *Código de Processo Penal Anotado* (Vol. 1). Rei dos Livros.
- Saunders, K. M. (1994). Law as Rhetoric, Rhetoric as Argument. *Journal os Legal Education*, 44 (4), pp 566-578.
- Schneeberger, V. (2016). *Violência doméstica e concurso homogéneo*. Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.
- Schneider, E. M. (2000). *Battered women and feminist lawmaking*. Yale University Press.
- Sciammarella, A. P., & Filho, R. F. (2015). (Des) Constituindo género no poder judiciário. *Exaequo*, 31, pp 45-60.
- Sen, A. (2010). *A ideia de Justiça*. Almedina Editora.
- Serra, V. (2000). Direito probatório Material. *Boletim do Ministério da Justiça. N.º 112*, pp 194-197.
- Silva, A. D. (2007). *Materiais para o estudo da parte especial do direito penal. Crimes contra a vida e a integridade física*. AAFDL.
- Silva, F. (2008). *Direito penal especial. Crimes contra as pessoas* (2ª ed.). Quid Iuris.
- Silva, F. (2011). *Direito penal especial. Os crimes contra as pessoas*. Quid Iuris.
- Silva, N. J. (1981). *História do direito português - fontes de direito público (1140-1495)*. Editorial Verbo.
- Simões, E. D. (2007). Prova indiciária. (Contributos para o seu estudo e desenvolvimento em dez sumários e um apelo premente). *Julgar(2)*, pp 203-215.
- Smart, C. (1989). *Feminism and the power of law*. Routledge.
- Smart, C. (1992). The women of the legal discourse. *Social and Legal Studies*, 1(1), pp 29-44.
- Smart, C. (1995). *Feminism and the power of law*. Routledge.
- Sottomayor, C. (2019). Os direitos humanos das mulheres e das crianças na jurisprudência do Tribunal Constitucional e do TEDH. Em J. d. Ribeiro, *Estudos de homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro* (pp. 119-152). Almedina.
- Sottomayor, M. (2020). Direito humanos, género e igualdade. *Seminário "Julgar com perspetiva de género - entre a constitucionalidade e a igualdade"*. Centro de Estudos Judiciários.

- Sottomayor, M. C. (2011). *Regulação do exercício do poder paternal. Casos de divórcio. 5ª edição*. Coimbra Editora.
- Sottomayor, M. C. (2015). A Convenção de Istambul e o novo paradigma da violência de género. *Exaequo*. 31, pp 105-121.
- Sousa, J. M. (2018). *Violência doméstica conjugal. A natureza pública do crime. Um freio à paz individual, familiar e (...) vs práticas restaurativas*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- Stake, R. E. (2007). *A arte da investigação com estudos de caso*. Fundação Calouste Gulbenkian.
- Stein, F. (1990). *El conocimiento privado del Juez*. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.
- Summers, R. S. (1978). Two types of substantive reasons: the core of a theory of common-law justification. *Cornell Law Review*. 63, pp 707-788.
- Summers, R., & MacCormick, N. (2016). *Interpreting statutes*. Routledge.
- Tarello, G. (1980). *L'interpretazione della legge*. Giuffrè.
- Taruffo, M. (1988). Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. Em A. P. Grinover, C. R. Dinamarco, & K. Watanabe, *Participação e processo* (p. 38). RT.
- Taruffo, M. (2005). *La prueba de los hechos*. J. F. Beltrán. (Trad.) Editorial Trotta.
- Taruffo, M. (2011). Narrativas processuais. *Julgar*, 13, pp 111-153.
- Toulmin, S. (1958). *The uses of argument*. Cambridge University Press.
- United Nations Office on Drugs. (s.d.). The Bangalore Principles of Judicial Conduct. (United Nations (Ed.)). Obtido em 10 de 06 de 2022, de <https://www.unodc.org/documents/ji/training/bangaloreprinciples.pdf>
- Valente, M. M. (2017). *Direito penal: fundamentos político-criminais*. Ed. de Autor.
- Ventura, I. (2015). Um corpo que seja seu - Podem as mulheres (não) consentir? *Exaequo*, pp 75-89.
- Ventura, I. (2018). *Medusa no Palácio da Justiça ou uma história da violação sexual*. Tinta da China.
- Vidal, I. L. (2013). Tres ámbitos de la argumentación judicial. *Aequitas*, pp 13-45.
- Viehweg, T. (2008). *Tópica e jurisprudência. Um contributo à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. K. S. Silva (Trad.). Sergio Antonio Fabris Editor.
- Walker, L. (1979). *The battered woman (Fourth Edition)*. Springer Publishing Company.
- Walton, D., Reed, C., & Macagno, F. (2008). *Argumentation schemes*. Cambridge University Press.
- Whitaker, D. J., Swahn, M. H., Halleuesus, T., & Saltzman, L. S. (2007). Differences in frequency of violence and reported injury between relationships with reciprocal and nonreciprocal intimate partner violence. *American Journal of Public Health* (May), pp. 941-947.

¹ O sistema criminal português não contempla a tipificação do crime de violência de género. No enquadramento sistemático das condutas maltratantes o legislador português optou pela designação de violência doméstica.

² O dever de fundamentação foi acolhido no texto constitucional de 1976, pela revisão de 1982, através do artigo 205.º, onde se dita que “As decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei”. O Código de Processo Penal, na revisão de 1 de janeiro de 1999, reforçou este dever de fundamentação ao estipular no seu artigo 374.º, n.º 2 que “Ao relatório segue-se a fundamentação que consta da enumeração dos factos provados e não provados, bem como de uma exposição tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos de facto e de direito, que fundamentam a decisão, com indicação e exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do tribunal”.

³ Jürgen Habermas (1999) defende o ato de julgar como um modelo de comunicação dirigido a um auditório universal onde se encontra a comunidade jurídica e os indivíduos.

⁴ O autor passa o olhar pelas obras de referência da argumentação jurídica, que foram desenvolvidas, sobretudo, a partir da segunda metade do século XX. Neste sentido ver Chaim Perelman y Lucie Olbrecht-Tyteca, *Tratado de la argumentación, La nueva retórica*, gredos, Madrid, 1989; George H. von Wright, *Norma y acción. Una investigación lógica*, Ed. Tecnos, Madrid, 1970, pp. 32-34; Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989; Stephen E. Toulmin, *The Uses of argument*, Camcridge University Press, 1958 y Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudence*, 5 ed. Munchen, C. H. Beck, 1974.

⁵ O artigo 50.º, n.º 1, do Código penal dispõe que “O tribunal suspende a execução da pena de prisão aplicada em medida não superior a cinco anos se atendendo à personalidade do agente, às suas condições de vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste, concluir que a simples censura do facto e a ameaça de prisão realizam de forma adequada as finalidades da punição.

⁶ Nas teorias padrão da argumentação jurídica debate-se a distinção entre o contexto de descoberta e o contexto de justificação para a situar, exclusivamente, neste último contexto. Os autores pós-positivistas como MacCormick, Peczenik ou Alexy contribuíram com um modelo reconstrutivo de como se justificam as decisões judiciais.

⁷ O conceito de revitimização está disponível no website [secondary victimisation | European Institute for Gender Equality \(europa.eu\)](https://secondaryvictimisation.europeaninstitute.org/) consultado em 10 de abril de 2022.

⁸ Os dados estatísticos indicados encontram-se disponíveis em [Violência doméstica \(justica.gov.pt\)](https://www.justica.gov.pt/pt/pt/estatisticas/estatisticas-de-violencia-domestica) consultado em 12 de abril de 2022.

⁹ Para um exemplo da posição contra o discurso de “populismo penal” ver a notícias do Expresso, de 15 de abril de 2019 disponível em [Expresso | O PS não cede ao populismo penal](https://www.expresso.pt/pt/ps-nao-cede-ao-populismo-penal), consultado em 10 de abril de 2022.

¹⁰ Destes factos deu conta o Juiz Paulo Pinto de Albuquerque numa declaração de voto em 2013 no caso *Valiuliene vs. Lituânia* (queixa n.º 29474/07, acórdão de 26 de março de 2013 – interpretação da Convenção de Istambul sensível ao género, obrigação do Estado de criminalizar e punir eficazmente a violência doméstica, revisão da jurisprudência *Osman* em casos de violência doméstica, natureza pública do procedimento criminal).

¹¹ A Lei 112/2009, de 19 de setembro determina no seu artigo 4.º, n.º 1 “1 - Os serviços da Administração Pública com intervenção na proteção das vítimas de violência doméstica realizam uma análise retrospectiva das situações de homicídio ocorrido em contexto de violência doméstica e que tenham sido já objeto de decisão judicial transitada em julgado ou de decisão de arquivamento, visando retirar conclusões que permitam a implementação de novas metodologias preventivas ao nível dos respetivos procedimentos.” Acrescenta o seu n.º 2 que “Para efeitos do número anterior, é constituída uma Equipa de Análise Retrospectiva de Homicídio em Violência Doméstica composta por: a) Um representante designado pelo Ministério da Justiça; b) Um representante designado pelo Ministério da Saúde; c) Um representante designado pelo Ministério da Solidariedade, Emprego e Segurança Social; d) Um representante da Secretaria-Geral do Ministério da Administração Interna (SGMAI); e) Um representante do organismo da Administração Pública responsável pela área da cidadania e da igualdade de género; f) Um representante do Ministério Público; g) Um representante da força de segurança territorialmente competente na área em que tiver sido praticado o crime.” A Portaria 280/2016, de 26 de outubro regulamenta o procedimento de análise retrospectiva das situações de homicídio ocorrido em contexto de violência doméstica, previsto no artigo 4.º-A da Lei n.º 112/2009, de 19 de setembro.

¹² No caso 2 (Acórdão de 15 de janeiro de 2013, do Tribunal da Relação de Lisboa - processo n.º 1354/10.6TDLSB.L-5) discorre assim sobre o princípio da dignidade humana: O tipo legal da violência doméstica não exige reiteração de ações ofensivas, mas um único ato ofensivo só consubstanciará um mau trato se se revelar de uma intensidade tal, ao nível do desvalor, quer da ação quer do resultado, que seja apto e bastante a lesar o bem jurídico protegido pondo em causa a dignidade da pessoa humana. Ver também o caso 24 (Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 16 de junho de 2017 (processo n.º 16/16.5GAAGD.P1) onde o julgador argumenta que “A doutrina e a jurisprudência definem o bem jurídico com a necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana, em particular a saúde, física, psíquica e mental. Trata-se de um bem jurídico complexo que afeta a dignidade da pessoa humana e o livre desenvolvimento da personalidade.”

¹³ O caso 2 (Acórdão de 15 de janeiro de 2013, do Tribunal da Relação de Lisboa – processo n.º 1354/10.6TDLSB.L-5) o tribunal decide que as condutas maltrantes como desferir um murro e insultos “Trata-se de uma simples ofensa à integridade física que está longe de poder considerar-se uma conduta maltratante suscetível de configurar a violência doméstica.” Na nota anterior vimos que a argumentação envolveu enunciados que convocam os princípios da dignidade humana numa estreita relação com a norma para a qualificação da conduta.

¹⁴ O n.º 2, do artigo 53º, da Constituição Espanhol determina “qualquer cidadão poderá obter a tutela das liberdades e direitos reconhecidos no artigo 14º e na 1ª Secção do Capítulo II perante os Tribunais ordinários mediante um procedimento baseado nos princípios de preferência e de sumariedade e, se for caso disso, através do recurso de amparo perante o Tribunal Constitucional.

¹⁵ Neste sentido verificar as decisões dos acórdãos 725/2017, 196/2017, 637/2015, 805/2014 e 415/2012, todos do Tribunal Constitucional.

¹⁶ Numa breve consulta empírica aos principais meios de comunicação, na sua forma digital, é possível encontrar dezenas de notícias sobre violência doméstica. Veja-se, a título de exemplo, [Violência Doméstica - DN](#); [Violência doméstica - Notícias ao Minuto \(noticiasaminuto.com\)](#); [Violência Doméstica – notícias, opinião, rádio, fotos e podcasts \(observador.pt\)](#); [Violência Doméstica - JN](#) todos consultados a 7 de junho de 2022.

¹⁷ A comunicação social fala em “chaga” social para evidenciar as várias formas de violência praticada contra as mulheres onde se inclui a violência doméstica. Ver <https://www.in.pt/nacional/combate-a-violencia-domestica-exige-mais-capacidade-orcamental-11551893.html> consultado em 25 de novembro de 2019.

¹⁸ O Público noticia em 9 de março de 2019, o título Neto de Moura diz que casos que julgou “não são particularmente graves”. Recorde os processos. In <https://www.publico.pt/2019/03/09/sociedade/noticia/juiz-neto-moura-afirma-casos-violencia-domestica-julgou-nao-sao-particularmente-graves-1864761>; O Blog Observador dá conta a 6 de março de 2019 que Juiz Neto de Moura deixa de julgar casos de violência doméstica. Tribunal quer preservar “confiança dos cidadãos” na Justiça. In <https://observador.pt/2019/03/06/juiz-neto-de-moura-deixa-de-julgar-casos-de-violencia-domestica-foi-transferido-para-seccao-civil/>. O Expresso publica a 25 de fevereiro de 2019 Os casos polémicos do juiz Neto de Moura. In <https://expresso.pt/sociedade/2019-02-25-Os-casos-polemicos-do-juiz-Neto-de-Moura>.

¹⁹ De agora em diante opta-se pela designação simplificada de *casos de violência doméstica* para nos referimos, neste estudo, às situações que envolvem, apenas, as relações de intimidade. As demais realidades de violência doméstica, previstas na lei, não são abordadas neste estudo.

²⁰ As perspetivas clássicas do chamado direito continental assentam em três visões teóricas: a) o normativismo jurídico onde se procura compreender o processo de criação das normas, a sua estrutura, a sua tipologia e a forma como interagem mutuamente; b) o sociológico ou realista que analisa o Direito não apenas como um processo normativo mas também como um conjunto de condutas que resultam dos operadores judiciais, desenvolvendo uma visão dinâmica e instrumental do Direito; c) o direito idealista cuja teoria procura concretizar um direito justo que deriva das conceções de defensores do iusnaturalismo.

²¹ Group of Experts on Action against Women and Domestic Violence, do Conselho da Europa, que publicou a 21 de Janeiro de 2019 o relatório de avaliação de Portugal sobre as medidas legislativas que prosseguem as finalidades da Convenção do Conselho da Europa para a prevenção e combate à violência contra mulheres e violência doméstica (Convenção de Istambul).

²² John Henry Wigmore (1863-1943) é considerado um dos juristas mais influentes no estudo da prova. In Wigmore, J. H. (1937). *The Science of judicial proof. Civen by Logic, Pshycology and General Experience and Illustrated in Judicial Trial*. Colorado: Littleton.

²³ Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto que estabelece as normas de enquadramento e de organização do sistema judiciário.

²⁴ Os cinco tribunais da Relação revelam um discurso uniformizado relativamente à questão do bem jurídico protegido pela norma do artigo 152.º, do código penal. É possível de constatar tal discurso nas seguintes decisões: Acórdão do TRC, de 12/05/2010, processo n.º 1290/12.1PAVR.C1; Acórdão do TRC, de 10/01/2018, processo n.º 1641/16.0T9VIS.C1; Acórdão do TRC, de 28/01/2015, processo n.º 511/13.8TACUL.C1; Acórdão do TRC, de 12/04/2018, processo n.º 3/17.6GCIDN.C1; Acórdão do TRE, de 12/05/2010, processo n.º 258/08.7GDLRA.C1; Acórdão do TRE, de 29/01/2014, processo n.º 1290/12.1PBAVR.C1; Acórdão do TRE, de 08/01/2013, processo n.º 113/10.0TAVVC.E1; Acórdão do TRG, de 08/05/2017, processo n.º 669/16.4JABRG.G1; Acórdão do TRG, de 02/11/2015, processo n.º 77/14.1TAAVV.G1; Acórdão do TRG, de 06/02/2017, processo n.º 201/16.06GBBCL.G1; Acórdão do TRG, de 21/10/2013, processo n.º 353/11.5GDGMR.G1; Acórdão do TRG, de 17/05/2010, processo n.º 1379/07.9PBGMR.G1; Acórdão do TRL, de 07/12/2010, processo n.º 224/05.4GCTVD.L1-5; Acórdão do TRL, de 31/05/2016, processo n.º 249/14.9PAPTS.L1-5; Acórdão do TRL, de 16/09/2015, processo n.º 279/14.0PLSNT.L1-3; Acórdão do TRL, de 04/10/2010, processo n.º 311/15.0JAPDL.L1-5; Acórdão do TRL, de 23/04/2015, processo n.º 469/13.3PBAMD.L1-9; Acórdão do TRL, de 02/03/2011, processo n.º 938/08.7PCCSS.L1-3; Acórdão do TRL, de 21/02/2018, processo n.º 1119/16.1PTLSB.L1-3; Acórdão do TRL, de 15/01/2013, processo n.º 1354/10.6TDLSB.L1-5; Acórdão do TRL, de 27/02/2008, processo n.º 1702/2008-3; Acórdão do TRL, de 08/04/2015, processo n.º 2866/12.2T3SNT.L1-3; Acórdão do TRL, de 11/09/2018, processo n.º 537/1537PBPDL.L1-5; Acórdão do TRL, de 21/02/2018, processo n.º 1119/16.1PTLSB.L1-3; Acórdão do TRL, de 16/09/2015, processo n.º 279/14.0PLSNT.L1-3; Acórdão do TRP, de 22/01/2014, processo n.º 156/11.7GARS.D.P1; Acórdão do TRP, de 10/09/2014, processo n.º 648/12.0PIVNG.P1; Acórdão do TRP, de 14/06/2017, processo n.º 16/16.5GAAGD.P1; Acórdão do TRP, de 09/05/2018, processo n.º 40/17.0GCOAZ.P1; Acórdão do TRP, de 11/03/2015, processo n.º 91/14.7PCMTS.P1; Acórdão do TRP, de 13/06/2018, processo n.º 189/17.0GCOVR.P1; Acórdão do TRP, de 27/01/2016, processo n.º 288/15.2PIPRT.P1; Acórdão do TRP, de 06/06/2013, processo n.º 2167/10.0PAVNG.P1; Acórdão do STJ, de 12/03/2009, processo n.º 09P0236; Acórdão do STJ, de 23/06/2010, processo n.º 125/15.8PHSNT.S1; Acórdão do STJ, de 03/03/2016, processo n.º 768/10.6SMPRT.P1.A.S1, Acórdão do STJ, de 09/07/2014, processo n.º 114.137JAPDLS.S1; Acórdão do STJ, de 24/04/2017, processo n.º 2263-15.8JAPRT.P1.S1.

²⁵ Atienza refere na sua obra *O Direito como argumentação* que nas falácias materiais não se comete “propriamente um erro de inferência, mas parte-se de uma premissa falsa com aparência de verdadeira ou correcta) irrelevante para a conclusão.” Parece-nos que nem sempre a premissa terá de ser falsa se considerarmos que as falácias materiais implicam a inobservância de alguma regra metodológica, ou seja, o que deve ser considerado como premissa de um argumento, que interpretação deve ter, qual o seu peso na argumentação, de um ponto de vista geral. O caso do acórdão em análise demonstra que o relator formulou duas proposições sobre a adequação da medida da pena e a manutenção da sua suspensão na execução. O problema surge das razões apresentadas, em sentido estrito.

²⁶ O artigo 412.º, do código de processo penal prevê a motivação do recurso e conclusões, estipulando no seu n.º 2 “versando matéria de direito, as conclusões indicam ainda: a) As normas jurídicas violadas; b) O sentido em que, no entendimento do recorrente, o tribunal recorrido interpretou cada norma ou com que a aplicou e o sentido em que ela devia ter sido interpretada ou com que devia ter sido aplicada; e c) Em caso de erro na determinação da norma aplicável, a norma jurídica que, no entendimento do recorrente, deve ser aplicada.” No seu n.º 3 preceitua-se que “Quando impugne a decisão proferida sobre a matéria de facto, o recorrente deve especificar: a) Os concretos pontos de facto que considera incorretamente julgados; As concretas provas que impõem decisão diversa da recorrida; c) As provas que devem ser renovadas.”

²⁷ Os processos em que estão em causa, apenas, o cometimento do crime de violência doméstica não chegam ao Supremo Tribunal de Justiça. De facto, o código de processo penal prevê no seu artigo 400.º as decisões que não admitem recurso das quais destacamos: no n.º 1, “Não é admissível recurso: (...) d) De acórdãos absolutórios proferidos, em recurso, pelas relações, exceto no caso de decisão condenatória em 1.ª instância, em pena de prisão superior a 5 anos; e) De acórdãos proferidos, em recurso, pelas relações que apliquem pena não privativa de liberdade ou pena de prisão não superior a 5 anos; f) De acórdãos condenatórios proferidos, em recurso, pelas relações, que confirmem decisão de 1.ª instância e apliquem pena de prisão não superior a 8 anos (...).” Considerando que a moldura penal do crime de violência doméstica, previsto e punido pelo artigo 152.º, está compreendida entre a pena mínima de 1 ano e máxima de 5 anos, verifica-se uma impossibilidade processual de recurso além da instância da

relação. Das situações de agravamento da pena, em casos de violência doméstica, apenas, uma abre a hipótese de recurso para o Supremo Tribunal de Justiça. Tratam-se dos casos em que o resultado da prática da violência doméstica seja a morte. Nesta hipótese o agente é punido com pena de prisão de três a dez anos. As outras situações que prevêm o agravamento das penas dizem respeito ao cometimento do crime na presença de menor (dois a cinco anos) e o resultado ofensa à integridade física grave (dois a oito anos).

²⁸ Na obra (des) Equilíbrios Familiares (2000), Madalena Alarcão explica que as crianças que são expostas a cenas de violência conjugal acabam por demonstrar perturbações semelhantes às que são experimentadas pelas vítimas de abuso. Também o Relatório da Atividade das Comissões de Proteção de Crianças e Jovens (2018) explica que é indispensável considerar como categorias de risco e perigo para as crianças, face à emergência de novos fenómenos sociais, condutas como o *bullying* ou a exposição das crianças à violência doméstica. No mesmo relatório é definido o âmbito do perigo/risco para a criança neste contexto como “A criança/jovem é forçada/o a testemunhar, normalmente de forma repetida, qualquer tipo de mau trato (violência física, verbal, psicológica, sexual ou económica) que ocorre entre um/a cuidador/a e a sua/seu parceira/o, ou sobre outro membro da família ou adultos afetivamente significantes para a criança/jovem. Estas situações costumam provocar na criança/jovem problemas relacionais com os seus pares.” Das categorias comunicadas às Comissões de Proteção de Crianças e Jovens sobre o perigo/risco 30,1% representam negligência logo seguidas de 22,3% de casos de exposição à violência doméstica.

²⁹ A Proposta de Lei n. 98/X apresenta um conjunto de alterações à Parte Geral e à Parte Especial do Código penal tendo por base o trabalho desenvolvido pela Unidade de Missão para a Reforma Penal, criada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 113/2005, de 29 de julho.

³⁰ Ver Maria Regina Rocha, Gramática de Português (2017), Porto Editora que refere “As conjunções são palavras invariáveis que servem para ligar elementos dentro de uma frase.”

³¹ O superior interesse da criança é um princípio fundamental do sistema jurídico internacional, onde se inclui o português, e consta do artigo 3.º, da Convenção sobre os Direitos das Crianças, artigo 69.º, da Constituição da República Portuguesa, artigos 1913.º e seguintes, do Código Civil, na Lei n.º 147/99, de 1 de setembro que prevê as medidas de proteção das crianças e jovens em perigo, na Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro que estabelece o Regime Geral do Processo Tutelar Cível. A aplicação do referido princípio tem procurado concretizar o conjunto de direitos das crianças que podem ser violados ou desrespeitados por forma a antever situações de risco ou perigo e, caso se verifiquem, quais as medidas de proteção que podem ser aplicadas por forma a remover/afastar o perigo para a saúde, segurança, formação moral ou educação da criança, visando-se a concretização do seu desenvolvimento integral.

³² O acórdão do TRL, de 16 de março de 2017 (processo n.º 1585/165T8SXL-B.L1 8ª Secção declara no seu sumário que “o tribunal decidirá as questões de residência de acordo com o interesse do filho.” O acórdão do TRC, de 6 de junho de 2017 (processo n.º 34/16.3T8FIG-A.C1) estabelece que “o tribunal determinará a residência do filho e os direitos de visita de acordo com o interesse deste”. O acórdão do TRP, de 27 de setembro de 2017 (processo n.º 1985/08.4TBVNG.3P1) determina que “No exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio o tribunal deverá decidir sempre de harmonia com o interesse do menor.” O acórdão do TRL, de 3 de fevereiro de 2015 decidiu que “O superior interesse da criança é um conceito indeterminado (...) radicando na ideia de procura da solução mais adequada para a criança, aquela que melhor a salvaguarda, melhor promova o seu harmonioso desenvolvimento físico, intelectual e moral bem como a estabilidade emocional.”

³³ O artigo 153.º, do código penal de 1982 exigia como requisito para o preenchimento do tipo (maus tratos) que o tratamento, além de cruel e degradante, devia revestir um caráter de malvadez e egoísmo.

³⁴ Logramos apurar a questão da reciprocidade nos seguintes acórdãos: (i) acórdão do Tribunal da Relação do Porto (processo n.º 31/09.5GCVLP.P1) que refere no seu sumário “O crime de violência doméstica não pode ser cometido em reciprocidade.”; (ii) acórdão do Tribunal da Relação do Porto (processo n.º 40/17.0GCOAZ.P1) que afirma “O crime de violência doméstica já não pode ser cometido em reciprocidade, quando estamos perante atos agressivos recíprocos (...).”; (iii) acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (processo n.º 3/16.OPAPST.L1-9) onde se declara que “Não podendo o crime de violência doméstica ser cometido em reciprocidade por ambos os cônjuges.”

³⁵ No Relatório Anual da APAV de 2019 encontram-se reportadas 11.676 vítimas, 80% das quais são mulheres. No que se refere ao crime de violência doméstica foram denunciadas 23.586 casos. Disponível em https://apav.pt/apav_v3/index.php/pt/estatisticas-apav.

³⁶ O Observatório das Mulheres Assassinadas da UMAR reportou em 2019 a morte de 31 mulheres às mãos dos seus cônjuges ou companheiros demonstrando que cerca de 5 mulheres por mês são vítimas

de violência extrema e, em mais de metade dos casos, o desfecho é fatal. Disponível em <http://www.umarfeminismos.org/index.php/observatorio-de-mulheres-assassinadas/dados-2019>.

³⁷ A legislação na área da violência doméstica tem assumido um verdadeiro papel reformista – **no enquadramento penal** (ver artigos [152.º](#) (Violência doméstica), [152.º-A](#) (Maus tratos) e [152.º-B](#) (Violação de regras de segurança) e ainda [132.º](#) (Homicídio qualificado), [145.º](#) (Ofensa à integridade física qualificada) e [69.º-A](#) (Declaração de indignidade sucessória)); na prevenção geral (ver [Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro](#) - Diário da República, n.º 180, I Série, de 16.09.2009 que estabelece o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à proteção e à assistência das suas vítimas e revoga a Lei n.º 107/99, de 3 de agosto, e o Decreto-Lei n.º 323/2000, de 19 de dezembro); **no acesso ao direito e aos tribunais** (ver [Lei n.º 34/2004, de 29 de julho](#) - Diário da República n.º 177, I Série-A, de 29.07.2004 que altera o regime de acesso ao direito e aos tribunais e transpõe para a ordem jurídica nacional a Diretiva n.º 2003/8/CE, do Conselho, de 27 de janeiro, relativa à melhoria do acesso à justiça nos litígios transfronteiriços através do estabelecimento de regras mínimas comuns relativas ao apoio judiciário no âmbito desses litígios); **no acesso à saúde e isenção de taxas moderadoras** (ver [Despacho n.º 20509/2008, de 5 de agosto](#) - Diário da República n.º 150, II Série, de 05.08.2008, que aplica o regime de isenção das taxas moderadoras às vítimas de violência doméstica e [Decreto-Lei n.º 113/2011, de 29 de novembro](#) - Diário da República n.º 229, I Série, de 29.11.2011 que regula o acesso às prestações do Serviço Nacional de Saúde por parte dos utentes no que respeita ao regime das taxas moderadoras e à aplicação de regimes especiais de benefícios.); **na regulação das responsabilidades parentais** (ver a [Lei n.º 24/2017, de 24 de maio](#) - Diário da República n.º 100, I Série, de 24.05.2017 que altera o Código Civil promovendo a regulação urgente das responsabilidades parentais em situações de violência doméstica); **no estatuto da vítima** (ver [Despacho n.º 7108/2011, de 11 de maio](#) - Diário da República n.º 91, II Série, de 11.05.2011 que estabelece os critérios de atribuição do estatuto de vítima, pela Comissão para a Cidadania e a Igualdade de Género, à vítima de violência doméstica); **na indemnização das vítimas** (ver a [Lei n.º 104/2009, de 14 de setembro](#) - Diário da República, n.º 178, I Série, de 14.09.2009 que aprova o regime de concessão de indemnização às vítimas de crimes violentos e de violência doméstica); nas medidas de proteção às vítimas (ver [Lei n.º 61/91, de 13 de agosto](#) - Diário da República, n.º 185, I Série-A, de 13.08.1991 que garante proteção adequada às mulheres vítimas de violência); os planos e estratégias nacionais, o primeiro dos quais aprovado pela [Resolução do Conselho de Ministros n.º 55/99, de 15 de junho](#) - Diário da República n.º 137, I Série-B, de 15.07.1999 Aprova o plano nacional contra a violência doméstica e o último aprovado pela [Resolução do Conselho de Ministros n.º 61/2018, de 21 de maio](#) - Diário da República n.º 97, Série I, de 21.05.2018 Aprova a Estratégia Nacional para a Igualdade e a Não Discriminação 2018-2030 (*inclui o Plano de Ação para a Igualdade entre Mulheres e Homens, o Plano de ação para a prevenção e o combate à violência contra as mulheres e à violência doméstica e o Plano de Ação para o Combate à Discriminação em razão da Orientação Sexual, Identidade e Expressão de Género, e Características Sexuais*).

³⁸ Ver Olsen, F. (1990). Feminist and critical legal theory: an American perspective. *International Journal of the Sociology of Law*, (18), 199:215.

³⁹ O Instituto Nacional de Estatística registou no ano de 2019 26.573 queixas de onde os/as agentes identificados/as, 21.927 são homens e 4.646 são mulheres.

⁴⁰ As Ordenações Afonsinas são promulgadas durante o reinado de D. Afonso V e correspondem a uma das primeiras coletâneas de leis. O seu objetivo pretendia esclarecer a aplicação do direito canónico e do direito romano. A obra encontra-se dividida em cinco livros, divididos por títulos que, por sua vez estão divididos em parágrafos. O Livro I regulamenta os cargos públicos. O Livro II trata de assuntos referentes à Igreja, dos direitos do Rei, da administração fiscal, privilégios da nobreza, jurisdição dos donatários e da legislação especial dos judeus e mouros. O Livro III regula o processo civil. No Livro IV encontram-se as disposições de direito civil. No Livro V estão presentes as normas de direito penal.

⁴¹ A aprovação do código penal resultou do decreto de 16 de setembro, publicado no diário do governo em 20 de setembro do mesmo ano.

⁴² As disposições do Código Civil, mesmo depois do 25 de abril de 1974, impunham à mulher uma situação de subalternidade. Afirma Elina Guimarães (1986) que “A mulher, quando casava, presumia-se que morria para a sua própria família e nascia para a do marido, onde ficava legalmente como filha (...) Esta atitude passou para a lei portuguesa, não apenas nas Ordenações, mas também em leis subsequentes.”

⁴³ A última alteração ao artigo 152.º, do código penal, resultou da Lei n.º 44/2018, de 9 de agosto onde se passou a prever no n.º 2, alínea a) Praticar o facto contra menor, na presença de menor, no domicílio comum ou no domicílio da vítima; ou b) Difundir através da Internet ou de outros meios de difusão pública

generalizada, dados pessoais, designadamente imagem ou som, relativos à intimidade da vida privada de uma das vítimas sem o seu consentimento; é punido com pena de prisão de dois a cinco anos.

⁴⁴ O conceito de bem jurídico foi preconizado por Johann Michael Franz Birnbaum (1834) cuja conceção assenta nos aspetos materiais que se pretendem proteger e, por isso, o direito penal além da proteção conferida aos indivíduos acaba, também, por ter uma finalidade social.

⁴⁵ Esta posição é, também, corroborada por autores como: Brandão, N. (2010). A tutela penal especial reforçada da violência doméstica. *Julgar (12-especial)*, 9:24; Bravo, J. R. (2005). A atuação do Ministério Público no âmbito da violência doméstica. *Revista do Ministério Público*, N.º 102, 45:78; Fernandes, P.C. (2008). Violência doméstica – novo quadro penal e processual penal. *Revista do CEJ (8). Jornadas sobre a revisão do código penal*, 293:340.

⁴⁶ O autor encontra-se referenciado nos Acórdãos números 130/88, 426/91, 89/2000 ou 144/2004.

⁴⁷ O *Report on Domestic Violence against Women and Victim Support in the 27 member states and Croatia*, do *European Institute for Gender Equality (EIGE)*, (2012) afirmou que «a violência doméstica» continua a ser uma prática generalizada, escondida e pouco comunicada, e que nove em cada dez vítimas de violência entre parceiros íntimos são mulheres.

⁴⁸ O grupo de peritos sobre ações de violência contra as mulheres e violência doméstica que monitoriza a implementação da Convenção de Istambul. O relatório de Portugal foi publicado em 1 de janeiro de 2019 e encontra-se disponível no endereço eletrónico <http://cid.cig.gov.pt/Nyron/Library/Catalog/winlibsrch.aspx?key=984BE0F27D27460B9AC80FF7D4B07F1E&cap=1%2c15%2c14%2c4%2c2%2c3%2c16%2c13%2c8%2c6&pesq=3&opt12=or&ctd=on&c1=on&c15=on&c14=on&c4=on&c2=on&c3=on&c16=on&c13=on&c8=on&c6=on&arqdig13=off&bo=0&var1=Grevio&opt1=and&doc=96534>

⁴⁹ As decisões judiciais utilizam, pontualmente durante a construção da sua motivação, enunciados normativos internacionais. Nas fundamentações analisadas, nesta investigação, a Convenção de Istambul é referida, como enunciado normativo, no caso 7 (processo n.º 1119/16.1PTLSB.L1-3) do Tribunal da Relação de Lisboa e no caso 21 (processo n.º 2879/17.8T8PRT.P1), do Tribunal da Relação do Porto. Nas decisões publicadas no sítio da internet www.dgsi.pt é possível encontrar referências à Convenção de Istambul várias decisões judiciais. Há uma atenção do decisor aos imperativos da Convenção de Istambul no que toca à constatação da violação de valores fundamentais como é o caso da dignidade humana. A título de exemplo podem referir-se os seguintes casos do Supremo Tribunal de Justiça: processo n.º 88/16.2PASTS.S2, de 20 de maio de 2021, processo n.º 32/16.7TRLSB, de 28 de janeiro de 2021, processo n.º 574/16.4PBAGH.S1, de 21 de novembro de 2018 e processo n.º 172/17.5S, de 12 de julho de 2018. Também a título de exemplo, no Tribunal da Relação de Lisboa as seguintes decisões: processo n.º 698/6PALSB.L1-9, de 13 de janeiro de 2022, processo n.º 255/19.7GAVFX.L1-5, de 4 de maio de 2021, processo n.º 149/19.6GBCTX.L1-3, de 28 de outubro de 2020, processo 749/19.4PBSNT.L1-3, de 14 de outubro de 2020, processo 69/20.1PARGR-AL1-9, de 6 de junho de 2020 e processo n.º 748/16.4PBAGH.L2-5, de 5 de novembro de 2019.

⁵⁰ O sítio de estatísticas da justiça indica que em 2019 verificaram-se 2146 condenações e que 96% dos condenados correspondem ao sexo masculino (https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt/Paginas/Violencia_domestica.aspx).

⁵¹ O movimento feminista liberal considerou que era crucial o reconhecimento dos direitos às mulheres, nos mesmos termos que eram conferidos ao homem. Já na esteira do feminismo radical reivindicou-se a emancipação da mulher do espaço familiar, considerado como a esfera opressora e de subjugação da mulher. Para este movimento ver Susan Olkin (2008) Género, o público e o privado. *Revista de Estudos Feministas* (16) 2. Pp 305-332.

⁵² Para a problematização da questão sobre a subsidiariedade expressa da disposição normativa sobre a violência doméstica ver Taipa de Carvalho (2012), Fernandes (2008), Brandão (2010), Matos (2006) e Neves (2010).

⁵³ Na valoração da prova é usual a distinção entre prova direta e prova indiciária. Aquela diz respeito aos factos que se pretendem provar. Esta refere-se a factos diversos que com o auxílio de regras de experiência comum permitem formular ilações e indiciar que se verificou um determinado facto. Trata-se de um exercício de lógica indutiva associado a uma regra de ciência, máxima de experiência comum ou regra de sentido comum.

⁵⁴ Leonor Walker (1979) identificou três fases do ciclo de violência: (i) o aumento da tensão, correspondente a uma escalada de tensão entre o agressor e a vítima, durante a qual, aquele anifesta a sua posição de poder de opressão e subjugação; (ii) o episódio de violência que ocorre quer com violência

de natureza verbal, física e psicológica onde o agressor, frequentemente, usa estratégias de culpabilização da vítima ou fatores externos como dependências; (iii) a fase de “lua-de-mel”, que se manifesta através do arrependimento do agressor, prometendo não voltar a ser violento, procurando que a vítima o desculpe.

⁵⁵ O artigo 487.º, n.º 2, do código civil dispõe que “A culpa é apreciada... pela diligência de um bom pai de família...”.

⁵⁶ As regras de experiência comum e da vida são elementos de que o tribunal pode lançar mão para fundar a livre convicção, nos termos do artigo 127.º, do código de processo penal.

⁵⁷ A notícia encontra-se disponível em [Pena suspensa para homem que bateu em companheira durante 30 anos em Braga - CNN Portugal \(iol.pt\)](#). Consultada em 15 de maio de 2022. A decisão não se encontra disponível no site [www.dgsi.pt](#). Assim, as considerações sobre enunciados justificativos partem do corpo da notícia.

⁵⁸ Estabelece o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à proteção e à assistência das suas vítimas.

⁵⁹ O fundamento cognitivo das provas exige que as razões aduzidas na prova indiciária derivem de conhecimentos naturais ou científicos evitando abstrações e sentido comuns.



**VNiVERSIDAD
D SALAMANCA**

PROGRAMA DE DOCTORADO

ESTUDIOS INTERDISCIPLINARES DE GÉNERO Y POLÍTICAS DE
IGUALDAD

TESIS DOCTORAL

**ARGUMENTACIÓN JURÍDICA O LA
BUSQUEDA DEL SANTO GRIAL**

**Un estudio sobre las decisiones judiciales portuguesas
en casos de violencia doméstica en las relaciones
íntimas**

AUTORA:

BENILDE JOAQUINA PEREIRA MOREIRA

DIRECTORA

DOCTORA MARIA LOURDES SANTOS PEREZ

SALAMANCA, 2022

Índice

Agradecimientos	2
Resumen.....	12
Introducción	19
Parte I	31
Derecho, argumentación y violencia doméstica	31
Capítulo I	31
La argumentación como enfoque del derecho aplicado a la actividad judicial	31
1. Legitimación a través de la argumentación judicial	31
2. Teorías de la argumentación jurídica - contribuciones al análisis de los argumentos en las decisiones judiciales	41
3. Entre la racionalidad jurídica y el pragmatismo en las decisiones judiciales.....	55
4. ¿Cómo deciden los jueces?	63
Capítulo II	73
La dimensión institucional del derecho y la argumentación judicial	73
1. La dimensión institucional del derecho - impacto en el proceso argumentativo.....	73
2. La violencia doméstica y el tratamiento argumentativo justificativo	81
3. Magistratura y ética en el razonamiento de las decisiones judiciales	91
Parte II	100
Argumentación jurídica en casos de violencia doméstica en las relaciones íntimas.....	100
Capítulo I	100
Organización judicial en Portugal.....	100
Capítulo II	103
Representaciones y discursos en la argumentación jurídica	103
1. Desafíos de la argumentación jurídica	103
2. Análisis esquemático de la argumentación jurídica	108
2.1 Esquemas representativos de los argumentos	108
2.2. Decisiones judiciales de los tribunales superiores	113
Caso 1	114
Caso 2	122
Caso 3	133
Caso 4	140
Caso 5	149
Caso 6	157

Caso 7	169
Caso 8	180
Caso 9	188
Caso 10	197
Caso 11	204
Caso 12	209
Caso 13	216
Caso 14	232
Caso 15	255
Caso 16	265
Caso 17	275
Caso 18	282
Caso 19	288
Caso 20	298
Caso 21	307
Caso 22	319
Caso 23	327
Caso 24	345
Caso 25	353
Caso 26	360
Caso 27	376
Parte III	387
Problemas de argumentación jurídica en la violencia doméstica.....	387
Capítulo I	387
Los sentidos de la racionalidad judicial en la argumentación jurídica.....	387
1. Argumentos y discursos de la decisión judicial.....	387
2. Violencia doméstica - percepciones conceptuales	392
3. Evolución legislativa del maltrato en las relaciones íntimas - aspectos argumentales	395
Capítulo II	404
Revisión crítica de la argumentación jurídica	404
1. La protección del bien jurídico	404
1.1 Enunciados de la jurisprudencia	406
1.2 Enunciados doctrinales	408
1.3 Bien jurídico: significados y fluctuaciones comunes.....	410

2.	Especificidades del principio de dignidad humana en el contexto del delito de violencia doméstica.....	416
3.	Dinámica del principio de dignidad humana en la protección de los bienes jurídicos en el delito de violencia doméstica.....	421
4.	Problemas de calificación de las conductas típicas.....	430
5.	Complejidades argumentales en los delitos concurrentes	437
6.	La valoración de las pruebas y el papel crucial de la víctima.....	443
7.	Discursos argumentativos en las sentencias suspendidas.....	450
Parte IV.....		457
El género como enunciado metodológico de la argumentación jurídica		457
Capítulo I		457
Decisión judicial y perspectiva de género		457
1.	Los orígenes de la perspectiva de género en el ámbito judicial	457
2.	Argumentación jurídica y perspectiva de género	459
3.	Complejidad de la toma de decisiones	464
3.1	Estereotipos de género en la toma de decisiones	465
3.2	Conducta calificada: la cuestión del concurso de delitos en la violencia doméstica	468
3.3	La valoración de las pruebas desde la perspectiva de la enunciación del género.....	475
3.4	Sentencias condenatorias y absolutorias.....	487
Capítulo II		493
La perspectiva de género en las decisiones judiciales sobre violencia doméstica en casos de relaciones íntimas		493
1.	Una vez más - los estereotipos de género	495
2.	El género como enunciación metodológica de la decisión judicial.....	499
2.1	Género, argumento e interpretación.....	500
2.2	(In) Visibilidad de la perspectiva de género en las decisiones judiciales	503
3.	Supuestos para una enunciación de género en la toma de decisiones	509
3.1	Enunciado de género, interpretación y premisas de hecho	511
3.2	Enunciado de género, interpretación y premisas normativas	517
3.3	Enunciado de género y prueba indiciaria: aspectos particulares de la presunción en los argumentos decisorios	527
Conclusiones		541
Jurisprudencia		548
Bibliografía		553

Resumen

La violencia doméstica es hoy un tema ineludible en los estudios interdisciplinarios sobre el género. El derecho es uno de esos campos en los que asistimos, desde hace más de una década, a la introducción de un conjunto de medidas legislativas que van desde la protección penal hasta los mecanismos de protección de la víctima y de prevención de la violencia doméstica. En el actual Estado Constitucional, donde se consagran valores fundamentales como la dignidad humana, la libertad y la igualdad, no se puede dejar de cuestionar la forma en que los tribunales aplican y argumentan sobre el marco normativo de la violencia doméstica, que indiscutiblemente tiene el género como cuestión subyacente. Plantear el problema de esta manera permite analizar, por un lado, las prácticas de toma de decisiones y de argumentación, que son elementos fundamentales de la autoridad judicial como institución. Por otro lado, permite reclamar el papel que juegan las teorías de la argumentación en la construcción de una cadena de argumentos, a nivel de la justificación de la sentencia.

El análisis de esta tesis doctoral se centra en la argumentación jurídica en casos de violencia doméstica. Al tratarse de un fenómeno en el que la cuestión de género está latente, el estudio de las decisiones judiciales se centró en los casos de relaciones íntimas. La investigación se centra en la dimensión de la justificación, destacando la argumentación en el plano formal, material y pragmático.

La problematización con la que se inicia esta investigación se basa en la relación entre un discurso legislativo - reformista en materia de violencia doméstica - y el discurso que resulta de la aplicación de la ley. La formulación de la primera pregunta consistió en plantear qué es argumentar y cómo se debe argumentar cuando el tribunal se enfrenta a casos de violencia doméstica. Dado el volumen representativo de los malos tratos físicos y psicológicos a las mujeres, iniciamos un segundo nivel de reflexión, que consistió en equiparar los rasgos argumentativos que pueden sustraerse del análisis de las resoluciones judiciales.

Las premisas formuladas nos llevaron a afirmar cuatro objetivos principales en el proceso de investigación: (i) establecer la importancia de la argumentación jurídica, en

su vertiente de actividad judicial para el análisis de los argumentos en las decisiones judiciales sobre violencia doméstica, en las relaciones íntimas; (ii) identificar los modelos argumentativos de estos casos referidos a la estructura esquemática bajo el enfoque formal, material y pragmático; (iii) señalar una visión crítica sobre los significados (narrativas) de la argumentación jurídica en cuanto a las complejidades y dificultades de carácter material; (iv) hacer la propuesta de un enunciado de género como método e instrumento justificativo de las decisiones judiciales en casos de violencia doméstica.

En cuanto al punto I, el objetivo es destacar el papel que desempeña la argumentación jurídica en el proceso de justificación de la sentencia. La construcción de la racionalidad jurídica no puede ser arbitraria y debe obedecer a un conjunto de proposiciones normativas, principalmente las previstas en el marco constitucional. Las razones que se exponen en una argumentación jurídica no pueden ser unas razones cualquiera. Deben ser razones válidas y "buenas" para decidir por la verdad y la justicia. La argumentación jurídica que analizamos resulta de las aportaciones proporcionadas por las llamadas teorías post-positivistas que han sacudido el dogma del lenguaje legalista y positivista, llamando la atención sobre los aspectos valorativos y sobre la in disociación entre derecho y moral. Es a través de una apreciación valorativa que es posible señalar las limitaciones de un método estrictamente subsuntivo que es incapaz de resolver las dificultades de contextos específicos como los resultantes de la desigualdad estructural entre mujeres y hombres.

La formulación teórica sobre la argumentación jurídica es crucial en la aproximación al estudio de las decisiones judiciales que nos proponemos reivindicar. De hecho, los argumentos que justifican una sentencia apuntan a un discurso legitimador que implica la reflexión sobre una multiplicidad de aspectos relativos a las percepciones empíricas que se extraen de una situación de violencia doméstica. Los argumentos resultantes de esta tarea cuestionan los roles socialmente construidos entre mujeres y hombres, densifican la dualidad entre las esferas pública y privada, pero evitan una cogitación directa sobre los problemas subyacentes al género. El tema del género surge como una cuestión problemática en la violencia doméstica, ya que es una realidad que sigue afectando mayoritariamente a las mujeres. La argumentación jurídica, en cuanto a la actividad judicial, no puede ignorar esta circunstancia tan clara.

La riqueza de las teorías sobre la argumentación jurídica es riquísima y está llena de aportaciones para la comprensión en cuanto a las reglas y procedimientos de justificación de las sentencias. La delimitación de la teoría, como marco teórico de esta investigación, consideró los pasos argumentativos y la potencialidad de identificar las dificultades de justificación. Optamos por la teoría recomendada por Manuel Atienza cuya formulación teórica se basa en el análisis de los aspectos formales, materiales y pragmáticos de una decisión judicial, lo que permite dar cuenta de todos los pasos del proceso de racionalidad judicial. La racionalidad formal nos permite evaluar la lógica del discurso a través de las inferencias lógicas que se establecen. El aspecto material considera permite criticar el ethos profundizando en el contenido de las normas y sus elementos integrantes (elemento literal y teleológico). El sentido pragmático apunta a la dinámica del derecho como actividad discursiva del decisor. No nos centraremos en las concepciones de los casos difíciles, sino en el análisis de la aplicación de las disposiciones normativas y las complejidades que surgen de su aplicación ante una realidad dinámica y en constante cambio de la que forma parte el colectivo de mujeres, con sus propias diferencias y especificidades.

Hemos elegido la dimensión de la justificación en la medida en que la problematización permite encontrar soluciones. Es en el contexto de la justificación de la sentencia donde se pueden plantear los modelos argumentativos problemáticos. Un conjunto de decisiones judiciales construye una posición dominante sobre una realidad concreta que luego influye en toda la actividad jurisprudencial posterior. En este sentido, es necesario investigar la capacidad de justificación a través de la lente del género. Una argumentación jurídica puede resultar un buen ejercicio de racionalidad lógica, pero eso no significa que repercuta en la buena práctica jurídica.

Hay otros dos aspectos que merecen ser reflexionados en el punto I: el papel que desempeñan el aspecto institucional de la ley y el juez durante el proceso de formación de la sentencia. En cuanto a la perspectiva institucional, no podemos ignorar el hecho de que su conjunto de normas de funcionamiento tiene un impacto específico en la justificación de una sentencia. Pensemos, por ejemplo, en las normas sobre plazos que los jueces no pueden dejar de aplicar. O consideremos, como otro ejemplo, las normas

procesales para los recursos ante el Tribunal Constitucional, que no permiten al ciudadano común recurrir directamente a esa instancia suprema de la estructura judicial. Por otro lado, cuando el juez fundamenta y decide una sentencia, puede convertirse en un ocasional legislator, ya que el proceso de su convicción no deja de transitar por sus ideologías, valores y prejuicios. Esta reflexión permite preguntarse sobre el escrutinio al que están sometidos actualmente los tribunales por parte de la opinión pública y el papel que desempeñan en una democracia constitucional que quiere ser participativa y justa. La comunidad construye su confianza en el sistema legal no sólo porque la ley se aplica con justicia, sino porque tiene un conjunto de creencias subyacentes que la llevan a aceptar que las normas deben cumplirse. Por lo tanto, un juez no debe limitarse a cumplir la ley. Tiene que cuestionar sus implicaciones, adoptar una perspectiva interpretativa que se apoya en una dimensión de valores éticos y morales.

En el punto ii pasa por la identificación de los modelos argumentativos de los casos de violencia doméstica. Una vez justificado el marco teórico sobre la argumentación jurídica y el modelo basado en el análisis formal, material y pragmático, nos proponemos construir nuestra investigación a través de una mirada atenta a los detalles de la argumentación. Para ello, explicamos la estructura de la organización judicial en Portugal y las complejidades que se derivan del funcionamiento de la justicia. El ordenamiento jurídico portugués no consagra la figura de la violencia de género. El legislador ha decidido definir la violencia doméstica como los malos tratos físicos y psicológicos que se producen entre sujetos en una determinada relación familiar o de dependencia. Las decisiones que resultan de la aplicación de la ley son nuestro objeto de estudio, en este punto.

La delimitación de las sentencias tuvo como criterio principal la selección de casos, en relaciones íntimas, que configuren los problemas emergentes de la desigualdad de género. Por lo tanto, optamos por un estudio cualitativo, de carácter descriptivo e interpretativo, del que se destacan los argumentos, afirmaciones y razones justificativas de las sentencias.

El enfoque argumentativo, desde el punto de vista de la actividad judicial, se desarrolla a través del planteamiento esquemático de las decisiones. Se plantea su

representatividad en función de la formulación del problema y posterior construcción del pensamiento racional justificativo a través de la formulación de las principales proposiciones y su interrelación a través de líneas y flechas argumentativas, definiendo las principales razones justificativas.

Todos los casos analizados se refieren a los tribunales superiores -Tribunales de Apelación y Tribunal Supremo de Justicia- y contienen una narración resumida de los casos, la línea de argumentación jurídica, el esquema argumentativo de la decisión judicial y el análisis de los argumentos y razones justificativas. El punto ii pretende destacar los principales aspectos materiales de la línea de argumentación para luego cuestionar los diversos significados y narrativas de la decisión judicial.

El punto iii pretende señalar críticamente los problemas de la argumentación jurídica y las complejidades que se derivan de ella, en términos materiales. Los puntos anteriores muestran que el proceso argumentativo no está exento de matices muy específicos, y puede quedar claro que un razonamiento, desde el plano formal, puede estar bien justificado; sin embargo, las cuestiones de carácter material pueden causar problemas en el ámbito de la interpretación. Partimos del entendimiento general sobre las percepciones conceptuales de la violencia doméstica, aclarando su trayectoria de evolución legislativa. A partir de aquí es posible valorar la dimensión axiológica de las disposiciones normativas, dimensión que se agrega a la idea de la protección de los derechos fundamentales de las víctimas. Como la mayoría de las víctimas son mujeres, la dimensión de género que subyace a la realidad de la violencia doméstica es incuestionable.

Los principales problemas argumentativos están relacionados con aspectos relativos al bien jurídico protegido, la calificación de las conductas típicas, los delitos concurrentes, la valoración de la prueba y las sentencias condenatorias con el régimen de la pena suspendida. Se analizan los enunciados justificativos que se refieren a proposiciones normativas, doctrinales, jurisprudenciales y valorativas. Las consideraciones sobre el bien jurídico presentan oscilaciones en la comprensión doctrinal y jurisprudencial, de las que destaca la protección del bien jurídico salud física y mental, en una perspectiva de protección multimodal, de carácter complejo, ya que están en juego las conductas maltratantes de distinta naturaleza. En cuanto a las conductas típicas, existen

oscilaciones en cuanto al entendimiento de los malos tratos y qué agresiones pueden subsumirse en ellos. El criterio de la intensidad juega un papel crucial en el ámbito de la justificación ya que la lógica de la interpretación racional acaba entendiendo que las llamadas agresiones "ligeras" no encajan en la subsunción de la disposición normativa de la violencia doméstica.

En el plano de la concurrencia de delitos, se debate la relación de especialidad y subsidiariedad de la norma del artículo 152 del Código Penal con otros tipos de delitos. De aquí surge el problema de los delitos de concurrencia real y aparente. Las complejidades de la interpretación han dado lugar a justificaciones de distinta naturaleza. Por un lado, se argumenta que en la relación de especialidad, la violencia doméstica " absorbe" los delitos típicos que concurren con ella. Por otro lado, en la relación de subsidiariedad hay dos visiones: una que defiende que la violencia doméstica debe ser "consumida" por los delitos con una pena más grave (el caso de la violación) y otra que el juez debe tener especial cuidado en la interpretación de los hechos para autonomizar (si es posible) las conductas de maltrato que encajan en la subsunción de la violencia doméstica. A partir de esto, se puede cuestionar si la aplicación de la ley comprende el significado efectivo de la violencia doméstica en términos de género.

La valoración de la prueba también plantea reflexiones de carácter material cuando pensamos que en el juicio se trata de averiguar la verdad o aquello que es posible averiguar a través de los datos empíricos valorados. La convicción del juez se forma a través de percepciones conceptuales y reglas de la experiencia común que no están exentas de la influencia de las construcciones de género. La credibilidad de la víctima y de los testigos se mide a través de estas percepciones, y se espera que adopten un perfil "típico" de víctima y delincuente.

Por último, se analiza el significado de las penas suspendidas en su ejecución. El GREVIO se refirió a sus altos índices como una cifra preocupante en la medida en que estas condenas pueden suponer un aumento del riesgo para las víctimas y potenciar la reincidencia en las agresiones. La narrativa judicial, en este ámbito, es formalista en el sentido de que se decide teniendo en cuenta la personalidad del autor, sus condiciones de vida y su conducta antes y después del delito. Es decir, las razones que se aducen a través de la disposición normativa. Se plantea la cuestión de si, a la luz del contexto del

caso en cuestión, esto no permite invertir la percepción de la adecuación de la sentencia. Y es que, a pesar del sentido común adoptado por la jurisprudencia sobre la suspensión de la pena, nada en la disposición legal permite concluir que las sentencias deban seguir siempre ese curso. Principalmente cuando, caso por caso -repetimos- se verifica que el agresor muestra un desconocimiento de los bienes jurídicos protegidos, principalmente cuando se trata de situaciones de reiteración y recurrencia de la práctica agresiva.

Los resultados del análisis realizado en los puntos i, ii y iii nos permiten discutir la propuesta de un enunciado de género como método e instrumento para justificar las decisiones judiciales en casos de violencia doméstica. Argumentamos que la perspectiva de género, en el contexto de la justificación de la sentencia, debe ser considerada en relación con las premisas fácticas y normativas. Esto significa que la dimensión de neutralidad de la ley se interpreta a través de una perspectiva de género, a partir de la cual se asume que la realidad se construye con las percepciones culturales y sociales sobre los roles que desempeñan las mujeres y los hombres. A lo largo de la investigación se analizan diferentes tipos de enunciados cuya interpretación es esencial en el proceso de construcción de la convicción del juez. Entendemos que dicha interpretación debe adoptar el enunciado de género como herramienta metodológica en el sentido de asumir que, históricamente, las relaciones entre los sexos han estado subordinadas a una estructura de poder desigual y que esto tiene un impacto determinante en la vida de los sujetos y en la sociedad. El enunciado de género se propone como un instrumento corrector de las paradojas que surgen de la aplicación de la ley. Trata de matizar y determinar el ámbito de aplicación de las disposiciones normativas teniendo en cuenta los contextos desfavorables de vulnerabilidad, las relaciones de poder desequilibradas y los procesos tendentes a la discriminación de las mujeres.

El enunciado de género aparece como un instrumento fundamental en la formación de la racionalidad judicial y de una nueva cultura jurídica, atenta a las circunstancias desproporcionadas a las que están sometidas las mujeres. Es una técnica impulsada por los parámetros racionales de la justificación de las sentencias, que va más allá del dogma del discurso dominante y se presenta como un camino hacia más y mejor justicia para las mujeres y los hombres, en contextos sensibles y delicados como los de la violencia doméstica en las relaciones íntimas.

Introducción

El discurso legislativo sobre la violencia doméstica

La violencia doméstica ha surgido, ya desde hace más de una década, como un fenómeno social de graves proporciones sociales. Aunque se trata de un tipo de violencia con una manifestación expresiva en el ámbito privado, sólo en los últimos años se ha podido asistir a una profunda reforma legislativa. El Estado se ha desinhibido de su papel de regulador en la protección de los bienes jurídicos esenciales y asumió que la violencia, en el contexto de la esfera privada, merecía una censura penal, que acabó siendo determinante en la tipificación del delito de violencia doméstica en el ordenamiento jurídico portugués. Además, dada la complejidad que supone esta forma de violencia, especialmente para las mujeres, era fundamental la adopción de un conjunto de medidas preventivas y el refuerzo de la protección de las víctimas.

El marco normativo es el resultado del marco jurídico internacional que refleja un proceso evolutivo de reconocimiento de los derechos de la mujer. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación (Naciones Unidas, 1979), conocida como la carta de los derechos de la mujer, estableció la necesidad de desarrollar acciones para combatir la violencia contra las mujeres. Para ello, todos los Estados deben considerar sus derechos civiles, políticos, culturales, económicos y sociales. En 1993, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (Naciones Unidas, 1993) establece que "la violencia contra la mujer es toda acción de violencia de género que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer (...)". En 1995, la Declaración y Plataforma de Acción de Pekín (ONU) establece como uno de los objetivos fundamentales la lucha contra la violencia hacia las mujeres, definiendo mecanismos para promover la igualdad y el desarrollo de la paz.

Asimismo, a nivel internacional, el instrumento legislativo más paradigmático es el Convenio del Consejo de Europa para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul el 11 de mayo de 2011, más conocido como Convenio de Estambul. En palabras de Sottomayor (2015) "Esta

Convención refleja un avance ideológico y simbólico en la teorización de la violencia contra las mujeres, superando el lenguaje neutro de género que se ha adoptado en las legislaciones nacionales" (p. 106). Insta a los Estados a adoptar medidas no sólo preventivo sino también punitivas contra todas las formas de violencia de género y violencia doméstica.

En la práctica judicial internacional y europea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha adoptado la posición de que la violencia doméstica es una forma de violación de los derechos humanos de las mujeres, calificándola como una forma de trato cruel y degradante que puede clasificarse como tortura en virtud del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Conocemos esta posición en el caso *Opuz c. Turquía*, de 9 de junio de 2009 (33401/02) donde se condena al Estado turco por haber adoptado medidas insuficientes para la protección de las víctimas de la violencia doméstica. El tribunal consideró cuestiones de calificación de la violencia doméstica como una forma de violación de los derechos humanos y de los derechos fundamentales del Convenio Europeo de Derechos Humanos, además de equiparar las obligaciones positivas del Estado de proteger a las víctimas de la violencia doméstica. El Tribunal afirma en relación con el artículo 3, del Convenio, que:

"La respuesta de las autoridades a las acciones del marido había sido manifiestamente inadecuada en vista de la gravedad de sus delitos. Las decisiones judiciales no habían tenido ningún efecto preventivo o disuasorio perceptible e incluso habían mostrado cierto grado de tolerancia, habiendo recibido el marido una corta condena de prisión (...) En resumen, las autoridades no habían tomado ninguna medida de protección en forma de disuasión efectiva contra las graves violaciones de la integridad personal de la demandante por parte de su antiguo marido."

El marco normativo internacional ha adoptado un discurso judicial que asume al sujeto mujer como parte integrante de un grupo caracterizado por un conjunto de especificidades que deben ser atendidas en el contexto de la violencia doméstica.

El ámbito legislativo nacional ha importado las orientaciones programáticas de los convenios internacionales, dando lugar a una fuerte pendencia normativa, en el ámbito penal, de las situaciones de violencia doméstica. Por un lado, el Código Penal de 1982 prevé y castiga el delito de malos tratos o sobrecarga a menores y subordinados o entre cónyuges y, por otro lado, comienzan a concebirse y aprobarse instrumentos que vienen a constituir la base de la protección social de las víctimas (Ley nº 61/91, de 13 de

agosto). En esta secuencia, llegan a aprobarse varios Planes Nacionales contra la Violencia Doméstica (entre 1999 y 2017 se aprobaron cinco planes) cuyas directrices pretenden sensibilizar, prevenir e intervenir para proteger a la víctima de la violencia doméstica.

La evolución legislativa de la conducta típica de malos tratos, en el código penal de 1982, dio lugar a la consagración de la violencia doméstica, como delito típico, previsto y castigado en el artículo 152, introducido por la ley 59/2007, de 4 de septiembre. Es decir, el sistema portugués optó por la denominación de violencia doméstica en lugar de violencia de género. Los malos tratos físicos o psíquicos son la conducta típica del delito que puede cometerse, de forma reiterada o no, contra un grupo de sujetos vinculados por un vínculo afectivo que surge de las relaciones familiares, de noviazgo o de dependencia. Desde 2007, la disposición fue modificada por la Ley nº 19/2013, de 21 de febrero, que introdujo las relaciones de pareja y, como ejemplo, las categorías de sujetos especialmente indefensos. La Ley nº 44/2018, de 9 de agosto, introdujo la agravación de la pena en los casos de violencia cometida en presencia del menor y la difusión de datos personales, mediante imagen o sonido, relacionados con la intimidad de la vida privada de las víctimas sin su consentimiento. En la Ley nº 57/2021, de 16 de agosto, los menores descendientes de las personas mencionadas en los apartados a), b) y c), del nº 1, pasan a ser considerados como víctimas de la violencia doméstica.

El breve marco normativo internacional y nacional sobre la violencia doméstica proporciona un discurso normativo que regula una situación específica que durante muchos años estuvo excluida de la intervención del Estado, pero que, a la luz de las crecientes demandas del movimiento feminista -y específicamente de los estudios feministas sobre el derecho- merecía una consagración legislativa. El legislador ha mostrado una evidente intención de reforzar todas las situaciones que puedan implicar violencia intrafamiliar para poner de manifiesto su gravedad y su trágico impacto en la sociedad.

Este discurso legislativo no ha traducido en su práctica judicial la eficacia que las víctimas buscan en la realización de la justicia. Hamilton (2006) refiere que el sistema jurídico-penal es una institución patriarcal que perpetúa las relaciones de poder entre mujeres y hombres, que hay empatía con los agresores y que se minimizan las

situaciones de violencia contra las mujeres, poniendo en duda su credibilidad. Sottomayor (2015) también afirma que el ordenamiento jurídico ve con desconfianza al grupo de mujeres que han sido históricamente discriminadas, pero que constituyen un desafío al sistema de poder patriarcal al reclamar un reparto equitativo del poder político, económico y familiar. El Estado tiene el deber de crear medidas específicas de protección y prevención contra el grupo específico de mujeres en el camino hacia la construcción de la igualdad material y de resultados.

Los tribunales tienen un peso institucional en la sociedad que se refleja en la función de la justicia que se pretende aplicar. El lenguaje de los tribunales se traduce, por tanto, en una regulación de la vida social. Esto no quiere decir que la solución para la reducción de los casos de violencia doméstica se encuentre en los tribunales. Los tribunales tienen su propio lenguaje. Sin embargo, este lenguaje debe ser entendido por los ciudadanos para que la comunidad pueda construir un alto nivel de confianza en la justicia.

El problema: el discurso legislativo y la práctica judicial en materia de violencia doméstica

La investigación trata de la argumentación jurídica en casos de violencia doméstica en las relaciones íntimas. Los estudios evaluativos que se han desarrollado en este campo dan cuenta de cuestiones generalizadas sobre el razonamiento de las sentencias. Sin embargo, no hay un estudio detallado y esquemático del modelo argumentativo y no se discute el método legal de justificación de las decisiones judiciales. Sottomayor (2019) afirma que la visión lógica-deductiva tradicional "contiene el peligro de ocultar o negar las diferencias y formalizar en exceso los derechos". El derecho requiere el conocimiento de los significados contenidos en las disposiciones normativas, desde donde debe tener lugar la construcción de la matriz axiológica y ética que subyace al sistema normativo, que es mucho más que un mero conjunto de reglas escritas.

El marco teórico de la investigación se desarrolla a partir de las teorías de la argumentación jurídica, en la perspectiva de la actividad judicial, desde la que se construyen los discursos legitimadores y justos. En este sentido, la ley se entiende como un poderoso discurso social que atribuye un significado a la conducta de mujeres y

hombres. Al ser el sistema penal un reflejo de los valores patriarcales, tiene una influencia determinante a través de sus decisiones vinculantes y obligatorias que afectan a la libertad y a la vida del individuo. Dichas decisiones, razonadas según las disposiciones constitucionales, siguen requisitos legales y procesales que constituyen un fuerte indicador de pautas argumentativas complejas cuya narrativa es crucial para el mantenimiento de un modelo desigual o, por el contrario, para el cambio hacia la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres. Como afirma Duarte (2013), la práctica del derecho es decisiva en la forma de atribuir significado y "(in) validar la violencia de género". El marco teórico sobre la argumentación jurídica permite discutir los roles de género en un contexto de violencia doméstica en las relaciones íntimas, discutiendo el papel de los argumentos, las declaraciones, las razones, los elementos diseñados por los mentores de la racionalidad jurídica deductiva e inductiva, que son los jueces.

El enfoque de los elementos argumentativos se discute a través de una perspectiva formal, material y pragmática. En otras palabras, se pretende aclarar que el proceso argumentativo no se basa únicamente en el planteamiento de un conjunto de deducciones lógicas formales. El razonamiento judicial plantea cuestiones de carácter material y pragmático, ya que procede, con su método interpretativo, al análisis de datos empíricos y normativos. El punto de partida plantea el problema que subyace a la pregunta: ¿cómo se razona?

Las respuestas que pretendemos discutir en relación con esta cuestión se centran en la dimensión justificativa de la decisión judicial, lo que implica haber dejado de lado el contexto de descubrimiento. Los tribunales realizan un conjunto de interpretaciones que parten de premisas fácticas y normativas. Esta tarea no puede desarrollarse únicamente a través de la visión formalista, legalista y positivista del derecho. Las teorías de la argumentación jurídica permiten reivindicar el análisis de un contexto general, observando el caso concreto, según un enfoque axiológico y el aspecto valorativo subyacente que llevan las leyes.

La concepción de la argumentación jurídica permite el análisis de argumentos válidos y razonables con el fin de discutir el enunciado de género como parte de la metodología argumentativa. Teniendo en cuenta este propósito, la presente investigación utiliza estas teorías para analizar la actividad judicial y extraer de ella

problemas materiales cuya revisión crítica es tratada a través de la perspectiva de género.

La figura metafórica que utilizamos con la expresión argumentación jurídica o búsqueda del santo grial pretende evidenciar que el decisor, en el contexto de la justificación de las sentencias, aunque obedezca a un conjunto de reglas y procedimientos específicos, debe considerar la construcción de su razonamiento lógico a través de los múltiples aspectos y especificidades de los sujetos. Esto significa que encontrar el santo grial, en los casos de violencia doméstica en el contexto de las relaciones íntimas, es una construcción sistemática de argumentos y afirmaciones, de los cuales el género representa una herramienta metodológica y justificativa. Las complejidades del sistema judicial se muestran a menudo incapaces de tratar las especificidades aludidas en los casos de violencia doméstica entre mujeres y hombres. El sistema penal se enfrenta, por ejemplo, a dificultades con la duración de los procesos, pero tampoco es ajeno a los factores culturales y sociales que minimizan la violencia en las relaciones íntimas. Hay estilos discursivos, sentencias justificativas, que dejan en evidencia los problemas de la neutralidad mientras permanecen ciegos a las desigualdades que se enraízan desde un punto de vista histórico y cultural.

El enfoque que damos a un enunciado de género es fundamental para la realización de los principios inherentes a la dignidad de la persona humana y el libre desarrollo de su autonomía y personalidad. Aún hoy, la discriminación marca la vida de las mujeres, y la violencia es la mayor tragedia de la que siguen siendo víctimas de forma desproporcionada. Así, argumentar con perspectiva de género en una decisión judicial se vuelve fundamental para la comprensión de las desigualdades y para la adopción de un nuevo lenguaje justificativo de razonamiento lógico. Nos ocupamos de la revisión crítica de los argumentos de las decisiones judiciales. MacCormick (2005) afirma que la justificación de las sentencias debe utilizar proposiciones adecuadas y razonables.

Entendemos que el uso de un enunciado de género es una propuesta que responde a criterios de razonabilidad y proporcionalidad a través de las aportaciones y concepciones que las teorías feministas han desarrollado en las últimas décadas. Sostenemos que la aplicación de la ley no es un procedimiento seco y frío, exento de la influencia de factores institucionales e individuales. La aplicación del derecho es un

movimiento dinámico en el que el derecho y la argumentación están recíprocamente vinculados.

Metodología

Esta investigación utiliza una metodología cualitativa. De acuerdo con lo mencionado anteriormente, el objeto de estudio son las decisiones judiciales sobre la violencia doméstica en el contexto de las relaciones íntimas. El enfoque cualitativo también impone el estudio del cuerpo normativo, es decir, lo que resulta de la redacción de las normas contenidas en el artículo 152 del Código Penal, las disposiciones del Código de Procedimiento Penal y el marco constitucional. Según Epstein y King (2002), el análisis del derecho es el resultado del uso de la lógica jurídica en conjunción con los datos empíricos, que tiene la potencialidad de establecer una relación entre el derecho y la sociedad.

Al delimitar las decisiones judiciales como objeto de estudio, pretendemos lanzar una visión analítica de la argumentación jurídica como práctica de la actividad judicial. El análisis pretende destacar los aspectos estandarizados de los argumentos de las sentencias dadas las especificidades de la práctica de las distintas formas de violencia de pareja. La pauta argumentativa conduce a la identificación de problemas de justificación en el ámbito de la calificación e interpretación de los datos empíricos y normativos. De esta manera, se podrá proponer la construcción de un enunciado de género como instrumento de justificación de las decisiones judiciales que considere las diferencias históricamente desiguales entre mujeres y hombres. La propuesta sobre el género permite entender la dinámica relacional íntima en términos de poder y jerarquización de creencias asociadas a los roles que se supone que ocupan hombres y mujeres en una relación afectiva. Desde esta perspectiva, el enunciado de género constituye un marco teórico que corrige tales creencias y modelos e influye positivamente en la práctica de razonamiento de la sentencia.

La selección de las decisiones judiciales se realizó a través del sitio de Internet www.dgsi.pt. Se adoptó un método de análisis esquemático/cualitativo para un conjunto de veintisiete sentencias. El mismo método de análisis cualitativo se utilizó para las cuestiones surgidas del debate argumentativo, como por ejemplo, los aspectos

sobre la calificación del tipo, sobre el concurso de delitos o sobre la valoración de la prueba. A partir de aquí se originó la selección de otras decisiones con el fin de debatir ese tipo concreto de argumentos. El universo de investigación de las sentencias consideraba los tribunales superiores, es decir, los Tribunales de Apelación, el Tribunal Supremo de Justicia y el Tribunal Constitucional.

La selección de las veintisiete sentencias se basó en un conjunto de criterios de carácter analítico, a partir de la disposición establecida en el artículo 152 del Código Penal. Así, consideramos las sentencias que están anotadas junto a esa disposición en el sitio web https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=109A0152&nid=109&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&nversao= y a partir de las cuales fue posible desencadenar el proceso de identificación del modelo argumentativo. Por otro lado, se optó por seleccionar decisiones que causaron impacto social por el contenido justificativo que fue difundido y debatido por la opinión pública. Por último, se definió un criterio determinante basado en el tipo de argumentos que se pretendía analizar y que aparecen en los descriptores de las sentencias, a saber, la búsqueda de términos bien jurídico, elementos típicos del delito, concurrencia de delitos, valoración de la prueba, principio de dignidad humana y suspensión de la pena.

A pesquisa é qualitativa na medida em que considera a racionalidade lógica justificativa das decisões judiciais. A partir do referencial teórico optou-se por propor o modelo esquemático de representação dos argumentos por potenciar a identificação dos padrões argumentativos e, subsequentemente, as questões materiais mais pertinentes. Para dar suporte às problemáticas evidenciadas nos argumentos foram utilizados estudos qualitativos sobre as decisões judiciais e a violência doméstica. Quer dizer que não foi realizada a análise quantitativa de argumentos tendo, apenas, sido utilizado como suporte de sustentação da desigualdade entre homens e mulheres, os dados estatísticos oficiais.

Con la metodología utilizada creemos que es posible reivindicar a través de la argumentación jurídica los distintos problemas que surgen de la justificación de las sentencias.

Estructura de la tesis - desde la argumentación jurídica como enfoque del derecho hasta la propuesta del enunciado de género

La tesis está estructurada en cuatro partes. La primera parte destaca brevemente la relación entre el derecho, la argumentación y la violencia doméstica. Esta discusión permite formular en la segunda parte un análisis detallado sobre la argumentación jurídica en casos de violencia doméstica, en las relaciones íntimas. En la segunda parte se filtran los problemas de argumentación que surgen en el ámbito de la justificación, lo que nos permite discutir en la tercera parte el sentido de la argumentación jurídica en esos casos. La cuarta parte se refiere a la decisión judicial y la perspectiva de género donde se discute la metodología de construcción y aplicación de un enunciado de género como modelo correctivo a los problemas evidenciados.

La primera parte se compone de dos capítulos. En el primer capítulo se establece una relación entre el derecho, la argumentación jurídica y la violencia doméstica. Esta discusión pretende aclarar el enfoque de la investigación sobre la argumentación jurídica como actividad judicial y su importancia para el estudio en casos de violencia doméstica en las relaciones íntimas. Con este propósito discutimos las aportaciones de las teorías de la argumentación al análisis de los argumentos judiciales teniendo en cuenta no sólo la racionalidad judicial, sino también los factores que influyen en el proceso de toma de decisiones del juez.

En el segundo capítulo se ha examinado el aspecto institucional del derecho. Se argumenta que en las sociedades democráticas constitucionales es esencial que la aplicación de la ley convoque la fuente de principios y normas al campo de la justificación de las decisiones judiciales. La actividad judicial no sólo está relacionada con el cuerpo normativo del derecho. Reúne la naturaleza institucional y coactiva del derecho. Desde este punto de vista, el análisis se centra en el papel que desempeñan los organismos que tienen autoridad para aplicar la ley, pero también el propio sistema que se rige por una compleja mecánica de normas de funcionamiento. Estos factores son determinantes para la comprensión de los argumentos construidos por la racionalidad judicial. Esta limitación al campo de la justificación se demostrará en el contexto de los recursos ante el Tribunal Constitucional, verificando que el ciudadano común no puede recurrir directamente a esa instancia de apelación. Se hace énfasis en

la dimensión justificativa de la decisión judicial, dado que todo acto de lenguaje y limitación, de carácter institucional, puede tener un impacto directo en la vida de los individuos. El segundo capítulo concluye con un análisis del papel que desempeña la ética durante el proceso de toma de decisiones, lo que implica examinar el modo en que los jueces se forman sus convicciones. La tarea del juez es dinámica, influenciada por un conjunto de normas institucionales, pero simultáneamente por sus propias convicciones y construcciones morales recibidas de la realidad que le rodea. Es necesario, por tanto, indagar en la ética de la justicia.

La parte II trata de la argumentación jurídica sobre la violencia doméstica en las relaciones íntimas. Se analiza en detalle el proceso de toma de decisiones en estos casos. Se hacen algunas breves consideraciones sobre el modelo de organización judicial en Portugal, tratando de establecer una relación con las cuestiones institucionales del derecho que se analizaron anteriormente. La referencia teórica sobre las teorías de la argumentación jurídica nos permite proponer un análisis cualitativo de los argumentos en las decisiones judiciales a través de la formulación de esquemas argumentativos secuenciales, de los que se sustraen las principales dificultades argumentativas. En otras palabras, de la lectura secuencial de los esquemas se puede destacar el patrón de argumentos, de carácter material, que se analizan a través de la narración sumaria del caso, la línea de argumentación jurídica, el esquema argumentativo de la decisión judicial y, finalmente, el análisis de los argumentos y razones justificativas. Es, sobre todo, en este último campo donde se evidenciarán las llamadas buenas y malas razones justificativas y las normas que se establecen a través de ellas.

La parte III prosigue con un análisis de los significados derivados de la argumentación jurídica, por referencia a los casos analizados, pero también considerando otros casos de la jurisprudencia de los que se extraen los mismos rasgos argumentativos. De este modo, se analizan las percepciones conceptuales de la violencia doméstica y la evolución legislativa del concepto de malos tratos en las relaciones íntimas. La revisión crítica se desarrolla a través de la identificación de los argumentos justificativos en torno a los entendimientos establecidos sobre el bien jurídico protegido, los problemas de calificación de las conductas típicas, las complejidades que se derivan del abordaje de los delitos concurrentes en la violencia doméstica, los criterios de libre valoración de la prueba y los relatos sobre las sentencias con

suspensión de la pena en su ejecución. A través de esta revisión crítica, cuestionamos las narrativas y los significados establecidos por un marco legislativo claramente reformista y portador de valores de género que pretenden deconstruir la tolerancia social de la violencia de los hombres contra las mujeres. Se argumenta que el lenguaje judicial es capaz de construir una narrativa a través de la cual el género establece criterios evaluativos que atienden a las diferencias entre los sexos y resuelven cuestiones de desigualdad estructural y de distribución desigual del poder. En esta posición, emerge con especial preponderancia el papel que juega el principio de dignidad humana, argumento valorativo que se utiliza sistemáticamente en las decisiones judiciales, y que ha venido a aportar, como elemento justificativo en el encuadramiento de la violencia doméstica, los tratos crueles y degradantes, defendidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En la parte IV se defiende el enunciado de género como elemento metodológico para la fundamentación del razonamiento judicial y como instrumento con capacidad para revisar las cuestiones problemáticas que se tratan en la tercera parte. El punto de partida para la formulación de esta propuesta es el debate que las teorías feministas han aportado al campo del derecho, que han puesto de manifiesto la necesidad de desarrollar una argumentación jurídica sensible al género.

El debate feminista ha destacado cuestiones que son fundamentales para las reformas legislativas y el proceso de reconocimiento de los derechos de las mujeres. Sin embargo, el lenguaje de la neutralidad jurídica no ha sido superado y la influencia de los valores patriarcales persiste en las creencias de los sujetos, muchos de los cuales forman parte del sistema de justicia y aplican la ley. La problemática de género ha permitido identificar las paradojas entre el discurso legislativo y el que surge de la aplicación de la ley, es decir, las que se derivan de situaciones que siguen relegando a las mujeres a una posición de subordinación en el contexto de la violencia de la que son víctimas. En este sentido, esta cuarta parte utiliza los modelos argumentativos identificados anteriormente para considerar cómo un enunciado justificativo del género es capaz de superar las paradojas de la aplicación de la ley. Así, se analizan los estereotipos de género, la calificación de las conductas y la concurrencia de delitos, la valoración de la prueba desde una perspectiva de género y el impacto de la suspensión de la pena en su ejecución.

Se defiende una conceptualización del enunciado de género como instrumento justificativo de la decisión judicial, considerando el acto de interpretación como fundamental para la calificación y determinación del ámbito de aplicación de las disposiciones normativas. Así, se examinan las premisas fácticas y las premisas normativas. En cuanto a las premisas fácticas, se discuten las conductas de maltrato dentro de las relaciones íntimas y se debe considerar el nivel de "intensidad" para que una determinada acción sea considerada como maltrato y lesiva para la dignidad humana de la víctima. En las premisas normativas es relevante el elemento teleológico derivado del acto interpretativo que, atendiendo a los criterios de racionalidad lógica de la justificación interna de la decisión judicial, pone de manifiesto el papel crucial que juega el enunciado de género en la justificación externa.

En esta introducción pretendemos destacar el hilo conductor y argumental de esta investigación sobre la argumentación jurídica en casos de violencia doméstica en las relaciones íntimas. Se reivindica la aplicación de la perspectiva de género en cuestiones materiales del proceso argumentativo con el fin de corregir justificaciones de la racionalidad jurídica que aún retratan situaciones estereotipadas y de desigualdad estructural. Oliver Wendel Holmes es un autor al que se hará referencia varias veces durante esta investigación. En este punto inicial del debate, nos gustaría subrayar una línea de pensamiento que se desarrollará más adelante. Estudiar derecho no es un misterio. El estudio del derecho consiste en comprender la dinámica de los distintos operadores de justicia. En nuestra opinión, los tribunales deben tratar de buscar el santo grial reflexionando, construyendo y aplicando la ley de manera que la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres sea una realidad.

Conclusiones

El estudio de esta investigación tuvo como objetivo proponer una metodología de argumentación de las decisiones judiciales a través de la formulación de un enunciado de género como instrumento justificativo del proceso de toma de decisiones. Para ello, se consideraron los casos de violencia doméstica en las relaciones íntimas. La delimitación del campo de estudio tuvo en cuenta que esta forma de violencia sigue afectando de manera desproporcionada a las mujeres y por esa razón estamos delante de un problema de género.

Los resultados obtenidos a través del análisis de las sentencias permitieron formular diversos razonamientos que conducen al sostenimiento del enunciado de género en la última parte de la tesis, resultando así el punto innovador de este trabajo, en el que se destaca la metodología de la justificación de la sentencia a través de la construcción indispensable de dicho enunciado, enmarcado en una perspectiva pospositivista del derecho y resaltando su importancia como instrumento que promueve la igualdad y la justicia social. A la luz de estas afirmaciones podemos sacar algunas conclusiones.

La problematización del campo de estudio se definió a partir de la relación establecida entre el marco legislativo de la violencia doméstica y la aplicación de las disposiciones normativas, específicamente el artículo 152 del Código Penal. Dadas las expectativas creadas entre el cuerpo normativo y su aplicación, surgieron preguntas sobre cómo las sentencias frustran las expectativas de justicia en relación con las víctimas de la violencia doméstica. Para responder a esta pregunta se eligió el marco teórico de la argumentación jurídica, que resulta de una práctica donde se confrontan elementos de justificación de las sentencias, contruidos a través de una racionalidad lógica que busca responder al conflicto y lograr la justicia. Por lo tanto, era necesario establecer la relevancia de esta área de la filosofía del derecho para el estudio de la aplicación de la ley en cuanto a las situaciones de violencia doméstica.

Las denominadas teorías de la argumentación jurídica fueron discutidas desde la perspectiva de los precursores de las teorías de la argumentación y las teorías estándar.

El arte de construir argumentos se sedimentó a través de un conjunto de reglas y procedimientos, propuestos por estas teorías, pero que resultaron insuficientes para el análisis profundo que se pretendía realizar en el ámbito de la justificación de las decisiones judiciales.

Las aportaciones de cada uno de los precursores de las teorías de la argumentación son incuestionables, pero de alguna manera carecen de una aproximación al desarrollo del proceso argumentativo. Si la Tópica de Viehweg fue importante para superar el dogma de la metodología subsuntiva del positivismo, enfatizando el profundo carácter dialéctico de los operadores de la justicia, termina siendo limitante en cuanto al análisis de los aspectos sustantivos. La retórica de Perelman que apela al sentido de la persuasión del auditorio carece de una aproximación al proceso de toma de decisiones del juez que decide ante todos los elementos que se le presentan, en una vía más solitaria y mediante un procedimiento mental que la retórica es incapaz de explicar. Toulmin hace la aportación de la representación esquemática para justificar la cadena que se puede delimitar entre premisas y conclusiones. Se hace énfasis en los argumentos que deben constituir buenas razones de justificación. Con MacCormick y Alexy asistimos a la avocación de los principios y valores como fundamentales del sistema jurídico y, en consecuencia, entendidos como elementos de la argumentación jurídica. El debate adquiere especial intensidad con los procedimientos que, según ellos, son aplicables a los casos fáciles y a los casos difíciles. En esta última situación, sostienen que el derecho debe ser capaz de dar una respuesta que debe basarse en la universalidad y la coherencia del sistema jurídico.

Al analizar las decisiones judiciales sobre la violencia doméstica, observamos que las teorías presentadas eran limitativas, ya que mostraban deficiencias en el abordaje de aspectos que son preponderantes en el proceso de toma de decisiones, como las cuestiones formales y materiales. En este sentido Atienza propone un modelo de argumentación jurídica en el que establece los procedimientos de análisis de la sentencia a través de las perspectivas formal, material y pragmática. Consideramos que este marco teórico sería el más adecuado para el análisis de las oraciones porque

potencia la formulación esquemática de forma casuística y, al mismo tiempo, nos permite destacar los rasgos argumentativos que emergen de ella.

El enfoque formal, material y pragmático de las sentencias permite conocer todo un conjunto de elementos, revestidos de enorme complejidad, a través de los cuales se exponen las razones que conducen a la decisión final. Para ello, sigue una metodología de identificación de premisas fácticas y premisas normativas que conducen a una conclusión que se espera que sea adecuada según las disposiciones legales. El responsable de la toma de decisiones se encarga de valorar las distintas posiciones del conflicto, atendiendo a la reconstrucción de los hechos y a la respectiva identificación de las consecuencias jurídicas derivadas de la actuación de cada parte del conflicto. Para ello, utiliza todo un conjunto de proposiciones justificativas que incluyen una lista de afirmaciones normativas, jurisprudenciales, valorativas, empíricas e interpretativas, todas ellas susceptibles de ser analizadas desde un punto de vista formal, material y pragmático.

El modelo de análisis argumentativo de Atienza permitió obtener algunas conclusiones: en primer lugar, fue posible detectar el alto grado de formalismo en las sentencias que establecen una cadena de inferencias lógicas deductivas, en una óptica puramente positivista; en segundo lugar, el modelo esquemático permite evidenciar con mayor claridad los problemas argumentativos, bajo un punto de vista material. Por otro lado, concluimos que el enfoque pragmático pierde relevancia durante la vinculación de los presupuestos fácticos y normativos, ya que nos encontramos en un nivel de decisión en el que corresponde al juez el proceso solitario de convicción de su decisión. Sin embargo, siempre hemos mantenido que la tesis desarrollada durante el proceso argumentativo pretende, de alguna manera, convencer a "su público" de que la decisión es la más adecuada y justa. El resultado del análisis esquemático permitió reflexionar que un conjunto de justificaciones, meramente formales, no admite la formulación de un enunciado, de tipo valorativo, como es el género. Por lo tanto, es un tipo de argumentación que no es apto para resolver cuestiones de desigualdad estructural entre mujeres y hombres. Por otro lado, la argumentación, de tipo material, realza los problemas de justificación de la sentencia y potencia la enumeración de elementos favorables a la construcción del enunciado de género.

A partir de esta concepción del modelo argumentativo, de carácter material, se concluye que se identifican dificultades y paradojas derivadas de la aplicación de la ley a los casos de violencia doméstica. El bien jurídico presenta entendimientos fluctuantes que varían entre una interpretación más restringida o más amplia de los bienes protegidos, pero se basa en un entendimiento común de que es un bien jurídico de naturaleza compleja porque agrega un conjunto de conductas que son maltratantes y ofensivas para la dignidad humana. Las razones que se invocan, en relación con el bien jurídico, utilizan el argumento de la dignidad humana para la densificación de lo que debe ser la amplitud de los bienes jurídicos protegidos en la disposición penal. Entendemos que la dignidad humana enriquece la construcción del enunciado de género si tenemos en cuenta el entendimiento que le ha dado el Tribunal Constitucional. En consonancia con las teorías de la argumentación jurídica los principios son también instrumentos que ayudan a la construcción de la justificación de la sentencia porque son elementos de mando en la optimización de todo el sistema jurídico. Este es el caso de la violencia doméstica. Concluimos, a partir del debate presentado, que la dignidad humana sirve como elemento densificador de los derechos en conflicto, aunque su planteamiento justificativo se realiza en el ámbito del bien jurídico protegido. En nuestra opinión, debe replantearse el enfoque, de carácter retórico, sobre el principio de dignidad humana y los corolarios que de él se derivan, es decir, el libre desarrollo de la personalidad, la integridad física y psíquica y la autonomía de la libertad sexual. No cabe duda de que la previsión penal de la violencia doméstica integra la protección de múltiples bienes jurídicos protegidos cuya delimitación opera a nivel de esos principios constitucionales. Esto significa que la racionalidad judicial no puede dejar de considerar que cuando hay una agresión entre individuos, unidos por una relación íntima, hay una violación de los principios fundamentales de la víctima. Entonces, ¿qué relevancia tienen estos principios en el contexto del enunciado de género que reivindicamos? Son instrumentos que densifican los derechos en conflicto. En el caso, por ejemplo, de la suspensión de la pena, pueden confrontarse los derechos de la víctima y los del infractor, en la medida en que la suspensión de la pena permite al agresor conservar su libertad (que puede o no estar condicionada por las penas accesorias), lo que implica potencialmente un riesgo inminente para la víctima y, en consecuencia, un riesgo para

sus derechos fundamentales. De ello se desprende que la argumentación jurídica debe utilizar los valores axiológicos subyacentes al sistema punitivo de la violencia doméstica.

Otro conjunto de complejidades en el proceso argumentativo resulta del uso de razones estereotipadas, identificadas en el ámbito de las declaraciones empíricas. Las conclusiones extraídas por el decisor revelan convicciones sobre una posición ideal de víctima y un perfil estándar de agresor, atribuyendo roles específicos a los sujetos en disputa. La percepción del conflicto mutuo o de la reciprocidad de las conductas también opera como un elemento justificativo que exime o disminuye la culpabilidad del agente agresor. Otra dimensión normalizada por el estereotipo se refiere a la credibilidad de la víctima y de los testigos, operando el uso del criterio de las reglas de la experiencia común como elemento de un sistema institucional que todavía refleja valores patriarcales.

Las cuestiones materiales sobre los delitos concurrentes entre la violencia doméstica y otras infracciones penales nos permitieron comprobar las paradojas de la aplicación de la ley y el vacío del cumplimiento de las conductas típicas de maltrato. Pensamos que, en este nivel, la argumentación esgrime un conjunto de razones justificativas que se atienen al tenor literal de la disposición penal. En cuanto a la especial relación con otros tipos de delitos, no existen grandes dudas jurisprudenciales ni doctrinales sobre la aparente concurrencia, prevaleciendo el cumplimiento de la violencia doméstica. Aun así, siempre puede surgir la complejidad argumental en cuanto a la calificación de la conducta, que valorada según el criterio de la intensidad y la efectiva ofensa a la dignidad humana de la víctima, puede llevar a subsanar las agresiones "más leves", es decir, que el decisor opte por dejar de lado la violencia doméstica. En lo que respecta a la relación de subsidiariedad, la figura de la violencia doméstica sale perdiendo frente a los delitos castigados con penas más graves. De hecho, la disposición de la norma determina que se cumple la violencia doméstica si no se aplica una pena más grave a las conductas de maltrato. El problema que ha suscitado esta expresión se refiere a la aplicación estricta del elemento literal que, en muchos casos, al considerar la concurrencia aparente, hace desaparecer la figura de la violencia doméstica y con ella las consideraciones justificativas que aportan elementos importantes sobre el maltrato en el ámbito de este delito. En otras palabras, se ignora

el elemento teleológico de la norma y se adopta un enfoque estrictamente formal. No obstante, hay que señalar que hay decisiones que entienden la prevalencia del concurso real utilizando una razón justificada que se sedimenta a través de la autonomía de las conductas que pueden enmarcarse en la violencia doméstica.

En el ámbito de la valoración de la prueba concluimos que las decisiones judiciales analizadas ponen el acento en una valoración que se realiza a través de las reglas de la experiencia común. Por supuesto, podemos preguntarnos cuáles son estas reglas de la experiencia común en una sociedad construida sobre valores patriarcales. Este marco no está exento de influencia en la formación de la convicción del juez. Sin embargo, siempre es posible identificar los criterios asociados a la aplicación de esas reglas y que se basan esencialmente en las pruebas aportadas al proceso y a partir de las cuales es posible formular inferencias y estándares mínimos que lleven a la convicción de una posible verdad. En este sentido, se plantean problemas de credibilidad de las víctimas y de reciprocidad de la conducta. Los elementos de justificación acaban configurando a la víctima creíble a través de un comportamiento "ideal" capaz de demostrar que el relato es coherente, seguro, lógico y no sufre contradicciones.

Otra conclusión se refiere a los elementos justificativos de las penas de prisión suspendidas. El delito de violencia doméstica se sistematiza como perteneciente al tipo de delitos violentos. Sin embargo, los elevados índices de condenas apuntan a la suspensión de las mismas en su ejecución, lo que indica que no se tienen en cuenta las cuestiones de género que subyacen en el contexto de la violencia doméstica. La justificación de las decisiones judiciales se basa, fundamentalmente, en lo que dice la ley sobre la personalidad del autor y su predisposición a reconocer su conducta ilícita, asumiendo que no tiene intención de repetirla. La política criminal adopta un discurso orientado a la resocialización del delincuente y a la protección de la víctima, pero descuida el equilibrio que debe resultar de la ponderación de los derechos de ambos. La expectativa de la comunidad de recibir una compensación por el bien jurídico vulnerado no se deriva únicamente de su protección, sino que también implica que la comunidad encuentra seguridad jurídica en la práctica judicial. Esta afirmación implica que una sentencia suspendida no puede constituir un peligro real o inminente para la víctima.

Las últimas conclusiones pretenden justificar el enunciado de género propuesta como proposición que justifica la decisión judicial en los casos de violencia doméstica. Argumentamos que la afirmación de género se deriva del acto de interpretar las premisas fácticas y normativas, siendo éstas los supuestos de aplicación de esa proposición justificativa. La lente de género no afecta en absoluto a la racionalidad de la decisión judicial. Por el contrario, apela al aspecto valorativo de los elementos empíricos y normativos que tienen en cuenta las asimetrías y desigualdades sistémicas que se dan entre hombres y mujeres en el plano de las relaciones íntimas. El enunciado de género es un acto de interpretación, calificación y determinación sobre cómo se aplica la ley en los contextos estructurales de la violencia íntima. Este razonamiento - que también es lógico e inductivo- no puede dejar de considerar a las mujeres y a los hombres como sujetos diferenciados por construcciones históricas y culturales en las que están arraigadas las estructuras de poder que han convencionalizado la subordinación de las mujeres a los hombres. La práctica judicial debe ser capaz de interpretar las premisas fácticas y normativas de acuerdo con el valor sistemático y axiológico que subyace en el discurso legislativo. Defendemos que la enunciación del género como elemento justificativo de las sentencias judiciales en casos de violencia doméstica resuelve los problemas que hemos puesto de manifiesto desde el análisis esquemático y secuencial de los argumentos. Nos parece que esta perspectiva del enunciado de género es un elemento densificador de nuevas líneas de investigación en el campo de la violencia doméstica, concretamente para las situaciones en las que los hombres también son víctimas de conductas abusivas. Por lo tanto, esta línea de investigación sigue abierta.

Por ahora, terminamos con un autor con el que iniciamos la introducción a esta investigación. En palabras de Oliver Wendell Holmes "no todos podemos ser Descartes o Kant pero todos queremos la felicidad... los aspectos más remotos y generales del derecho son los que le dan un interés universal". La dimensión de género puede constituir un instrumento liberador del tecnicismo formalista de la aplicación de la ley, permitiéndonos considerar los aspectos valorativos de la trágica realidad que supone la violencia doméstica en las relaciones íntimas. Con esta tesis no pretendemos alinearnos con el discurso mainstream y refutamos la imputación de una ideología populista. Con

esta investigación pretendemos contribuir a un movimiento de cultura jurídica capaz de abordar los problemas de discriminación de las mujeres y de tratar con justicia las situaciones de violencia de las que son víctimas.

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 15/11/2017, n.º 725/2017

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 26/04/2017, n.º 196/2017

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 03/10/2017, n.º 605/2017

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 28/06/2017, n.º 347/2017

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 13/02/2017, n.º 54/2017

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 07/06/2016, n.º 349/2016

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 28/10/2015, n.º 555/2015

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 09/12/2015, n.º 637/2015

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 02/12/2014, n.º 805/2014

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 25/09/2012, n.º 415/2012

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 23/10/2012, n.º 474/12

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 08/04/2010, n.º 121/2010

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12/03/2009, n.º 09P0236

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 03/03/2009, n.º 101/2009

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 29/07/1998, n.º 526/98

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 06/05/1998, n.º 128/98

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 29/03/1990, n.º 90-105-2

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 12/05/1984, n.º 84-016-2

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27/11/2019, processo n.º 86/18.1GBTCS.C1.S1

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30/10/2019, processo n.º 39/16.4TRGMR.S2

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20/04/2017, processo n.º 2263/15.8JAPRT.P1.S1

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 03/03/2016, processo n.º 768/10.6SMPRT.P1.A.S1

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 09/07/2014, processo n.º 114.137JAPDLS.S1

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23/06/2010, processo n.º 125/15.8PHSNT.S1

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6/10/2010, processo n.º 936/08.JAPRT

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 05/04/2006, processo n.º 06P468

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30/10/2003, processo n.º 3252/03

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 08/01/1997, processo n.º 934/96

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13/11/1997, processo n.º 844/97

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 05/02/2020, processo n.º 71/16.8GGCBR.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 12/04/2018, processo n.º 3/17.6GCIDN.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 10/01/2018, processo n.º 1641/16.0T9VIS.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 22/11/2017, processo n.º 1176/16.0PBCBR.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 06/06/2017, processo n.º 34/16.3T8FIG-A.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 28/01/2015, processo n.º 511/13.8TACUL.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 02/10/2013, processo n.º 32/13.9GBLSA.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 16/01/2013, processo n.º 486/08.5GAPMS.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 24/04/2012, processo n.º 632/10.9PBVAR.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 9/05/2012, processo n.º 347/10.8PATNC.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 21/03/2012, processo n.º 460/10.1JALRA.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 17/11/2010, processo n.º 638/09.0PBFIG.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 28/04/2010, processo n.º 13/07.1GACTB.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 10/03/2010, processo n.º 1452/09.9PCCBR.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 12/05/2010, processo n.º 1290/12.1PAVR.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 21/01/2009, processo n.º 525/06.4GCLRa.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 01/04/2019, processo n.º 155/18.8T8BJA-E.E1

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 22/03/2018, processo n.º 297/15.1T8TM-C.E1

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 19/05/2015, processo n.º 1154/12.9GBLLE

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 29/01/2014, processo n.º 1290/12.1PBAVR.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 01/10/2013, processo n.º 258/11.0GAOLH.E1

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 08/01/2013, processo n.º 113/10.0TAVVC.E1

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 12/05/2010, processo n.º 258/08.7GDLRA.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 9/10/2017, processo n.º 83/14.6GAMCD.G1

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 08/05/2017, processo n.º 669/16.4JABRG.G1

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 06/02/2017, processo n.º 201/16.06GBBCL.G1

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 02/11/2015, processo n.º 77/14.1TAAVV.G1

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 03/03/2014, processo n.º 1396/12.7GBBCL.G1

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 21/10/2013, processo n.º 353/11.5GDGMR.G1

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 10/09/2012, processo n.º 1011/11.6GBBCL-G1

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 17/05/2010, processo n.º 1379/07.9PBGMR.G1

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 15/10/2008, processo n.º 639/08.6GBFLG.G1

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13/01/2021, processo n.º 116/20.7 PFLRS.L1-3

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 21/10/2020, processo n.º 689/19.7PCRGR.L1-3

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 07/02/2019, processo n.º 98/18.5PLSNT.L1-9

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 21/02/2018, processo n.º 1119/16.1PTLSB.L1-3

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12/04/2018, processo n.º 670/16.8T8AMD.L1-2

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 10/05/2018, processo n.º 2208/17.0T8CSC-A.L1

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11/09/2018, processo n.º 537/1537PBPDL.L1-5

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16/03/2017, processo n.º 1585/165T8SXL-B.L1

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22/11/2017, processo n.º 1139/16.6S6LSB.L1-3

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

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 31/05/2016, processo n.º 249/14.9PAPTS.L1-5

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 08/04/2015, processo n.º 2866/12.2T3SNT.L1-3

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16/09/2015, processo n.º 279/14.0PLSNT.L1-3

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16/09/2015, processo n.º 279/14.0PLSNT.L1-3

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 23/04/2015, processo n.º 469/13.3PBAMD.L1-9

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15/01/2013, processo n.º 1354/10.6TDLSB.L-5

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13/04/2011, processo n.º 250/066PCLRS.L1-3

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 02/03/2011, processo n.º 938/08.7PCCSS.L1-3

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 04/10/2010, processo n.º 311/15.0JAPDL.L1-5

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 07/12/2010, processo n.º 224/05.4GCTVD.L1.5

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 27/02/2008, processo n.º 1702/2008-3

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 06/06/2001, processo n.º 34263

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 16/03/2022, processo n.º 1052/20.2GBVNG.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 16/03/2022, processo n.º 613/20.4PDVNG.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 02/02/2022, processo n.º 927/20.3KRPR.T.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13/01/2021, processo n.º 799/18.8 GBPN.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 14/07/2020, processo n.º 11/17.7GFVNG.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 16/12/2020, processo n.º 829/18.3 GBAMT.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 09/05/2018, processo n.º 40/17.0GCOAZ.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 15/11/2018, processo n.º 2879/17.8T8PRT.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13/06/2018, processo n.º 189/17.0GCOVR.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 14/06/2017, processo n.º 16/16.5GAAGD.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13/09/2017, processo n.º 1230/14.3PJPR.T.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 27/09/2017, processo n.º 1342/16.9JAPRT

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 27/09/2017, processo n.º 1985/08.4TBVNG.3P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 16/06/2017, processo n.º 16/16.5GAAGD.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 11/10/2017, processo n.º 355/15.2 GAFL.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 07/07/2016, processo n.º 18/15.9GAPRD.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 27/01/2016, processo n.º 288/15.2PIPRT.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 11/03/2015, processo n.º 91/14.7PCMTS.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10/09/ 2014, processo n.º 1295/13.5PIPRT.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 22/01/2014, processo n.º 156/11.7GARSD.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10/09/2014, processo n.º 648/12.0PIVNG.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10/07/2013, processo n.º 413/11.2GBAMT.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 06/06/2013, processo n.º 2167/10.0PAVNG.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 29/02/2012, processo n.º 368/09.3PQPRT.P1

Case Opuz v. Turkey, 33401/02, Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, de 9 de junho de 2009

Case Osman v. The United Kingdom, 87/1997/871/1083, Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, de 28 de outubro de 1998.

Case MacPherson v. Buick Motor, Co, 217 NY 382, Court of Appeals of New York, de 14 de março de 1916

Case Riggs v. Palmer, 115 NY 5 06, Court of Appeals of New York, de 8 de outubro de 1889

Case Valiulienè v. Lithuania, 333234/07, Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, de 26 de março de 2013

Sentencia del Tribunal Supremo de España, STS 892/2021, de 18 de novembro de 2021

Bibliografia

- Abellán, M. G. (2014). Estándares de prueba y motivación. Em M. G. Avellán, *Argumentación jurídica* (pp. 427-455). Tirant lo Blanch.
- Alarcão, M. (2000). *(Des) Equilíbrios Familiares*. Quarteto.
- Albertín, P., Cubells, J., & Casalmiglia, A. (2009). Algunas propuestas psicosociales para abordar el tratamiento de la violencia hacia las mujeres en los contextos jurídico-penales. *Anuario de Psicología Jurídica*, 111-123.
- Albuquerque, P. P. (2009). *Comentário ao Código Penal*. Coimbra Editora.
- Albuquerque, P. P. (2011). *Comentários do código de processo penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. (4 ed.). Universidade Católica.
- Albuquerque, P. P. (2015). *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3ª edição. Universidade Católica Editora.
- Albuquerque, P. P. (2015). *Comentário do Código Penal à luz da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3ª edição. Universidade Católica Editora.
- Alexy, R. (1992). A Discourse-Theoretical conception of practical reason. *Ratio Juris*. Volume 5 (3), pp. 231-251.
- Alexy, R. (1992a). Rights, legal reasoning and rational discourse. *Ratio Juris*. Volume 5 (2), pp. 143-152.
- Alexy, R. (2001). *Teoria da argumentação jurídica*. Z. H. Silva (Trad.) Landy Editora.
- Alexy, R. (2008). *Teoria dos direitos fundamentais*. V. A. Silva (Trad.) Malheiros Editores. Obtido em 07 de 01 de 2022, de <http://noosfero.ucsal.br/articles/0010/3657/alexey-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf>
- Alexy, R. (2012). *Interpretação teleológica e vinculação à lei*. M. B. Bastos (Trad.) Coimbra Editora.
- Almeida, J., & Dias, J. P. (2010). Efectividade da independência e/ou autonomia do poder judicial em Portugal: reflexões sobre as condições externas e internas. *Julgat*, pp. 77-101.
- Amâncio, L. (2003). O género no discurso das ciências sociais. *Análise Social*. 38 (168), 687-714.
- Amaral, M. L. (s.d.). O princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência constitucional. Em *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário* (pp. 945-964). Obtido de <https://blook.pt/publications/publication/be26ab54ffd8/>
- Andrade, M. D. (1980). A vítima e o problema criminal. *Separata de Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (21), 236.
- Aristóteles. (1991). *Ética a Nicômaco*. E. d. Souza (Trad.) Nova Cultural.
- Aristóteles. (2018). *Retórica* (5ª edição ed.). Imprensa Nacional Casa da Moeda.

- Associação Portuguesa de Mulheres Juristas. (2001). Do crime de maus tratos. *Cadernos Hipátia* (1), 9-10.
- Atienza, M. (1989). Sociología jurídica y ciencia de la legislación. Em R. Bergalli, *El derecho y sus realidades: investigación y enseñanza de la sociología jurídica* (pp. 41-70). Promociones y Publicaciones Universitarias da la Sociología Jurídica.
- Atienza, M. (1994). Las razones del derecho. Sobre justificación de las decisiones judiciales. *Revista de teoría y filosofía del derecho*(1), 64.
- Atienza, M. (Octubre de 1994). Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales. *Isonomia: revista de teoría y filosofía del derecho*(1), 51-69.
- Atienza, M. (1999). El derecho como argumentación. *ISEGORÍA* 21, pp. 37-47.
- Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Atienza, M. (2006). *El derecho como argumentación*. Ariel.
- Atienza, M. (2009). *Como analizar una argumentación jurídica*. Cevallos Editora Jurídica.
- Atienza, M. (2011). Cómo evaluar las argumentaciones judiciales - Notas y discusión. *Dianóia*, 113-134.
- Atienza, M. (2013). *Curso de Argumentación Jurídica*. Editorial Trotta.
- Atienza, M. (2014). *O direito como argumentação*. Escolar Editora.
- Atienza, M. (2011). Discusiones y notas. Cómo evaluar las argumentaciones judiciales. *Diánoia*, pp. 113-164.
- Atienza, M., & Manero, J. R. (2001). La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica. *Doxa*(24), 118-130.
- Atienza, M., & Manero, J. R. (2004). *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos* (2ª Edición actualizada). Ariel Derecho.
- Bailey, K. D. (2010). Criminal law. Lost in translation: domestic violence, "the personal is political", and the criminal justice system. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 100(4), 1255-1301.
- Barreno, M. I. (1985). *O Falso Neutro*. Instituto de Estudos para o Desenvolvimento.
- Bartlett, K. (1994). Gender Law. *Duke Journal of Gender Law & Policy*, 1(1), 1-20.
- Bartlett, K. T. (1990). Feminist Legal Methods. *Harvard Law Review*, 103 (4), 829-888.
- Beleza, T. (1989). Maus tratos conjugais: artigo 153.º, n.º 3, do Código Penal. Materiais para o estudo da parte especial do Direito Penal. *Estudos monográficos*. 1, 57-60.
- Beleza, T. (1990). *Mulheres, Direito e crime ou a perplexidade de Cassandra*. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.
- Beleza, T. (2008). Violência doméstica. *Revista CEJ. Especial*.
- Beleza, T. (2013). A violência doméstica e as desigualdades de género no direito penal português. *Dossier Violência Doméstica*, pp. 8-10.

- Beleza, T. (2021). Violência doméstica. Em R. Cardoso, H. Susano, A. Y. Oliveira, J. Quaresma, P. Agostinho, & C. Figueiredo, *Violência doméstica e violência na intimidade* (pp. 11-18). Centro de Estudos Judiciários.
- Beleza, T. P. (2002). Antígona no reino de Creonte. O impacto dos estudos feministas no direito. *Ex aequo*, 6, pp. 77-89.
- Beleza, T. P. (2004). Anjos e monstros - a construção das relações de género no direito penal. *Ex aequo*. N. 10, pp. 29-40.
- Beleza, T. P. (2010). *Direito das Mulheres e da Igualdade Social: A Constituição Jurídica das Relações de Género*. Almedina.
- Beltrán, J. F. (2005). *Prueba y verdad en el derecho* (2ª edição ed.). Madrid: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- Beltrán, J. F. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Bentham, J. (1962). An Introductory view of the Rationale of Evidence. For the use of Non-Lawyers as well as Lawyers. Em J. Bowring, *The works of Jeremy Bentham 1838-1843*. Vol. VI (p. p. 583). Russel & Russel - Inc.
- Borella, F. (1999). Le concept de dignité de la personne humaine. Em P. Pedrot, *Ethique droit et dignité de la personae*. Economica.
- Brandão, N. (2010). A tutela especial reforçada da violência doméstica. *Julgar*. N.º 12.(especial). pp. 9-24.
- Bravo, J. R. (2005). A atuação do Ministério Público no âmbito da violência doméstica. *Revista do Ministério Público*, pp. 45-78.
- Brito, A. M. (2013). *Livre apreciação da prova e prova indirecta*. Obtido de [www.tre.mj.pt: http://www.tre.mj.pt/docs/ESTUDOS%20-%20MAT%20CRIMINAL/Livre_Aprec_Prova%20e%20Prova_Indirecta.pdf](http://www.tre.mj.pt/docs/ESTUDOS%20-%20MAT%20CRIMINAL/Livre_Aprec_Prova%20e%20Prova_Indirecta.pdf)
- Brito, A. M. (2014). O crime de violência doméstica: notas sobre a prática judiciária. (pp 1-17). Procuradoria Geral da República.
- Bronze, F. J. (2019). *Lições de Introdução ao Direito* (3ª ed.). Gestlegal.
- Butler, J. (1990). *Gender trouble: feminism and the subversion of identity*. Routledge.
- Cabral, J. A. (2020). Prova directa e indirecta. Em M. H. Susano, *Da prova indirecta ou por indícios*. (pp 13-24). Centro de Estudos Judiciários.
- Cabral, S. (2019). Prova directa e indirecta. Em R. Cardoso, H. Susano, J. Quaresma, A. A. Oliveira, S. Figueiredo, P. N. Agostinho, & V. S. Batista, *Direito probatório, substantivo e processual penal*. (pp 23-34). Centro de Estudos Judiciários.
- Canotilho, J. J. (1991). *Direito constitucional*. Almedina.
- Canotilho, J. J. (2003). *Direito constitucional e teoria da constituição*. (7ª ed.). Almedina.
- Cardoso, C. (2020). O crime de violência doméstica e o concurso de normas e de crimes. Em R. Cardoso, H. Susano, A.-Y. Oliveira, J. Quaresma, P. Agostinho, S. Figueiredo, & V. Batista,

- Violência doméstica e de género e mutilação genital feminina.* (pp 31-50). Centro de Estudos Judiciários.
- Cardozo, B. N. (1927). *The nature of the judicial process*. New Haven: Yale University Press. Obtido de https://constitution.org/1-Constitution/cmt/cardozo/jud_proc.htm
- Caridade, S., Sousela, L., & Machado, C. (2021). Género e violência na intimidade: que relação? Em R. Cardoso, H. Susano, A.-Y. Oliveira, J. Quaresma, & P. Agostinho, *Violência doméstica e violência na intimidade*. (pp 105-121). Centro de Estudos Judiciários.
- Carnelutti, F. (1958). *Diritto e processo*. Morano Editore.
- Carrió, G. R., & Carrió, A. D. (1999). *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*. 3ª ed. Adeledo-Perrot.
- Carvalho, A. T. (2014). *Direito Penal. Parte geral. Questões fundamentais. teoria Geral do crime*. (2ª edição). Coimbra Editora.
- Carvalho, J. T. (2013). Breves palavras sobre a fundamentação da matéria de facto no âmbito da decisão final penal no ordenamento jurídico português. *Julgar*, 21, 75-87.
- Carvalho, M. C. (2008). A base argumentativa na decisão judicial. *Julgar*. N.º 6, http://julgar.pt/julgar_em_papel/julgar-n-o-6/.
- Carvalho, T. d. (2012). *Comentário Conimbricense do Código Penal - Parte Especial* (Vol. Tomo I). (J. F. Dias, Ed.). Coimbra Editora.
- Centro de Estudos Judiciários. (2016). *Violência Doméstica - implicações sociológicas, psicológicas e jurídicas do fenómeno. Manual Pluridisciplinar*. Centro de Estudos Judiciários.
- Comissão Nacional de Promoção dos Direitos dos Jov. (2018). *Relatório de Avaliação da Atividade das Comissões de Proteção de Crianças e Jovens*. Comissão Nacional de Promoção dos Direitos e Proteção das Crianças e Jovens.
- Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género. (2021). Obtido de Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género: <https://www.cig.gov.pt/area-igualdade-em-numeros/indicadores-chave/>
- Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género. (2021). *Igualdade de género em Portugal. Boletim estatístico 2021*. Lisboa: Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género. Obtido em 05 de 02 de 2022, de file:///D:/Forma%C3%A7%C3%A3o%20Nervir/FF-IG-Vila%20Real%20A%C3%A7%C3%A3o%203/Materiais%20de%20apoio/CIG-Igualdade%20Genero-Est%202021.pdf
- Cook, R., & Cusack, S. (2010). *Estereótipos de género. Perspectivas legais transnacionais*. Profamilia.
- Cordeiro, A. M. (2012). *Tratado de Direito Civil* (Vol. 1). Almedina.
- Correia, E. (1988). *Direito Criminal* (Vol. Volume II). Almedina.
- Correia, E., & Dias, J. F. (2016). *Direito criminal* (Vol. Volume II). Almedina.
- Cortês, A. (2010). Administração Pública. Em J. Miranda, & R. Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I. 2ª edição* (pp. 77-78). Coimbra Editora.

- Cortês, A. (2010). *Jurisprudência dos princípios. Ensaio sobre os fundamentos da decisão jurisdicional*. Universidade Católica.
- Council of Europe. (2019). *Greivio baseline. Evaluation Report. Portugal*. Strasbourg: Secretariat of the monitoring mechanism of the Council of Europe Convention.
- Crawford, B. J., Stanchi, K. M., & Berger, L. L. (2018). Feminist Judging Matters: How Feminist Theory and Methods. *University of Baltimore Law Review*, 167, pp 167-197.
- Cubells, J., Calsamiglia, A., & Albertín, P. (2010). El ejercicio profesional en el abordaje de la violencia de género en el ámbito jurídico-penal: un análisis psicosocial. *Anales de psicología*, 26 (1) enero, pp 367-377.
- Cusack, S. (2014). *Eliminating judicial stereotyping: equal access to justice for women in gender-based violence cases*. Obtido em 2018, de <https://rm.coe.int/1680597b20>
- Dahl, R. (1957). Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a national policy-maker. *Journal of Public law*, 6, pp 279-295.
- Dahl, T. S. (1993). *O direito das mulheres: uma introdução à teoria do direito feminista*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- Delegação Portuguesa. (2007). *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência*. Obtido em 07 de 01 de 2022, de <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/conteudo/files/textos/textos0202041.pdf>
- Diário de Notícias. (04 de 01 de 2022). *Agente da PSP condenado a três anos de prisão por violência doméstica, mas com pena suspensa*. Obtido em 07 de 06 de 2022, de <https://www.dn.pt/sociedade/agente-da-ssp-condenado-a-tres-anos-de-prisao-por-violencia-domestica-mas-com-pena-suspensa-14460136.html>
- Dias, F. (2007). *Direito penal. Parte Geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina em geral do crime. 2ª edição*. Coimbra editora.
- Dias, F., & Andrade, C. (2013). *Criminologia - O homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra Editora.
- Dias, I. (2010). Violência doméstica e justiça. *Revista do departamento de sociologia da FLUP*, XX, pp 245-262.
- Dias, J. d. (1991). Velhas e novas questões sobre a pena de suspensão da execução da pena de prisão. *Revista de legislação e jurisprudência*.
- Dias, J. d. (2007). *Direito penal. Parte geral 1. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*. (Vol. 1). Coimbra Editora.
- Dias, J. d. (2007). *Direito Penal. Parte Geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Tomo I. 2ª edição*. Coimbra Editora.
- Dias, J. d. (2009). *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*. Coimbra Editora.
- Dias, J. d. (2012). *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Coimbra Editora.
- Dias, J. F. (2012). *Direito Penal. Parte geral. Tomo I: Questões fundamentais. A Teoria geral do crime*. Coimbra Editora.

- Dias, J. P., & Almeida, J. (2010). Efectividade da independência e/ou autonomia do poder judicial em Portugal: reflexões sobre as condições externas e internas. *Julgar*(10), pp 77-101.
- Duarte, M. (Fevereiro de 2007). Acesso ao direito e à justiça: condições prévias de participação dos movimentos sociais na arena legal. *Oficina do Centro de Estudos Sociais. N.º 270*, pp. 1-16.
- Duarte, M. (2011). Violência doméstica e a sua criminalização em Portugal: obstáculos à aplicação da lei. *Revista eletrónica da Faculdade de Direito - Sistema Penal e Violência*, 2, pp 1-12.
- Duarte, M. (2013). O lugar do direito na violência contra as mulheres nas relações de intimidade. *Revista Género & Direito*, 1, pp 25-45.
- Duarte, M., Fernando, P., Gomes, C., Oliveira, A., & Ribeiro, T. (2016). *Violência doméstica. Estudo avaliativo das decisões judiciais. Coleção estudos de género. 12*. Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género.
- Dworkin, R. (1977). *Taking rights seriously*. Harvard University Press.
- Dworkin, R. (2003). *Dominio da vida. Aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Martins Fontes.
- Dworkin, R. (2014). *La filosofía del derecho* (2ª edição ed.). Fondo de Cultura Económica.
- European Institute for Gender Equality. (2017a). *Terminology and indicators for data collection: Rape, femicide and intimate partner violence*. Office of the European Union.
- European Institute for Gender Equality. (2019). *Understanding intimate partner violence in the EU: the role data*. Office of the European Union.
- Faria, P. R. (2017). *Formas especiais do crime*. UCP.
- Feitor, S. I. (2013). Análise crítica do crime de violência doméstica. *Pontos de Vista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, p. 3.
- Feria, T. (2017). Julgar com perspectiva de género? *Julgar*, pp 1-13.
- Fernandes, N. (Abril de 2016). A realização do direito através da sentença judicial devidamente fundamenta. *VI Jornadas de teoria do direito, filosofia do direito e filosofia social*, pp. pp 309-331.
- Fernandes, P. C. (2008). Violência doméstica - novo quadro penal e processual penal. *Revista do CEJ. N.º 8 (1 sem)*, pp. 304-308.
- Fernandes, P. C. (2008). Violência doméstica no quadro penal e processual penal. *Revista do CEJ, 8* (Jornadas sobre revisão do código penal), pp 293:340.
- Fernandes, P. C. (2008). Violência doméstica. Novo quadro penal e processual penal. *Revista do CEJ. N.º 8 (especial)*., pp293-340.
- Ferrajoli, L. (1999). *La ley del más débil*. A. Ibáñez, & A. Greppi. (Trads.)Trotta.
- Ferrajoli, L. (2006). *Derecho y razón*. Trotta.
- Ferreira, M. E. (2005). Algumas considerações acerca da Lei n.º 7/2000, de 27 de maio que torna público o crime de maus tratos a cônjuge - como instrumento de combate à violência

- conjugal. *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1077* (pp. 711-723). Coimbra Editora.
- Ferreira, M. E. (2017). Crítica ao pseudo pressuposto da intensidade do tipo legal da violência doméstica. *Julgar Online*, 8.
- Ferreira, M. E. (2017). O crime de violência doméstica na jurisprudência portuguesa. Do pseudo requisito da intensidade da conduta típica à exigência revisitadas de dolo específico. Em J. d. Costa, *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade* (pp 583:568). Universidade de Coimbra.
- Ferreira, M. G. (1970). *Curso de Processo Penal* (Vol. 2). Serviço Social da Universidade de Lisboa.
- Ferrer, J. (2019). La paradoxa de valoración de la prueba con perspectiva de género. Obtido em <https://www.youtube.com/watch?v=SlsoI3WQLy4>.
- Finley, L. M. (s.d.). *Breaking Women's Silence in Law: the dilemma of gendered nature of legal reasoning*. Obtido em 19 de 01 de 2022, de Yale Law School Faculty: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4011/
- Frug, M. J. (1992). *Postmodern legal feminism*. Routledge.
- Gama, R. (2020). Prueba y perspectiva de género. Un comentario crítico. *Quaestio facti. revista internacional sobre razonamiento probatorio*(1), pp 285-298.
- Gilliam, T., & Jones, T. (1975). *Monty Python and the Holy Grail*. NRC.
- Gomes, C. S. (2004). *O crime de maus tratos físicos e psíquicos infligidos ao cônjuge ou convivente em condições análogas à dos cônjuges*. AAFDL.
- Gomes, C., Fernando, P., Ribeiro, T., Oliveira, A., & Duarte, M. (2016). *Violência Doméstica. Estudo avaliativo das decisões judiciais*. Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género.
- Gomes, J. C. (2008). A motivação judicial em processo penal e as suas garantias constitucionais. *Julgar*, 6, 77-97.
- GREVIO. (2019). *Baseline Evaluation Report. Portugal*. Strasbourg: Council of Europe.
- Guerra, P. (2020). *Violência Doméstica - implicações sociológicas, psicológicas e jurídicas do fenómeno – Manual pluridisciplinar*. Centro de Estudos Judiciários.
- Guerra, P., & Gago, L. (2020). *Violência doméstica - implicações sociológicas, psicológicas e jurídicas do fenómeno. Manual pluridisciplinar*. Centro de Estudos Judiciários.
- Guimarães, E. (1986). A mulher portuguesa na legislação civil. *Análise Social, Terceira série* (22)(92-93), pp 557-577.
- Habermas, J. (1999). *Direito e moral*. Instituto Piaget.
- Hamilton, M. (2006). *Judicial discourses involving domestic violence and expert testimony*. University of Texas.
- Hart, H. L. (1994). *O conceito do direito*. (A. R. Mendes, Trad.). Fundação Calouste Gulbenkian.
- Holmes Jr., O. W. (1897). The path of law. *Harvard Law Review*. 457, pp. 1-20.

- Ibañez, A. P. (2011). Sobre a formação racional da convicção judicial. *Julgar*. N.º 13, pp. 155-173.
- Internacional, A. (27 de 25 de 2021). *Violência doméstica: preocupante decisão do Tribunal de Paredes*. Obtido em 07 de 06 de 2022, de <https://www.amnistia.pt/absolvicao-de-crime-de-violencia-domestica-e-profundamente-preocupante/>
- Jescheck, H. H. (1981). *Tratado de derecho penal. Parte general*. S. Puig, & F. Conde. (Trad.) Casa Editorial, SA.
- Jescheck, H. H. (1993). *Tratado de derecho penal: parte general*. J. L. Samaniego. (Trad.) Comares.
- Jr., O. W. (2009). *The Common Law*. Harvard University Press.
- Justo, A. S. (2012). *Introdução ao estudo do direito*. Coimbra Editora.
- Kant, I. (2008). *Groundwork for the metaphysic of morals*. (J. Bennett, Trad.) Obtido de <https://www.earlymoderntexts.com/>
- Kant, I. (2014). *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Edições 70.
- Kant, I. (2017). *A metafísica dos costumes* (3ª ed.). Fundação Calouste Gulbenkian.
- Kelsen, H. (2019). *Teoria Pura do Direito* (8ª ed.). Almedina.
- Lagier, D. G. (2020). ¿ Es posible formar um estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*(23), pp 79-97.
- Lamego, J. (2016). *Elementos de metodologia jurídica*. Almedina.
- Laranjo, J. F. (1903). *Discussão sobre Código Civil*. Assembleia da República.
- Larenz, K. (1994). *Metodología de la ciencia del derecho*. M. R. Molinero (Trad.) Editora Ariel.
- Larrauri, E. (2003). Por qué retiran las mujeres maltratadas las denúncias. *Revista de derecho penal y criminología*, 2ª época(12), pp 271-307.
- Laurrari, E. (2007). *Criminología crítica y violencia de género*. Trotta.
- Leite, A. L. (2010). A violência relacional íntima. *Julgar*. 12 (especial). Novembro., pp. 25-66.
- Leite, A. L. (2010). A violência relacional íntima: reflexões cruzadas entre o Direito Penal e a Criminologia. *Julgar*, 12 (especial), pp 25-66.
- Leite, I. F. (2016). *Ne (Idem) Bis in Idem - Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público* (Vol. Volume II). AAFDL.
- Lopes, J. M. (2011). *A fundamentação da sentença no sistema penal português. Legitimar, diferenciar, simplificar*. Almedina.
- Lourenço, E. (2020). O tempo dos juízes e o tempo da justiça. *Os Grandes Problemas do Nosso Tempo* (pp. 9-36). Centro de Estudos Judiciários.
- Lousada, I. C. (2015). Vozes e ecos de sufragistas britânicas em Portugal. *Gaudium Sciendi* (8), pp 122-143.
- MacCormick, N. (1978). *Legal reasoning and legal theory*. Oxford.

- MacCormick, N. (1995). Argumentation and interpretation in law. *Argumentatio* (9), 467-480.
- MacCormick, N. (2005). *Rhetoric and the rule of law. A theory of legal reasoning*. Oxford.
- MacCrimmon, M. (1991). The social construction of reality and the rules of evidence. *University of British Columbia Law Review*, 25(25), pp 23-68.
- Macedo, E. (2015). Violência entre parceiros íntimos (VPI): problema e sintoma no panorama das violências sobre as mulheres. *Ex aequo*, pp 29-44.
- MacKinnon, C. (1983). Feminism, Marxism, method, and the State: towards a feminist jurisprudence. *Signs*, 8 (4), pp 635-658.
- MacKinnon, C. (1987). *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*. Harvard University Press.
- Marques, P. G. (2013). Ora, trabalha, sofre e cala... ou não - Breve reflexão sobre a relevância da violência doméstica e dos maus tratos na compreensão da legítima defesa. *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Nuno José Espinosa Gomes da Silva. Volume especial da DJ. Volume II.*, pp. 319-374.
- Martins, L. (2011). *Medida da pena - Finalidades - Escolha. Abordagem crítica da doutrina e de jurisprudência*. Coimbra Editora.
- Matos, R. B. (2006). Dos maus tratos a cônjuge à violência doméstica: um passo à frente na tutela da vítima? *Revista do Ministério Público*, pp 89-120.
- McPhail, B. A., Busch, N. B., & Kukarni, S. (2007). An integrative feminist model - thw evolving feminist perspective on intimate partner violence. *Violence Against Women* (13) 8, pp 817-841. doi:<https://doi.org/10.1177/1077801207302039>
- Mendes, P. d. (2009). A prova penal e as regras da experiência. *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Vol. 3*, pp 997-1012.
- Mendes, P. d. (2009). A prova penal e as regras de experiência. Em M. d. Andrade, M. J. Antunes, & S. A. Sousa, *Estudos de homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias* (pp. 998-1011). Coimbra Editora.
- Mickinnon, C. (1987). *Feminism Unmodified*. Harvard University Press. .
- Presidência do Conselho de Ministros (15 de 01 de 2009). Exposição de Motivos. *Proposta de Lei n.º 248/X*.
- Miranda, J. (1977). *Estudos sobre a Constituição. 3 volumes*. Petrony.
- Miranda, J. (1999). A Constituição Portuguesa e a Dignidade da Pessoa Humana. *Didaskalia*, pp 473-485.
- Miranda, J. (2020). *Direitos fundamentais* (3ª ed.). Almedina.
- Moreira, J. J. (1993). *Constituição da República Portuguesa Anotada. 3ª edição*. Coimbra Editora.
- Moura, J. d. (2010). A jurisprudência do S.T.J. sobre fundamentação e critérios da escolha e medida da pena. *Revista do CEJ. XIII.*, pp 93-113.
- Neto, L. (2009). O direito e a igualdade de género. *Julgar*, pp 161-177.

- Neves, J. F. (2000). Violência doméstica - um problema sem fronteiras. *Workshop luso-americano sobre violência doméstica*. Verbo Jurídico.
- Neves, J. F. (Jan-Jun de 2010). Violência doméstica - bem jurídico e boas práticas. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, 13, pp 43-62.
- Nino, C. S. (2010). *Introdução à análise do direito*. E. M. Gasparotto (Trad.) Martins Fontes.
- Nousiainen, K., Holli, A. M., Kantola, J., & Saari, M. (2013). Theorizing gender equality. *Social Politics*(20 (1)), pp 41-64.
- Nussbaum, M. (2000). *Women and Human Development: The capabilities Approach*. Cambridge University Press.
- Olsen, F. E. (1990). Feminist and critical legal theory: an American perspective. *International Journal of Sociology*, 18, pp 199:215.
- Ortiz, J. L. (2020). El testimonio único de la víctima em el proceso penal desde la perspectiva de género. *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatório*(1), pp 201-246.
- Palma, M. F. (2014). Introdução ao direito da investigação criminal e da prova. Em M. F. Palma, A. S. Dias, P. S. Mendes, & C. Almeida, *Direito da investigação criminal e da prova* (pp. pp 10-13). Almedina.
- Perelman, C., & Olbrechts-Typeca, L. (1973). *The new rhetoric. A Treatise on Argumentation*. University of Notre Dame Press.
- Popper, K. (1972). *A lógica da pesquisa científica*. L. Hegenberg, & O. S. Mota (Trads.). Editora Cultrix.
- Popper, K. R. (2001). *A lógica da pesquisa científica*. Editora Cultrix.
- Posner, R. (2008). *How judges think*. Harvard University Press.
- Pound, R. (1922). The spirit of common-law. *American Political Science Review*, 16(2), pp 326-327.
- Rawls, J. (2000). *Uma Teoria da Justiça*. Martins Fontes.
- Raz, J. (1996). *Ethics in the public domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Clarendon Press.
- Rhode, D. (1991). *Justice and Gender*. Harvard University Press.
- RTP. (01 de 03 de 2019). *Tribunal de Viseu volta a absolver arguido em sentença de violência doméstica*. Obtido em 07 de 06 de 2022, de https://www.rtp.pt/noticias/pais/tribunal-de-viseu-volta-a-absolver-arguido-em-sentenca-de-violencia-domestica_v1132454
- Santos, B. d. (1988). *O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Sergio Antonio Fabris Editor.
- Santos, B. d., Gomes, C., & Santos, É. (2007). *Observatório Permanente da Justiça Portuguesa: Estrutura e Funcionamento*. Centro de Estudos Sociais. Universidade de Coimbra.

- Santos, B. d., Marques, M. m., & Pedroso, J. (1999). Les tribunaux dans les société contemporaine: les cas portugais. *Droit et Société (42/43)*, pp. 311-331.
- Santos, B. S. (1999). The GATT of Law and Democracy. *Oñati Papers(7)*, 49-86.
- Santos, B. S. (2005). A Justiça em Portugal: diagnóstico e terapêuticas. *Manifesto*, 76-87.
- Santos, C. C. (2019). A verdade do magistrado e a verdade do escritor: alguma se escreve no singular? Em R. Cardoso, H. Susano, J. Quaresma, A. A. Oliveira, S. Figueiredo, P. N. Agostinho, & V. S. Batista, *Direito probatório, substantivo e processual penal* (pp. 9-22). Centro de Estudos Judiciários.
- Santos, M. S., & Henriques, M. L. (2008). *Código de Processo Penal Anotado* (Vol. 1). Rei dos Livros.
- Saunders, K. M. (1994). Law as Rhetoric, Rhetoric as Argument. *Journal os Legal Education*, 44 (4), pp 566-578.
- Schneeberger, V. (2016). *Violência doméstica e concurso homogéneo*. Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.
- Schneider, E. M. (2000). *Battered women and feminist lawmaking*. Yale University Press.
- Sciammarella, A. P., & Filho, R. F. (2015). (Des) Constituindo género no poder judiciário. *Exaequo*, 31, pp 45-60.
- Sen, A. (2010). *A ideia de Justiça*. Almedina Editora.
- Serra, V. (2000). Direito probatório Material. *Boletim do Ministério da Justiça*. N.º 112, pp 194-197.
- Silva, A. D. (2007). *Materiais para o estudo da parte especial do direito penal. Crimes contra a vida e a integridade física*. AAFDL.
- Silva, F. (2008). *Direito penal especial. Crimes contra as pessoas* (2ª ed.). Quid Iuris.
- Silva, F. (2011). *Direito penal especial. Os crimes contra as pessoas*. Quid Iuris.
- Silva, N. J. (1981). *História do direito português - fontes de direito público (1140-1495)*. Editorial Verbo.
- Simões, E. D. (2007). Prova indiciária. (Contributos para o seu estudo e desenvolvimento em dez sumários e um apelo premente). *Julgar(2)*, pp 203-215.
- Smart, C. (1989). *Feminism and the power of law*. Routledge.
- Smart, C. (1992). The women of the legal discourse. *Social and Legal Studies*, 1(1), pp 29-44.
- Smart, C. (1995). *Feminism and the power of law*. Routledge.
- Sottomayor, C. (2019). Os direitos humanos das mulheres e das crianças na jurisprudência do Tribunal Constitucional e do TEDH. Em J. d. Ribeiro, *Estudos de homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro* (pp. 119-152). Almedina.
- Sottomayor, M. (2020). Direito humanos, género e igualdade. *Seminário "Julgar com perspetiva de género - entre a constitucionalidade e a igualdade"*. Centro de Estudos Judiciários.

- Sottomayor, M. C. (2011). *Regulação do exercício do poder paternal. Casos de divórcio. 5ª edição*. Coimbra Editora.
- Sottomayor, M. C. (2015). A Convenção de Istambul e o novo paradigma da violência de género. *Exaequo*. 31, pp 105-121.
- Sousa, J. M. (2018). *Violência doméstica conjugal. A natureza pública do crime. Um freio à paz individual, familiar e (...) vs práticas restaurativas*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- Stake, R. E. (2007). *A arte da investigação com estudos de caso*. Fundação Calouste Gulbenkian.
- Stein, F. (1990). *El conocimiento privado del Juez*. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.
- Summers, R. S. (1978). Two types of substantive reasons: the core of a theory of common-law justification. *Cornell Law Review*. 63, pp 707-788.
- Summers, R., & MacCormick, N. (2016). *Interpreting statutes*. Routledge.
- Tarello, G. (1980). *L'interpretazione della legge*. Giuffrè.
- Taruffo, M. (1988). Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. Em A. P. Grinover, C. R. Dinamarco, & K. Watanabe, *Participação e processo* (p. 38). RT.
- Taruffo, M. (2005). *La prueba de los hechos*. J. F. Beltrán. (Trad.) Editorial Trotta.
- Taruffo, M. (2011). Narrativas processuais. *Julgar*, 13, pp 111-153.
- Toulmin, S. (1958). *The uses of argument*. Cambridge University Press.
- United Nations Office on Drugs. (s.d.). The Bangalore Principles of Judicial Conduct. (United Nations (Ed.)). Obtido em 10 de 06 de 2022, de <https://www.unodc.org/documents/ji/training/bangaloreprinciples.pdf>
- Valente, M. M. (2017). *Direito penal: fundamentos político-criminais*. Ed. de Autor.
- Ventura, I. (2015). Um corpo que seja seu - Podem as mulheres (não) consentir? *Exaequo*, pp 75-89.
- Ventura, I. (2018). *Medusa no Palácio da Justiça ou uma história da violação sexual*. Tinta da China.
- Vidal, I. L. (2013). Tres ámbitos de la argumentación judicial. *Aequitas*, pp 13-45.
- Viehweg, T. (2008). *Tópica e jurisprudência. Um contributo à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. K. S. Silva (Trad.). Sergio Antonio Fabris Editor.
- Walker, L. (1979). *The battered woman (Fourth Edition)*. Springer Publishing Company.
- Walton, D., Reed, C., & Macagno, F. (2008). *Argumentation schemes*. Cambridge University Press.
- Whitaker, D. J., Swahn, M. H., Halleuesus, T., & Saltzman, L. S. (2007). Differences in frequency of violence and reported injury between relationships with reciprocal and nonreciprocal intimate partner violence. *American Journal of Public Health* (May), pp. 941-947.