

Universidades Lusíada

Jamba, Jurema Segunda, 1997-

A violação sexual : especificidades ao nível da prova

<http://hdl.handle.net/11067/7991>

Metadados

Data de Publicação

2024

Resumo

A violação é um crime contra a liberdade sexual, que se encontra protegida nos termos dos art.º 1.º, 25.º e 26.º da Constituição. O crime de violação, previsto no artigo 164.º secção I do Código Penal (CP) tem como ação típica, a conduta de constranger outra pessoa a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal, coito oral, atos de introdução vaginal, anal, ou oral da parte do corpo ou objetos. O nosso objetivo principal é encontrar respostas sobre a problemática da prova deste crime, de...

The violation is a crime against the legal good, in particular against sexual freedom, provided for in art.º 164.º section I of the criminal code. It is protected in accordance with art.º 1.º, 25.º and 26.º of the constitution. The crime of rape in question has as its objective type of illicit, the conduct of embarrassing another person to practice, with yourself or with others, copulation, anal coitus, oral coitus, acts of vaginal, anal, or oral introduction of the part of the body or objects. O...

Palavras Chave

Violação - Direito e legislação - Portugal, Mulheres - Violência contra, Prova (Direito)

Tipo

masterThesis

Revisão de Pares

Não

Coleções

[ULL-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2025-05-21T16:50:35Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA

FACULDADE DE DIREITO

Mestrado em Direito

**A violação sexual:
especificidades ao nível da prova**

Realizado por:
Jurema Segunda Jamba

Orientado por:
Professora Doutora Ana Bárbara Pina de Morais de Sousa e Brito

Constituição do Júri:

Presidente:	Professor Doutor José Alberto Rodríguez Lorenzo González
Orientador:	Professora Doutora Ana Bárbara Pina de Morais de Sousa e Brito
Arguente:	Professora Doutora Raquel Preciosa Tomás Cardoso

Dissertação aprovada em: 27 de março de 2025

Lisboa

2024



U N I V E R S I D A D E L U S Í A D A

FACULDADE DE DIREITO

Mestrado em Direito

A violação sexual:
especificidades ao nível da prova

Jurema Segunda Jamba

Lisboa

Outubro 2024



U N I V E R S I D A D E L U S Í A D A

FACULDADE DE DIREITO

Mestrado em Direito

A violação sexual:
especificidades ao nível da prova

Jurema Segunda Jamba

Lisboa

Outubro 2024

Jurema Segunda Jamba

A violação sexual: especificidades ao nível da prova

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Lusíada para a obtenção do grau de
Mestre em Direito.

Área científica: Ciências Jurídico-Criminais

Orientadora: Professora Doutora Ana Bárbara Pina de
Morais de Sousa e Brito

Lisboa

Outubro 2024

FICHA TÉCNICA

Autora Jurema Segunda Jamba

Orientadora Professora Doutora Ana Bárbara Pina de Moraes de Sousa e Brito

Título A violação sexual: especificidades ao nível da prova

Local Lisboa

Ano 2024

CASA DO CONHECIMENTO DA UNIVERSIDADE LUSÍADA - CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

JAMBA, Jurema Segunda, 1997-

A violação sexual : especificidades ao nível da prova / Jurema Segunda Jamba ; orientado por Ana Bárbara Pina de Moraes de Sousa e Brito. - Lisboa : [s.n.], 2024. - Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Lusíada.

I - BRITO, Ana Bárbara Pina de Moraes de Sousa e, 1970-

LCSH

1. Violação - Direito e legislação - Portugal
2. Mulheres - Violência contra
3. Prova (Direito)
4. Universidade Lusíada. Faculdade de Direito - Teses
5. Teses - Portugal - Lisboa

1. Rape - Law and legislation - Portugal
2. Women - Violence against
3. Evidence (Law)
4. Universidade Lusíada. Faculdade de Direito - Dissertations
5. Dissertations, academic - Portugal - Lisbon

LCC

1. KKQ4202.J36 2024

AVISO LEGAL

O conteúdo desta dissertação reflete as perspectivas, o trabalho e as interpretações da autora no momento da sua entrega. Esta dissertação pode conter incorreções, tanto conceptuais como metodológicas, que podem ter sido identificadas em momento posterior ao da sua entrega. Por conseguinte, qualquer utilização dos seus conteúdos deve ser exercida com cautela. Ao entregar esta dissertação, a autora declara que a mesma é resultante do seu próprio trabalho, contém contributos originais e são reconhecidas todas as fontes utilizadas, encontrando-se tais fontes devidamente citadas no corpo do texto e identificadas na secção de referências. A autora declara, ainda, que não divulga na presente dissertação quaisquer conteúdos cuja reprodução esteja vedada por direitos de autor ou de propriedade industrial.

*À Deus, que tem o primeiríssimo lugar no meu
coração e me capacita sempre.*

Aos meu Pais, por todo incentivo, orientação e amor.

À minha orientadora e amigos.

Á todos, os meus mais sinceros e profundos agradecimentos.

APRESENTAÇÃO

A violação sexual: especificidades ao nível da prova

Jurema Segunda Jamba

A violação é um crime contra a liberdade sexual, que se encontra protegida nos termos dos art.º 1.º, 25.º e 26.º da Constituição.

O crime de violação, previsto no artigo 164.º secção I do Código Penal (CP) tem como ação típica, a conduta de constranger outra pessoa a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal, coito oral, atos de introdução vaginal, anal, ou oral da parte do corpo ou objetos.

O nosso objetivo principal é encontrar respostas sobre a problemática da prova deste crime, desde logo porque no artigo 164.º do Código Penal não menciona a inserção da expressão “sem o consentimento” no corpo normativo, o que suscita dúvidas sobre o dissentimento e o consentimento viciado. O que desde logo pressupõe saber como é que estas situações são enquadradas nos termos do artigo 164.º do CP, nomeadamente se será necessário recorrer a uma interpretação extensiva da lei. Outra das questões a tratar é se o facto de a violação ser um crime semipúblico, salvo se for praticado contra menores ou se dele resultar a morte ou suicídio da vítima, dificulta a prova e a consequente determinação da responsabilidade jurídico-criminal do infrator.

Palavras-chave: Violação, Bem Jurídico, Liberdade sexual, Consentimento, Ameaça grave, Prova.

PRESENTATION

Sexual Rape *specificities at the level of proof*

Jurema Segunda Jamba

the violation is a crime against the legal good, in particular against sexual freedom, provided for in art. ° 164.° section I of the criminal code. It is protected in accordance with art.° 1. °, 25.° and 26.° of the constitution.

The crime of rape in question has as its objective type of illicit, the conduct of embarrassing another person to practice, with yourself or with others, copulation, anal coitus, oral coitus, acts of vaginal, anal, or oral introduction of the part of the body or objects.

Our main objective is to find answers about the problem of the test, since in art. °164.° of the penal code, it does not mention the insertion of the expression "without consent" in the normative body, which leads to margins of doubt, about dissent and addicted consent. We need to know how these situations are framed under the terms of art.°. 164.°, to know if an extensive interpretation should be made to the content of the law. The violation is usually a semi-public crime, that is, the respective criminal procedure depends on the submission of a complaint of the offended, knowing to what extent this framework makes the proof difficult. Unless it is practised against minors or if it results in the death or suicide of the victim, cases in which it is public.

Keywords: Crime, Legal Good, Sexual Freedom, Consent, Serious Threat, Penalty.

LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS

Ac - Acórdão

AR – Assembleia da República

Al - Alínea

Art - Artigos

APAV - Associação Portuguesa de Apoio a Vítima

BE - Bloco Esquerda (Partido Político)

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos Humanos

DL – Decreto Lei

CC - Código civil

CEDAW - Convenção de Eliminação de todas as formas de discriminação Contra as Mulheres

Convenção de Istambul - Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica

CRP - Constituição da República Portuguesa

CP - Código Penal

CPP - Código de Processo Penal

Ed - Edição

EU - União Europeia

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

TRC- Tribunal da relação de Coimbra

Vol. - Volume

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	17
CAPÍTULO I — EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	20
1. Principais fases de desenvolvimento do crime de violação no direito penal português.....	20
2. A evolução do crime de violação sexual nos tratados e convenções internacionais e suas repercussões no desenvolvimento do direito português.....	27
2.1 Convenção de Istambul.....	27
2.2 Convenção de Genebra.....	31
CAPÍTULO II — Crime de Violação sexual art.164.º do CP.....	35
1. As Fontes.....	35
2. Elementos objetivos do tipo.....	38
2.1 A vítima do crime.....	38
2.2 O Agente do crime.....	41
3. As Condutas Típicas.....	44
3.1 A Cópula e Todas As Situações Equiparadas.....	44
3.1.2 A Introdução Vaginal ou Anal de Partes do Corpo ou de Objetos.....	46
3.2 O Constrangimento/dissentimento.....	48
3.3 O bem jurídico.....	54
4. Elementos Subjetivos.....	57
4.1 Tipos de dolo e a sua caracterização.....	57
5. Forma de Agravação.....	61
6. A Pena principal e as Penas acessórias.....	63
7. Formas especiais do crime.....	65
7.1 A Tentativa.....	65

7.2 Comparticipação.....	65
8. Os concursos.....	67
CAPÍTULO III— Especificidades da prova no crime de violação.....	68
1. Natureza do Crime.....	68
2. Ausência de Evidencias Físicas.....	71
2.1. Exame Pericial Medico- Legal.....	71
2.2. Traumas.....	73
3. Valoração do Depoimento da Vítima.....	75
4. Dificuldade da Prova do Consentimento.....	78
CONCLUSÕES.....	81
REFERÊNCIAS.....	85
BIBLIOGRAFIA.....	88
WEBE SITE.....	89
LEGISLAÇÃO.....	90
JURISPRUDENCIA.....	92

1. INTRODUÇÃO

“A violência sexual é uma forma de violência presente ao longo da história das sociedades nomeadamente enquanto "arma de guerra" (BROWNMILLER, 1975).

Apesar de ser considerada, atualmente, uma grave violação de direitos humanos, o conhecimento produzido e as mudanças sociais e legais realizadas parecem ainda não ser suficientes para o seu combate e a sua prevenção”¹

Conforme as pesquisas que fomos fazendo, observamos que enquanto forma de violência de género tem a sua base sustentada pelo sistema patriarcal, sendo maioritariamente exercida por homens e que quase todas as mulheres já sofreram assédio ou violência sexual ao longo da vida. Como citamos no início do texto, desde os tempos de guerra que a mulher vem sendo alvo do machismo e violação da sua liberdade sexual, sendo desde sempre e devido a desigualdade de género utilizadas formas de inviabilizar e meios de culpabilizar as vítimas procurando justificações no comportamento da vítima para a ocorrência da violência sexual, sobretudo quando se trata de situações de abuso sexual e na maioria dos casos, é também desvalorizada a responsabilidade dos/as agressores/as justificando como "instintos libidinosos, consumo excessivo de álcool por parte da vítima; ciúmes excessivos; dependência de pornografia; impulsos sexuais e instintos lascivos".

Por estes motivos, acho importante abordar de uma forma mais aprofundada o artigo 164º do CP, sendo um tema bastante relevante até os dias atuais. De salientar que com reforma de 1998 passou a ser um crime unitário, ou seja, sem asserção de género, podendo a vítima ser homem ou mulher, sendo esta alteração bastante importante uma vez que o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual de todas as pessoas. De acordo com as minhas pesquisas, são inúmeros os casos de violação sexual em que as mulheres são as mais afetadas por este crime em contexto de intimidade, enquanto os homens já surgem mais como vítimas na violência por não parceiros/as. A proporção de mulheres que sofreram violência sexual na idade adulta é praticamente o triplo da observada nos homens (6,4% para 2,2%, respetivamente), dados esses apresentados pelo ISEPP, num inquérito sobre segurança no espaço público e privado².

¹ Relatório Sobre Violência Sexual em Portugal: os casos noticiados na imprensa nacional em 2021, Dezembro, 2022, p.5.

² Inquérito sobre segurança no espaço público e privado 2022; https://www.ine.pt/ngt_server/attachfileu.jsp?look_parentBoui=634141623&att_display=n&att_download=y.

O trabalho irá, assim, debruçar-se sobre a violência sexual em mulheres. Começaremos por fazer o enquadramento, no capítulo I, a evolução histórica da violação no direito português, político-criminal e legislativa, uma vez que o crime de “violação” constituiu até há pouco, na generalidade das legislações o caso emblemático ou antonómico do crime contra a liberdade e autodeterminação sexual. Depois, ainda no enquadramento, falaremos também sobre a problemática da configuração dos crimes sexuais. A evolução do crime de violação sexual nos tratados e convenções internacionais e suas repercussões no desenvolvimento do direito português. Iremos destacar a “Convenção de Istambul”, nomeadamente o artigo. 36.º da CI, “violação como o relacionamento sexual não consensual”; a violação como o relacionamento sexual constrangido; a adequação da Lei n.º 83/2015 à tutela do bem jurídico; a violação ainda como relacionamento sexual constrangido — o modelo do dissentimento *versus* o modelo do consentimento; a Lei n.º 101/2019. Falaremos também sobre a convenção de Genebra, e veremos outros tratados internacionais para perceber a sua importância quanto ao tema de violação e a sua eventual importância no direito português.

No capítulo II, falaremos sobre o crime de violação à luz do art.º. 164º do CP, começando por analisar de forma mais detalhada e procurando dar respostas às dúvidas que encontrámos ao longo da pesquisa; as fontes, nomeadamente as disposições do artigo 393.º do CP de 1886, o artigo 164.º CP; o tipo objetivo que consiste no constrangimento da vítima a sofrer ou praticar, consigo ou com outrem, um ou mais atos sexuais de especial relevo: como a copula, o coito anal, coito oral, introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos, abordaremos sobre o constrangimento/dissentimento e o bem jurídico. Sobre os elementos subjetivos como o tipo de dolo e a sua caracterização, que consiste na “intenção do agente de despertar ou satisfazer, em si ou em outrem a excitação sexual.”³ Também daremos destaque, para além do tipo de ilícito, às formas de agravação do crime, às penas principais e acessórias, bem como às formas especiais do crime, nomeadamente a tentativa, a participação e os concursos. No Capítulo III, sendo este o último, falaremos sobre as dificuldades a nível da prova e a princípio partilho de uma opinião lida, de que, a aceitação do silêncio como manifestação da paralisação pelo medo, na ausência de violência física, não seja de fácil interpretação a nível processual penal. A prova torna-se mais difícil quando não existem marcas físicas

³ Jorge de Figueiredo Dias, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, p.47

do crime, mas nem todo o crime de violação é acompanhado de provas plenas ou irrefutáveis e nem por isso pode deixar de ser reconhecido. Acreditamos que caminhamos no sentido de atribuir maior credibilidade à vítima, até porque, como a Convenção de Istambul reconhece, o crime pode ser praticado por cônjuges, ex-cônjuges, companheiros ou ex-companheiros e isto leva a que o crime seja por vezes cometido no seio familiar e a que a vítima, apesar de não resistir, sofra em silêncio, porque vive em pânico. Analisaremos esses pontos, a fim de encontrar soluções dignas. Esta parte dedicada à prova implica abordar a questão da natureza do crime; as tais ausências de evidências físicas; o exame pericial médico-legal; os traumas causados às vítimas, e por último faremos uma breve análise da valoração do depoimento da vítima e as dificuldades da prova do consentimento.

CAPÍTULO I — EVOLUÇÃO HISTÓRICA

1. PRINCIPAIS FASES DE DESENVOLVIMENTO DO CRIME DE VIOLAÇÃO NO DIREITO PENAL PORTUGUÊS.

Atualmente o crime de violação encontra-se enquadrado no Livro II, Título I – Dos Crimes Contra as Pessoas no Código Penal, Capítulo V- Dos Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação sexual, previsto no artigo 164.º do Código Penal.

Os crimes sexuais sofreram significativas alterações e aditamentos nos diferentes Códigos Penais vigentes em Portugal. Mas mesmo após a revolucionária revisão de 1995, que finalmente os inseriu no âmbito dos crimes contra as pessoas, no capítulo dos crimes contra “a Liberdade e Autodeterminação Sexual”, a lei penal anterior a 2015 (Lei n.º 83/2015) não tutelava ainda de modo claro e suficiente esta mesma liberdade sexual.

Nos Códigos Penais de 1852 e 1886, o crime sexual encontrava-se inserido no CAPÍTULO IV dos “Crimes contra a honestidade”. Sendo que a sua inserção não teve como fundamento a proteção de um bem jurídico individual, mas antes, um bem jurídico supraindividual fundado na moral social sexual.

O atual artigo 164.º do Código Penal, com a epígrafe “Violação”, como já foi referido, já foi objeto de diversas alterações legislativas, das quais se destacam as efetuadas pelas seguintes leis: Lei n.º 65/98, de 2 de setembro; Lei n.º 59/2007, de 04 de setembro; Lei n.º 83/2015, de 5 de Agosto, e mais recentemente pela Lei 101/2019, de 6 de setembro que vigora até os dias de hoje.

Inicialmente os artigos 392.º e 393.º do Código Penal de 1852⁴, o tipo normativo apenas consagrava a dimensão da cópula com “mulher virgem” ou “viúva honesta” entre os 12 e os 25 anos de idade, e nos termos do artigo 393.º era referido como meio típico a “sedução por meios fraudulentos”.

Já na versão do Código Penal de 1886⁵, o crime em análise encontrava-se plasmado no artigo 393.º, sendo que esta versão adotava uma tendência mais liberal, referindo-se a “cópula ilícita com qualquer mulher”, contra a sua vontade, por meio de violência física, de “veemente intimidação” ou de qualquer fraude, que não constitua sedução, ou “achando-se a mulher privada do uso da razão, ou dos sentidos”, comete crime de violação, tratando-se assim de um crime

⁴Código Penal de 1852, versão online, disponível em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1829.pdf>

⁵ Código Penal de 1886, versão online, disponível em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf>

atentatório do bem jurídico “honestidade” ligado a sentimentos de moralidade e honra, que apenas protegia as mulheres enquanto vítimas do crime de violação, e onde se exigia para a consumação do crime atos de violência ou meios fraudulentos tendentes a suspender o uso dos sentidos ou a tirar o conhecimento do crime.

Já no Código Penal de 1886, a cópula com menor de 12 anos era considerada violação (artigo 394.º) e punida com prisão de 8 a 10 anos, mais severamente que a violação de mulher com mais de 12 anos, que tinha plasmado como pena de prisão de 2 a 8 anos (artigo 393.º respetivo). A cópula com mulher com mais de 12 e menos de 18 anos de idade era punida a título de estupro sempre que a menor fosse virgem e consentisse na cópula como consequência da sedução operada pelo agente. Equivale isto a dizer que no domínio do CP de 1886 a cópula com uma menor de 13 anos de idade, não virgem, obtida sem recurso a violência ou intimidação, não deveria ser punida, pura e simplesmente⁶.

O artigo 393.º do CP de 1886 punia a “cópula ilícita com qualquer mulher”, e era de entendimento unânime que a cópula dentro do casamento não era ilícita e, consequentemente mesmo que obtida através de violência física, não podia configurar o crime de violação⁷. Tratava-se de uma solução brutal e profundamente chocante se atentarmos aos valores em causa. Mas era uma solução justificada da forma como o fazia na doutrina tradicional, os glosadores⁸, “o marido tem a posse da mulher”. É que no domínio da versão de 1886 era entendimento dominante (não unânime, como veremos) que o valor tutelado no tipo legal que previa o crime de violação era a honra sexual da mulher. E nesta perspetiva, não seria desonrosa a cópula conjugal ainda que precedida de violência.

MAIA GONÇALVES, em anotações ao artigo 393.º do CP de 1886, distinguia dentro do casamento, os atos violentos “contranatura” da cópula: aqueles podiam constituir o crime de atentado ao pudor, esta “porque é lícita e constitui mesmo uma das finalidades do casamento” não poderia, em situação alguma, fundamentar uma punição a título de violação (em contrapartida, a cópula extraconjugal, ainda que livremente consentida pela mulher, era punida...⁹— artigo 401.º do citado Código Penal, modificado em 1910 pela Lei do Divórcio).

A impunibilidade do marido que, através da violência, e contra a vontade da mulher, realiza a cópula, vinha sendo criticada por BELEZA DOS SANTOS, e são dele as seguintes palavras ¹⁰“(...) A imposição violenta das relações sexuais, mesmo entre conjugues, é um ato brutal, odioso, indesculpável, que o casamento não pode autorizar e que, por isso, a lei não devia permitir”. E mais

⁶ ALVES, Sénio Manuel dos Reis, crimes sexuais: notas e comentários aos art. 163.º a 179.º do código penal (anotado), Coimbra, Almedina Editora, 1995, p. 18 e 19.

⁷ ALVES, Sénio Manuel dos Reis, crimes sexuais: notas e comentários aos art. 163.º a 179.º do código penal (anotado), Coimbra, Almedina Editora, 1995, p. 18 e 19.

⁸ *Glosadores*: ou Escola de Bolonha, foram juristas medievais cujo método de trabalho consistia em analisar “glosas doutrinárias”, comentários curtos ou marginais sobre as normas de direito.

⁹ ALVES, Sénio Manuel dos Reis, crimes sexuais: notas e comentários aos art. 163.º a 179.º do código penal (anotado), Coimbra, Almedina Editora, 1995, p.19.

¹⁰ ALVES, Sénio Manuel dos Reis, crimes sexuais: notas e comentários aos art. 163.º a 179.º do código penal (anotado), Coimbra, Almedina Editora, 1995, p.20.

adiante e referindo-se a (Langle Rubio): “o debitum conjugale”, diz com razão o escritor espanhol, — “é um dever de matrimonio, pelo amor que este supõe, não por obra da tirania de um vínculo, que por ser odioso e repugnante se degenera em imposição vergonhosa e brutal”.¹¹

Entretanto ampliou-se no Código Penal de 1982¹², o âmbito da previsão do preceito incriminador à copula conjugal realizada por meio de violência (apesar de alguma hesitação do legislador que no artigo 244º do Projeto da Parte Especial do Código Penal apenas previa a cópula fora do casamento)¹³.

Ainda na versão do Código Penal de 1982, o crime de violação ganhou novas alterações diferentes das versões anteriores, nesta versão o crime de violação encontrava-se previsto no Título III (dos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade), capítulo I (dos crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida em sociedade), na secção II(dos crimes sexuais), mais precisamente no artigo 201.º, onde surgem novas referências como “ ameaça grave”, “ter tornado inconsciente e na impossibilidade de resistir” “constrangimento e ter cópula com terceiro”. E o crime de violação, passou a estar inserido no catálogo dos “crimes sexuais” não pertencendo mais ao catálogo dos “crimes contra a honestidade”.

No âmbito do Código Penal de 1982, nos artigos reservados aos crimes sexuais, notou-se o propósito do legislador de limitar os tipos e atenuar as penas, de forma a seguir a evolução natural da sociedade que tem progressivamente conduzido a um maior liberalismo no campo sexual, e na eliminação de diversos tabus, e consequentemente na aceitação generalizada de relações sexuais-pré matrimónias e, principalmente, na expurgação do conceito de natureza ético-religiosa do campo sexual.

O artigo 201.º n. º1 do código penal de 1982, até à reforma de 1998 tinha a seguinte redação:

“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 e tê-la com terceiro, é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos.

- 1. Com a mesma pena é punido quem, nos termos do previsto no número anterior, tiver coito anal com outra pessoa, ou a constranger a tê-la com terceiro”.*

Com a reforma de 1995, o Código Penal veio a inserir uma secção no Capítulo V, intitulada “Crimes Contra a Liberdade Sexual” e outro de “Crimes Contra a Autodeterminação Sexual” e notou-se também um alargamento das condutas alvo de punição, tal como o constrangimento á pratica do coito anal, como ato análogo a cópula. Esta equiparação surge prevista n. º2 do artigo 164.º (CP).

¹¹ ALVES, Sénio Manuel dos Reis, crimes sexuais: notas e comentários aos art. 163.º a 179.º do código penal (anotado), Coimbra, Almedina Editora, 1995, p.20.

¹²Decreto Lei n.º 400/82, de 23 de setembro, disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=101&tabela=lei_velhas&nversao=1&so_miolo

¹³ ALVES, Sénio Manuel dos Reis, crimes sexuais: notas e comentários aos art. 163.º a 179.º do código penal (anotado), Coimbra, Almedina Editora, 1995, p. 20.

Com a reforma de 1995, (Lei n.º 48/95, de 15 de março)¹⁴, os crimes sexuais passaram a ser considerados crimes contra as pessoas e contra o valor da liberdade e autodeterminação sexual, alteração esta que prevaleceu integralmente com as posteriores reformas de 1998 e 2001.

“Este parece ser um ponto de chegada há muito esperado, porque só com a inserção dos crimes sexuais no âmbito dos crimes contra as pessoas e não contra quaisquer outros bens supra individuais como a moralidade sexual — é que o Código Penal assume coerentemente a sua posição em relação ao bem jurídico que pretende proteger — a liberdade e autodeterminação sexual de cada pessoa, e não um padrão rígido de comportamento a nível sexual”.¹⁵ De salientar que este foi um passo determinante na evolução do tipo legal, mas ainda faltava a aceção de género, sendo que isso limitava a norma. Por isso ainda estava longe de ser considerada perfeita.

Com a reforma de 1998, alcançou-se mais um alargamento na norma, no que concerne às condutas puníveis, para além de alterar o próprio tipo criminal de violação — no n.º 1 — incluiu um novo n.º 2, onde tipificou uma específica situação de “assédio sexual”, em que o ato sexual em causa são a cópula, o coito anal e coito bucal¹⁶. Essa reforma sustentou-se inicialmente nas propostas efetuadas pelo grupo parlamentar do partido socialista, aquando da reforma de 1995, e que na altura não foram aceites pela maioria parlamentar social-democrata (sobre a evolução das propostas legislativas de 1995 até a reforma de 1998)¹⁷.

O n.º 1 equiparou-se à cópula, o coito anal e o coito oral (ou bucal) configurando todos esses comportamentos atos sexuais de relevo perpetrados com violência, ameaça grave ou através de meios que coloquem a vítima em estado inconsciente ou na impossibilidade de resistir ao crime de violação. Esta solução foi importada do Código Penal francês de 1994 que traduz a consagração da doutrina conhecida por “toute penetration” — é violação todo o ato de penetração sexual, de qualquer natureza que seja cometido sobre pessoa por outrem por violência, constrangimento ameaça ou surpresa¹⁸.

Sendo que a reforma de 1998 teve já em conta a discussão dos projetos de lei em que se sustentou a reforma de 1995, como a opinião do Procurador-Geral Adjunto Dr. Ferreira Ramos que defendeu no anteprojeto de 1987 e posteriormente na comissão revisora que “a violação devia abranger, para além da cópula, outros atos sexuais equiparados tendo como exemplos o sexo anal e o sexo oral; além disso o sujeito passivo deixaria de ser mulher, podendo ser

¹⁴ Lei n.º 48/95, de 15 de março, disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/48-1995-185720>.

¹⁵ Moreira, Vânia Pereira, O Crime de Violação à Luz do Bem Jurídico Liberdade Sexual, Reflexões acerca da alteração ao nº2 do artigo 164º do código penal, Universidade Católica Portuguesa, 2016, p. 13.

¹⁶ LOPES, José Mouraz, Os Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no código Penal, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2008, p.42.

¹⁷ LOPES, José Mouraz, Os Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no código Penal, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2008, p.42.

¹⁸ LOPES, José Mouraz, Os Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no código Penal, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2008, p.42.

qualquer pessoa quer o sexo feminino quer o sexo masculino; por último o sujeito ativo pode ser também a mulher”¹⁹.

Com essas alterações alargou-se, por um lado, a área de tutela típica do crime de violação. As alterações de 1998 ao CP — acrescentaram, por outro lado, uma nova redação, a violação-assédio “(...) e acrescentaram ao crime de violação em sentido próprio, do artigo 164º n.º 1, a incriminação correspondente à do art. 163º n.º 2, quando a conduta conduz à prática de cópula, de coito anal ou oral (assédio/violação)”²⁰. Trata-se da criminalização de relacionamentos sexuais em situações de abuso de autoridade resultante de relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, por meio de ordem ou ameaça não compreendida no n.º 1.

Essa posição foi defendida, também, por RUI PEREIRA, na Comissão de Direitos Liberdades e Garantias, aquando da discussão do projeto que deu origem à reforma de 1995 quer, posteriormente, quando da reforma de 1996, e não aprovada, na mesma legislatura. Constando assim que os normativos anteriores, apenas consagravam a dimensão da cópula com a mulher. Portanto com a reforma operada pela Lei n.º 65/98, de 2 de setembro, o n.º 1 do artigo em causa sofreu alterações. Na exposição de motivos da proposta de Lei n.º 160/VII que esteve na origem da Lei n.º 65/98, de 2 de setembro, refere o legislador que “estas formas de penetração sexual constituem, de acordo com os estudos de psiquiatria, violação da liberdade da vítima identicamente intensas e estigmatizantes”.

Tratando de uma alteração extremamente importante que modificou radicalmente todo o status vigente no domínio dos crimes sexuais²¹.

Podemos concluir que a violação, até a reforma de 1998, consubstanciava um crime eminentemente “feminino”, no sentido de que a vítima obrigatoriamente era mulher. Tal construção típica deixou de ter qualquer sentido após aquela alteração. Podendo a vítima ser homem ou mulher.

“E como também já sinalizado, a alteração de 1998, para além de se sustentar nas posições doutrinárias já referidas, acabou por concretizar em parte a própria ideia inicial do legislador de 1995, como foi expressamente referido por sua Ex.^a o Sr. Ministro da Justiça de então na apresentação a proposta de Lei n.º 92/VI— que defendia a possibilidade da vítima de violação ser, também, o homem. Passando assim, o bem jurídico tutelado a identificar-se como a liberdade e autodeterminação sexual de todas as pessoas, de forma unitária, sem aceção de género”²².

¹⁹ LOPES, José Mouraz, Os Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no código Penal, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2008, p.43.

²⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2012, p.746.

²¹ LOPES, José Mouraz, Os Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no código Penal, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2008, p.41.

²² LOPES, José Mouraz, Os Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no código Penal, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2008, p.58.

Mais tarde, com a revisão de 2007, (Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro)²³, de acordo as palavras de FIGUEIREDO DIAS, deu-se mais um passo importante na via do adeus ao crime de violação na sua aceção típica tradicional. E fê-lo equiparando, para efeito de crime de violação, à cópula, coito anal ou coito oral, (n.º 1 e 2, als. a), “a introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos” (n.º 1 e 2, als. b)²⁴, quanto ao n.º 2, este sofreu um aditamento²⁵.

Com a Lei 83/2015,²⁶ n.º 2 do artigo 164.º alterou-se por completo o âmbito em que estava formulado, fazendo com que a norma ganhasse novas regras e uma maior amplitude. Deixando de fazer referência aos abusos de autoridades e relações hierárquicas, familiares, económicas ou de trabalho e passou apenas a mencionar para o seu preenchimento o constrangimento por “meios não compreendidos no número anterior”.

Deixando a formulação anterior deste n.º2 apenas para casos de agravação, presentes na alínea b) do número 1 do artigo 177.º o CP.²⁷ Ainda na Lei 83/2015, alterou-se o n.º 2 do artigo 178.º, que permanece inalterado até hoje, passando a ser um crime de natureza semipúblico, isto é “*dependente de queixa*”²⁸.

A última alteração que vigora até os dias atuais, a Lei n.º 101/2019, de 6 de setembro²⁹ que adequa os crimes de coação sexual, violação e abuso sexual de pessoa internada ao disposto na Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, adotada em Istambul, a 11 de maio de 2011, comumente designada “Convenção de Istambul”.³⁰ da qual falaremos mais adiante.

Portanto, podemos dizer que difícil foi o percurso até chegarmos à formulação atual: 1) se reconhecesse este crime como crime sem género, dando-se também ao homem, vítima, a possibilidade de ver julgado o seu agressor(a)—porque se trata a violação de uma agressão física e moral contra qualquer pessoa-; 2) foi conferida à vítima, e tão só a esta, a possibilidade de apresentação de queixa, salvo as devidas exceções; 3) foi reconhecido o bem jurídico liberdade sexual como bem a proteger, e já não a honra³¹.

A lei penal ao regulamentar os contornos do crime de violação, começa a entender, finalmente, a perspectiva da vítima, a sua vontade, tal demonstra, mais uma vez que cada época da história revela preocupações diferentes— “cada

²³Lei 59/2007, de 4 de setembro disponível em; https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=930&tabela=leis&so_miolo=

²⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2012, p. 747.

²⁵ Acresceram o abuso de autoridade dependente de relação familiar, de tutela e aproveitamento do temor causado, por qualquer meio não compreendido no número 1, e não apenas por ordem e ameaça.

²⁶Lei 83/2015, de 5 de agosto, disponível em; https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra Estrutura.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=2381&abela=leis&so_miolo=

²⁷Moreira, Vânia Pereira, O Crime de Violação à Luz do Bem Jurídico Liberdade Sexual, Reflexões acerca da alteração ao n.º2 do artigo 164º do código penal, Universidade Católica Portuguesa, 2016, p.14.

²⁸ “(...) no prazo de seis meses a contar com a data em que tiver conhecimento do facto e dos seus autores, sempre que o interesse da vítima o aconselhe. Art. 178, n.º do CP

²⁹https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_estrutura.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=3142&nversao=&tabela=leis&so_miolo=

³⁰ https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1878&tabela=leis

³¹ REBELO, Beatriz Moraes, A Natureza do Crime de Violação à Luz da Proteção do Interesse da vítima, Universidade de Coimbra, 2023, p.21.

época traduz, na forma como regulamenta e pune os crimes sexuais, e as suas preocupações³².

A violação é porventura o crime sociologicamente mais impressionante do conjunto dos crimes sexuais, não só por ser um dos mais comuns, como também por ser aquele, que, ainda hoje, assume maior repercussão social. Entretanto, como na coação sexual³³, também aqui se trata de criminalizar condutas que atentam gravemente contra a liberdade da vontade do sujeito, através de coação grave ou violência³⁴.

³² SOTTOMAYOR, Maria Clara, “o conceito legal de violação: um contributo para a doutrina penalista. A propósito do acórdão do tribunal da relação do porto, de 13 de abril de 2011”, *Revista do Ministério Público*.128, dezembro 2011, p. 315.

³³ O tipo criminal em questão envolve a conduta de sozinho ou acompanhado por outrem, constranger outra pessoa a praticar ato sexual de revelo. Artigo 163.º do CP.

³⁴ LOPES, José Mouraz. MILHEIRO, Thiago Gaiado, *Crimes Sexuais — Análise Substantiva e Processual*, 1ª Edição, Coimbra Editora, 2015, p.59.

2. A EVOLUÇÃO DO CRIME DE VIOLAÇÃO SEXUAL NOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS E AS SUAS REPERCUSSÕES NO DESENVOLVIMENTO DO DIREITO PORTUGUÊS AQUI

Com a entrada em vigor na ordem jurídica portuguesa de certas convenções e tratados internacionais, o debate em torno do crime de violação ganhou novos contornos, dos quais vamos nos debruçar de seguida, começando pela Convenção de Istambul que mais do que um marco ideológico e simbólico na teorização da violência contra mulheres, surge também como um dos maiores contributos para criminalização de qualquer ato sexual intencional não consentido livremente.

No século XX, com a evolução do direito internacional comunitário, dão-se os primeiros passos no sentido dos atos de violência sexual, ocorridos durante os conflitos armados, passarem a ser considerados como crime. É a jurisprudência resultante dos Tribunais Penais Internacionais que, associada à contínua pressão internacional, acaba por ser decisiva na defesa dos direitos da mulher nos conflitos armados, consolidando como crime de guerra, ao lado de crimes contra a humanidade ou o crime de genocídio, os atos de violência sexual ocorridos nesses conflitos³⁵.

2.1 CONVENÇÃO DE ISTAMBUL

Com o objetivo principal de promover a igualdade entre homens e mulheres como condição essencial para erradicação da violência, surge a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, aprovada em Istambul em 11 de maio de 2011, mais conhecida como a “Convenção de Istambul”. Portugal ratificou a Convenção a 21 de janeiro de 2013, entrando em vigor a 01 de agosto de 2014. Sendo Portugal dos primeiros Estados-Membros a aderir à Convenção.

A Convenção de Istambul é um tratado internacional de direitos humanos, que faculta um conjunto de normas vinculativas para a prevenção e o combate à violência particularmente contra mulheres e raparigas, e a violência doméstica consistindo num quadro jurídico abrangente que contempla padrões mínimos de

³⁵ GUEDES, Henrique Peyroteo portela, Tribunais Penais Internacionais: os Direitos da Mulher nos Conflitos Armados, 2019, p.171.

respostas dos Estados contraentes à violência contra mulheres, bem como a sua prevenção. No que concerne a convenção reconhece, no seu preâmbulo como finalidades, proteger as mulheres contra todas as formas de violência, prevenindo e instaurando o procedimento penal relativo à violência contra as mulheres e a violência doméstica a fim de eliminar estes dois tipos de violência e todas as formas de discriminação contra as mulheres³⁶. Reconhecendo também a desigualdade entre homens e mulheres de onde resultam vários tipos de discriminação e graves formas de violência. Sendo que segundo a Convenção “as mulheres e raparigas estão mais expostas a um maior risco de violência baseada no género do que os homens”³⁷.

No que respeita a tipificação dos crimes contra liberdade sexual, a Convenção de Istambul contém inúmeras disposições, indo além da exigência de mera criminalização. Dispondo em pormenor sobre os tipos de penas aplicáveis, circunstâncias agravantes, inadmissibilidade de desculpas, prescrições, investigações e provas, tentativa e cumplicidade, jurisdição territorial, extradição, cooperação internacional, etc.

De acordo com TERESA PIZARRO BELEZA “A convenção contém uma série de disposições que vão muito além da exigência de “simples” criminalização como vimos *a supra* (...) no que poderá levantar algumas questões de compatibilidade constitucional dadas as tradicionais reservas e limites constitucionais..., mas também de regulação substancial num sistema de Direito Penal de intervenção mínima”³⁸. Contudo, não nos parece haver tal problema como defendeu a autora, uma vez que é a Assembleia da República que aprova tanto as convenções internacionais, como as alterações em matéria penal.

ANA CAMPINA E SÉRGIO TENREIRO TOMÁS “A convenção de Istambul revela-se um instrumento crucial, sobretudo no reconhecimento das violações dos direitos humanos como preocupação profunda no âmbito de uma panóplia de questões de que se reveste a violação dos direitos de género em Portugal. Aqui, se até há poucos anos estas violações não eram socialmente consideradas como efetivamente reais na sociedade portuguesa, certo é que atualmente há uma maior consciência e sensibilização”³⁹.

No que concerne ao crime de violação, presente na Convenção de Istambul:

³⁶Convenção de Istambul, disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1878&tabela=leis

³⁷ De acordo com a convenção de Istambul “*género*” refere-se aos papéis, aos comportamentos, às atividades e aos atributos socialmente construídos que uma determinada sociedade considera serem adequados para mulheres e homens;

³⁸ BELEZA, Teresa Pizarro, “Consent as Simple as Tea: notas Sobre a Relevância do dissentimento nos crimes sexuais, em especial na violação”, “Combate à Violência do Género— da convenção de Istambul à nova legislação penal”, Universidade Católica Editora, 2016, p. 106.

³⁹ CAMPINA, Ana e TOMÁS, Sérgio Tenreiro, A Convenção de Istambul: A Violência de género ou género de violência? Universidade Católica Editora, 2016, p. 315.

Artigo 36.º

1— As partes tomaram as medidas legislativas ou outras necessárias para assegurar a criminalização das seguintes condutas intencionais:

a) a penetração vaginal, anal ou oral não consentida, de carácter sexual, do corpo de outra pessoa com qualquer parte do corpo ou com um objeto;

b) outros actos de carácter sexual não consentidos com uma pessoa;

c) obrigar outra pessoa a praticar actos de carácter sexual não consentidos com uma terceira pessoa.

2— O consentimento deve ser dado voluntariamente, por vontade livre da pessoa, avaliado no contexto das circunstâncias envolventes.

3— As partes tomarão as medidas legislativas ou outras necessárias para assegurar que as disposições do parágrafo 1 se apliquem também a actos cometidos contra atuais ou ex-cônjuges ou parceiros, em conformidade com o direito interno.”⁴⁰

Do conteúdo plasmado nesta norma, temos uma melhor percepção dos elementos objetivos dos crimes sexuais, nomeadamente a relevância da existência ou não do consentimento por parte da vítima, uma vez que o crime de violação sexual não carece propriamente da existência de uma “violência física” ou “resistência visível” por parte da vítima para o preenchimento legal, mas antes da falta de consentimento voluntário por parte da vítima. O que deve ser entendido no sentido de que, qualquer outra forma de consentimento não deve ser valorada. “Tendo o Estado português entendido a obrigação de transformar a falta de consentimento na pedra basilar dos crimes contra a liberdade sexual, mas o crime de violação continua a depender, na legislação nacional, da existência de constrangimento da vítima, violência ou ameaça— artigo 164.ºCP, temos o emprego da prática de um desses meios como condição sine qua non para que o comportamento seja punível, contrariamente ao que diz a Convenção. Pelo que se pergunta: onde cabem comportamentos que constituem um atentado à liberdade sexual da vítima, mas que não dependem do emprego de constrangimento, violência ou ameaça grave?”⁴¹.

⁴⁰ Convenção de Istambul, disponível em: https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2013/12/conv_ce.pdf

⁴¹REBELO, Beatriz Morais, A Natureza do Crime de Violação á Luz da Proteção do Interesse da vítima, Universidade de Coimbra, 2023, p.44.

Como exemplo temos o caso da prática de *stealthing*. “*Stealthing*” ocorre durante a relação sexual que foi consentida de forma protegida (uso de preservativo) e durante o ato sem que a vítima se aperceba, faz-se remoção propositada e não consentida do preservativo. no *stealthing* tudo é feito de forma silenciosa, não existindo violência, ameaça grave nem constrangimento da vítima, pelo que este comportamento não cabe em nenhuma das tipificações contra a liberdade sexual previstas, atualmente, na lei nacional— *nulla pena sine lege*, não há pena sem lei, mas, a luz da convenção, este crime deve ser punido. Na conduta referida, o agente não constrange, ameaça ou violenta a vítima para ter relações sexuais, uma vez que a vítima já o tinha consentido— com preservativo, pelo que, apesar de estarmos, indubitavelmente, perante um ato ofensivo da bem jurídico liberdade sexual, ele não cabe na incriminação do artigo 164.º do CP. Situação diferente seria a de a vítima aperceber-se que o agente removera o preservativo e recusar-se a prosseguir com a relação sexual, agora desprotegida, mas ser por ele constrangida a continuar, pois já se encontrariam preenchidos os requisitos de que a lei faz depender a verificação do crime de violação”⁴².

Não obstante a Convenção de Istambul ter tido um papel inovador na teorização da violência contra a mulher, todavia, o maior avanço dado por esta Convenção relaciona-se com a incriminação da “ausência do consentimento”, sendo que a convenção não faz menção à prática de meios típicos de “constrangimento” e sim a “mera” inobservância de consentimento da outra pessoa. Para além disso, importa ainda destacar que a Convenção adota uma noção de consentimento da vítima livre assente no contexto das circunstâncias em que foi concedido, seguindo assim o critério estabelecido pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, especificamente em *M.C. Vs. Bulgária*, e pela Recomendação (2002) 5 do comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados Membros sobre a proteção das mulheres contra a violência, não sendo o consentimento valorado se prestado de outra forma. Desta forma, o artigo 36.º retira a importância do uso ou não da força do agressor e da resistência ou não da vítima. Assentando na existência ou não do consentimento livre, tendo em consideração as circunstâncias envolventes⁴³. O bem jurídico a ser tutelado é a liberdade sexual, pois os comportamentos sexuais devem ser criminalizados quando limitam a liberdade sexual da vítima (em sentido amplo, englobando diversos atos sexuais) que não sejam praticados de acordo com a vontade livre das pessoas envolvidas podendo identificar-se um ou vários agentes, uma ou várias vítimas. Sendo também a conceção que atualmente inspira o Código Penal português⁴⁴.

⁴² REBELO, Beatriz Morais, *A Natureza do Crime de Violação à Luz da Proteção do Interesse da vítima*, Universidade de Coimbra, 2023, p.44.

⁴³ RIBEIRO, Gil Duarte Miranda, *Deficiências do Crime de Violação à Luz da Convenção de Istambul: Stealthing— Consentimento versus Constrangimento*, 2019, p.19.

⁴⁴ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira, “do dissentimento à falta de capacidade para consentir”, *Combate a violação de género: Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*. 2016, p.133.

Tendo Portugal ratificado a Convenção de Istambul, está obrigado a cumprir integralmente o conteúdo daquele instrumento internacional, como prevê o artigo 8.º n.º 2, da constituição da República Portuguesa.⁴⁵ Como sabemos, Portugal apesar de acolher a Convenção de Istambul, e ficar obrigada ao cumprimento da mesma, como previsto no artigo 8º da Constituição da República, o legislador português não acolheu o modelo semelhante ao do 36º da Convenção, sobre a “*ausência do consentimento livre*” mas antes, optou pelo acolhimento do modelo do “*constrangimento*” (contrariedade a vontade cognoscível da vítima) escolha da qual discordamos uma vez que o modelo do dissentimento mostra-nos ser um modelo um quanto restrito para algumas situações, uma vez que não abrange todas as situações possíveis como por exemplo as situações descritas de “*stealth*” criando situações ambíguas, em relações às situações em que a vontade não foi demonstrada, o que não significa que a vítima tenha consentido e sim que por algum motivo a mesma não teve como o demonstrar. Entretanto, concordamos com o modelo do consentimento em que o “sim é sim” desde que esse consentimento seja livre, expresso e não viciado.

2.2 CONVENÇÕES DE GENEBRA

As convenções de Genebra, de 12 de agosto de 1949, vieram trazer avanços no que diz respeito à proteção da mulher, passando todas elas a fazer referência à violação sexual praticada em conflitos armados, estas convenções vieram considerar como crime de natureza sexual os atos de violação sexual praticados de forma isolada ou não sistemática, por indivíduos/ pequenos grupos pertencentes às forças armadas ou a grupos armados, a participarem diretamente num conflito armado. Estes tipos de atos eram vistos até então como sendo a forma que os perpetradores tinham de satisfazer o seu desejo sexual após longos períodos afastados dos seus lares, não tendo qualquer outro motivo associado. A proibição deste tipo de atos ficou plasmada nas I e II Convenção de Genebra, nos seus artigos 12.º, na III Convenção de Genebra, no seu artigo 14.º, e na IV Convenção de Genebra, no seu artigo 27.º. Os próprios protocolos adicionais, de 8 de junho de 1997, também contêm alusão a este tipo de atos. No caso do protocolo adicional I, essa menção é feita no número 2. b) do artigo 75.º e no número 1 do artigo 76.º, e no caso do protocolo adicional II, no número 2.a) e) do artigo 4.º.

⁴⁵ “As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português”.

Os protocolos adicionais de Genebra, apesar de fazerem referência no seu texto às violações sexuais, não vêm acrescentar nada de novo em relação as Convenções de Genebra, pois fazem-no ainda sobre a perspetiva de que, quando cometidas, atacariam apenas a honra da mulher. Mas o paradigma começa a mudar a partir da década de 70 do século XX, com a adoção de vários normativos, a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra mulheres, adotada em 1979, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, foi um dos normativos que veio reconhecer que a violência contra mulher viola, prejudica ou anula o gozo, por parte das mulheres, dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sendo este o mais importante instrumento internacional, juridicamente vinculativo de promoção e defesa dos direitos das mulheres e uma fonte de inspiração para outros documentos internacionais que visam combater a discriminação baseada no sexo. Portugal ratificou-a a 30 de julho de 1980 e, entrou em vigor a 3 de setembro de 1981.

Os países que que ratificaram a CEDAW, (Estados-Partes), devem apresentar relatórios regulares ao Comité para Eliminação da Discriminação Contra as Mulheres sobre a forma como os direitos da Convenção estão a ser implementados, sendo as organizações de mulheres convidadas a apresentar relatórios sombra ao Comité CEDAW⁴⁶. Durante as suas sessões públicas, e na lógica do diálogo civil estruturado, o Comité analisa o relatório do Estado-Parte e o relatório das organizações de mulheres e, no fim, dirige as suas preocupações e recomendações ao Estado-Parte sob forma de observações finais⁴⁷.

O Comité da CEDAW publicou a 4 de Julho de 2022 as observações finais ao Estado português, onde as organizações de mulheres descrevem “o que falta em Portugal 2022”, sendo estas as últimas observações feitas até o ano atual. Onde descrevem as principais áreas de preocupações e recomendações, das quais passo a citar algumas como:

- A violência com base no género contra as mulheres, onde o Comité nota a adoção da Lei n.º 55/2020 sobre as vítimas especialmente vulneráveis de crimes violentos, graves e altamente organizados, no entanto, esta preocupado com a falta de protocolos sensíveis ao género para lidar com as vítimas de violência com base no género contra as mulheres. Em particular, o Comité observa:

⁴⁶ Para saber mais sobre o que é a CEDAW e como se estabelece o diálogo Civil estruturado visite o Kit de informação CEDAWA4LL

⁴⁷ <https://plataformamulheres.org.pt/site/wp-content/ficheiros/2023/10/relatorio-cedaw-versao-digital.pdf>

- a) A ausência de umas disposições do Código Penal ou de legislação extravagante para criminalizar condutas de forma a proibir todas as formas de violência com base no género; alterar o Código Penal para definir todas as formas de violência com base no género contra as mulheres, incluindo a violência física, psicológica, sexual, económica e violência doméstica, bem como a ciberviolência e o feminicídio.
- b) Que existem apenas dois centros de crise para as vítimas de violência sexual que garanta apoio psicológico e psicossocial especializado a mulheres e raparigas vítimas de violência sexual. Precisasse, assim, reforçar os serviços de apoio às mulheres vítimas de violência com base no género para corresponder à procura, garantindo, designadamente, um número suficiente de centros de crise devidamente financiados que prestem assistência jurídica e psicossocial às vítimas.
- c) A falta de dados estáticos abrangentes sobre a violência com base no género de segregados por sexo, idade e relação entre vítima e agressor.
- d) A ausência de um mecanismo permanente para assegurar uma cooperação e coordenação eficazes entre os tribunais de família e os tribunais penais para garantir que as mulheres tenham acesso imediato às ordens de proteção civil e injunções contra parceiros abusivos, sem necessidade de instaurar um processo; implementar as recomendações finais do Comité, para estabelecer um mecanismo de cooperação e coordenação eficazes entre os tribunais de família e os tribunais criminais, a fim de garantir que as pessoas recorrem imediatamente a ordens de proteção civil e injunções contra parceiros abusivos.

Essas são algumas das observações dos relatórios das ONGDM para o CEDAW transmitir ao Estado-Parte sobre forma de recomendações e preocupações, como citadas supra, publicadas a 4 de julho de 2022, como observações finais ao Estado Português. Concordamos com estas observações/ recomendações e esperamos que sejam brevemente implementadas e cumpridas.

O Parlamento Europeu e o Conselho, finalmente aprovaram a primeira diretiva comunitária para combater a violência doméstica contra as mulheres, exigindo dos Estados- Membros a criminalização do assédio online e a partilha não

consentida de imagens íntimas. Esta nova diretiva tem como crimes da EU, “o assédio e o incitamento ao ódio ou à violência online, a perseguição, a partilha não consensual de imagens íntimas, a mutilação genital feminina e o casamento forçado”. A prática deste crime será punida com penas de prisão que podem ir de 1 a 5 anos.

Estão também previstas regras estruturadas sobre as medidas de assistência e proteção que os Estados-Membros devem prestar às vítimas, de modo que também seja “mais fácil para as vítimas de violência contra as mulheres e violência doméstica denunciarem o crime” nomeadamente através de ferramentas online. A fim de proteger a privacidade da vítima e evitar vitimização repetida, os Estados-Membros devem ainda garantir que as provas relacionadas com o comportamento sexual anterior da vítima só sejam permitidas em processos penais quando forem relevantes e necessários.

A Diretiva (EU) 2024/1385⁴⁸ do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de maio de 2024, salientam que as disposições já existentes a nível nacional e da União revelam-se insuficientes para combater e prevenir eficazmente a violência contra as mulheres e a violência doméstica. Nomeadamente as Diretivas 2011/36/UE (⁴⁹) e 2011/93/EU (⁵⁰) do Parlamento Europeu e do Conselho, que se concentram em formas específicas desse tipo de violência, e a Diretiva 2012/29/EU do Parlamento Europeu e do Conselho (⁵¹), que prevê o regime geral para as vítimas da criminalidade, prevejam algumas salvaguardas para as vítimas — as quais , para os efeitos da presente Diretiva, se entendem como as vítimas de violência contra as mulheres e de violência doméstica.

A presente Diretiva tem por objetivo proporcionar um regime abrangente para a prevenção e combate eficaz da violência contra as mulheres e da violência doméstica em toda a União, fá-lo através do reforço e introdução de medidas relativamente aos seguintes domínios: a definição dos crimes e sanções pertinentes, a proteção das vítimas e o acesso à justiça, o apoio às vítimas, a melhoria da recolha de dados, a prevenção, a coordenação e a cooperação.

⁴⁸ https://peoples2030.gov.pt/wp-content/uploads/sites/19/2024/05/OJ_L_202401385.pdf

⁴⁹ Diretiva 2011/36/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de abril de 2011, relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à proteção das vítimas, e que substitui a Decisão -Quadro 2002/629/JAI do Conselho (JO L 101 de 15.4.2011, p.1).

⁵⁰ Diretiva 2011/93/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, e que substitui a Decisão- Quadro 2004/68/JAI do Conselho (JO L 335 de 17.12.2011, p.1).

⁵¹ Diretiva 2012/29/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, que estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade e que substitui a Decisão-Quadro de 2001/220/JAI do Conselho (JO L 315 de 14.11.2012, p. 57).

CAPÍTULO II — CRIME DE VIOLAÇÃO SEXUAL ARTIGO 164.º DO CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS

1. AS FONTES

No que concerne ao crime de violação sexual previsto no Código atual, temos as seguintes disposições como fontes principais:

Artigo 393.º

Violação

1— Aquele que tiver cópula ilícita com qualquer mulher contra sua vontade, por meio de violação física, de veemente intimidação, ou qualquer fraude, que não constituía sedução, ou achando-se a mulher privada do uso da razão, ou dos sentidos, comete o crime de violação, e terá a pena de prisão maior celular de dois a oito anos, ou, em alternativa a de prisão temporária.”⁵²

Artigo 190.º

Rape

1— Any person who forces a person of the female sex by threats or violence, psychological pressure or by being, made incapable of resistance to submit to sexual intercourse shall be liable to a custodial sentence of from one to ten years. 3 If the offender acts with cruelty, and if in particular he makes use of an offensive weapon or any other dangerous object, the penalty is a custodial sentence of not less than three years”⁵³.

⁵² Código Penal de 1886, versão online, disponível em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf>

⁵³ StGB suíço disponível em https://lawbrary.ch/gesetz/311_0/StGB/v2023.07/en/art190/swiss-criminal-code/art-190/#a190. — Tradução: “¹ Qualquer pessoa que force uma pessoa do sexo feminino por ameaças ou violência, pressão psicológica ou por ser feita incapaz de resistência para se submeter ao sexo sexual deve ser responsável por uma sentença de custódia de um a dez anos. ³ Se o infrator atua com crueldade, e se em particular ele faz uso de uma arma ofensiva ou qualquer outro objeto perigoso, a penalidade é uma sentença de custódia de não menos de três anos”

Artigo 177.º

Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung

§ 177. Vergewaltigung. (1) Wer eine Frau mit Gewalt oder durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben zum außerehelichen Beischlaf mit ihm oder einem Dritten nötigt, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren bestraft. (2) In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren. (3). Verursacht der Täter durch die Tat leichtfertig den Tod des Opfers, so ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren⁵⁴.

Artigo 201.º

Strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung Vergewaltigung

(1) Wer eine Person mit Gewalt, durch Entziehung der persönlichen Freiheit oder durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben zur Vornahme oder Duldung des Beischlafes oder einer dem Beischlaf gleichzusetzenden geschlechtlichen Handlung nötigt, ist mit Freiheitsstrafe von zwei bis zu zehn Jahren zu bestrafen.

(2) Hat die Tat eine schwere Körpverletzung oder eine Schwangerschaft der vergewaltigten Person zur Folge oder wird die vergewaltigte Person durch die Tat längere Zeit hindurch in einen qualvollen Zustand versetzt oder in besonderer Weise erniedrigt, so ist der Täter mit Freiheitsstrafe von fünf bis zu fünfzehn Jahren, hat die Tat aber den Tod der vergewaltigten Person zur Folge, mit Freiheitsstrafe von zehn bis zu zwanzig Jahren oder mit lebenslanger Freiheitsstraf zu bestrafen⁵⁵.

⁵⁴ StGB alemão, artigo 177.º, na versão anterior a de 1998, disponível em <https://lexetius.com/StGB/177> —tradução: “177. Estupro. (1) Qualquer pessoa que force uma mulher à força ou ameaçando com perigo atual para a vida ou membros a relações extraconjugais com ele ou com um terceiro não será punida com pena de prisão inferior a dois anos.

(1) Em casos menos graves, a pena de prisão é de seis meses a cinco anos.

(2) Se o perpetrador causar de ânimo leve a morte da vítima pelo ato, a pena de prisão não é inferior a cinco anos.

⁵⁵ StGB austríaco sobre os atos puníveis contra a integridade sexual e autodeterminação, artigo 201.º disponível em:

<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002296> —tradução: Atos puníveis contra a integridade sexual e a autodeterminação “Estupro” (1) Qualquer que force uma pessoa com violência, por privação da liberdade pessoal ou por ameaça de perigo atual para a vida ou corpo a fazer ou tolerar o coito ou um ato sexual equivalente ao coito deve ser punida com uma pena de prisão de dois a dez anos.

(2) Se o ato resultar em uma lesão corporal grave ou gravidez da pessoa estuprada ou se a pessoa estuprada for colocada em um estado agonizante por um longo período ou humilhada de maneira especial pelo ato, o perpetrador está sujeito a uma pena de prisão de cinco a quinze anos, mas o ato resulta na morte da pessoa estuprada, com pena de prisão de dez a vinte anos ou com prisão perpétua. Punida.

Para PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, essas disposições apresentam hoje um âmbito típico mais restrito do que a disposição atual do nosso Código Penal. A reforma do CP de 1998 apenas previa a posição de poder do agente resultante de uma sujeição hierárquica, económica ou de trabalho, tendo a Lei n. º59/2007 alargado o âmbito típico da posição de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela e ao aproveitamento de temor causado na vítima. A Lei n. º83/2015 alargou ainda mais o tipo, admitindo qualquer forma de constrangimento, qualquer forma de violência psicológica, ordem, ameaça, aproveitamento de uma posição de autoridade do agente ou do medo provocado na vítima. A Lei n.º 101/2019 que vigora até os dias atuais, reforça o sentido da anterior reforma, mudando as posições relativas dos n. º1 e 2 e definindo o constrangimento em função da oposição à vontade cognoscível da vítima.⁵⁶ O crime de violação é um crime de execução vinculada, daí a importância de a lei fazer uma determinação específica quanto aos modos em que este ocorre, para que se tenha como consumado.

⁵⁶ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, 4ª Edição atualizada, universidade Católica Editora ,2023, p. 711.

2. ELEMENTOS OBJETIVOS DO TIPO

2.1 A VÍTIMA DO CRIME

“Qualquer indivíduo, pode ser vítima de violência sexual, independentemente da idade, do género, da raça, ou do estatuto socioeconómico, não obstante, e de acordo aos dados da APAV⁵⁷, que de acordo com a mesma, as vítimas desses crimes são predominantemente mulheres. O tipo objetivo do crime de violação —crime de dano—, consiste no constrangimento da vítima a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, um ou mais atos sexuais de especial relevo; cópula, coito anal, coito oral, introdução vaginal, ou anal de partes do corpo ou objetos”.⁵⁸

As questões da desigualdade de género há muito que vem sendo discutidas nas mais diversas áreas da sociedade devido à diferença de oportunidades ao dispor das mulheres para alcançar a igualdade social, jurídica, política e económica na sociedade, em muito devido a uma discriminação contínua e endémica contra estas. Entretanto, apesar de atualmente existir uma maior consciencialização, a violência contra as mulheres ainda constitui uma manifestação de relações de poder hierarquicamente desiguais entre homens e mulheres, que conduziram ao domínio e à discriminação das mulheres por parte dos homens e que têm impedido o progresso pleno destas.⁵⁹ Para GUEDES PORTELA, a violência contra as mulheres está também associada à menor importância dada à condição feminina ao longo dos séculos. A utilização da violência constitui um dos mecanismos sociais em que as mulheres são forçadas a assumir uma posição de subordinação em relação aos homens⁶⁰.

A violação, surge como a imposição de um desejo no outro, como uma forma do homem exercer poder sobre a mulher, utilizando muitas vezes a violência física, moral ou psicológica, para o conseguir. Existindo assim uma entidade dominante “o homem” e uma entidade dominada “a mulher”, aquela que é subjugada, que é o objeto, logo a vítima.

⁵⁷ Associação Portuguesa de Apoio à Vítima; https://apav.pt/apav_v3/index.php/pt/

⁵⁸ Albuquerque, Paulo Pinto, comentário do código penal à luz da constituição da República e da convenção Europeia dos Direitos Humanos, 2015, p.654.

⁵⁹ Tribunais Internacionais nos Conflitos Armados 30854-Texto do Artigo-131042-1-10-20230414 GUEDES, Henrique Peyroteo portela, Tribunais Penais Internacionais: os Direitos da Mulher nos Conflitos Armados, 2019, p.171.

⁶⁰ Henrique Peyroteo portela, Tribunais Penais Internacionais: os Direitos da Mulher nos Conflitos Armados, 2019, p.171.

Nas situações de conflitos armados, essa desigualdade de género era muito evidente, sendo que nessas situações específicas as mulheres eram facilmente tratadas como objetos de prazer por parte dos combatentes, uma vez que o território era controlado por eles e as mulheres lá existente tinham que sujeitar-se a eles, por estes as fazerem acreditar que tudo que lá existia pertencia às forças ocupantes, situações como essas que levadas ao extremo, fazia com que o estupro funcionasse como uma forma de afirmação da soberania sobre o território. Podendo ser aproveitado para acabar, por exemplo, com a identidade das minorias étnicas, através da violação sexual das mulheres de uma determinada etnia, estes acabavam por engravidá-las gerando assim filhos seus e netas.⁶¹ Situação essa que esteve bem presente na guerra do Ruanda, onde as mulheres Tutsi, minoria étnica na região, foram violadas insistentemente por agressores Hutu. Os descendentes gerados eram assim considerados como sendo da etnia Hutu. O estupro nesse caso foi utilizado como arma de guerra para cometer um genocídio, sendo que nesse caso do Ruanda foi incentivado pelos superiores⁶².

Até à idade média a sociedade via a mulher vítima de estupro como alguém que perdesse o seu valor no seio da família, principalmente se esta ainda fosse virgem. As mentalidades foram-se alterando e a partir do século XVI o estupro passou a ser visto como crime contra a honra pois tirava a castidade e a virtude às mulheres. A Convenção de Genebra de 1949 que situa os crimes sexuais como atos prejudiciais à honra de uma mulher e da sua família, e não como uma ofensa contra a sua autodeterminação sexual e a sua dignidade. Na IV Convenção apesar de ser aplaudida o uso de uma punição explícita dos agressores sexuais que cometam crimes como violação entre outros não deixa de mover para o campo da honra o crime de violação “As mulheres serão especialmente protegidas de qualquer ataque à sua honra, e particularmente contra violação, prostituição forçada ou qualquer atentado ao seu pudor”.⁶³ O mesmo encontrava-se previsto na IV Convenção de Haia, de 1907, relativa às Leis e Costumes da Guerra em Campanha. Esta, no seu artigo 46.º, fazia alusão, apesar de não ser de forma explícita, à violação sexual, este artigo refletia a necessidade de se respeitar a “honra e direitos familiares, as vidas das pessoas, e a propriedade privada, assim como as convicções e práticas religiosas precisarem ser respeitadas”, o que era interpretado à época como uma referência à proteção das mulheres contra a violência sexual. Essa visão limitada enquanto “crimes de honra”, cria uma estigmatização sobre a vítima e a sua família, representando

⁶¹ Henrique Peyroteo Jorja, *Tribunais Penais Internacionais: os Direitos da Mulher nos Conflitos Armados*, 2019, p.171.

⁶² <https://ensina.rtp.pt/artigo/o-genocidio-no-ruanda/>

⁶³ IV Convenção de Genebra Relativa à Proteção dos civis em tempo de Guerra de 12 de Agosto de 1949, art.º 27.º.
<https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convIVgenebra.pdf>

uma forma de reafirmar a masculinidade dos agressores, muito por conta da humilhação dos seus opositores e é um modo de demonstrarem o seu profundo desprezo pelas mulheres em geral⁶⁴.

“SUSAN BROWNMILLER”, entende que a violação “*is nothing more or less than a conscious process of intimidation by which all men keep all women in a state of fear*”. Também outros autores especificam esta ideia afirmando que a ameaça da violação baixa a autoestima das mulheres, enfraquece a sua confiança nos outros, e diminui a sua percepção de controlo pessoal, com a consequência de levar as mulheres a conformarem-se, quer nas suas crenças, quer nos seus comportamentos, com papéis sexuais tradicionais⁶⁵.

A violência sexual contra mulheres, pode levar a gestações indesejadas, abortos induzidos, problemas ginecológicos infeções sexualmente transmissíveis, incluindo o HIV. Segundo uma análise feita pela “agência da ONU sobre Aids” em 2013 descobriu-se que as mulheres que já foram abusadas física ou sexualmente eram 1,5 vezes mais propensas a ter uma infeção sexualmente transmissível e, em algumas regiões, o HIV, em comparação com as mulheres que não haviam sofrido violência por parte de parceiros e não só. Elas também são duas vezes mais propensas a sofrer aborto⁶⁶.

Diante destes factos, é importante citarmos que a vítima, como sujeito processual, apenas teve estatuto próprio e autónomo após a publicação da Lei. nº130/2015, de 4 de setembro. Trata-se, no entanto, de um conceito jurídico e normativo relativamente estabilizado, nomeadamente ao nível do quadro legal europeu. No que respeita à criminalidade sexual há que atentar sobre o duplo papel que é assumido pela vítima que, no procedimento, é também testemunha e o depoimento da vítima como testemunha principal dos fatos em que se viu envolvida é no crime sexual essencial.

Ainda em relação à vítima, há por vezes a negação num momento inicial. Tal fenómeno terá a ver com o “fantasma” da incompatibilidade que passa ou passou por esse trauma, bem como a situação traumática que a vítima se viu envolvida. “No âmbito de alguma criminalidade sexual ocorrida com adultos, concretamente a “violação”, podem identificar-se várias razões, sobretudo quando a agressão envolve graus de violência elevados. Lembrando que o traumatismo provocado numa vítima de origem humana e intencionalmente infligido não põe só em causa as certezas fundamentais do indivíduo, mas igualmente as suas certezas em

⁶⁴ Tribunais Penais Internacionais: os Direitos das Mulheres nos conflitos Armados: GUEDES, Henrique Peyroteo portela, 2019, p.171

⁶⁵ MARIA, Susana, Mulheres sobreviventes de violação, Livros Horizontes Editora, 2004, p. 21

⁶⁶ <https://news.un.org/pt/story/2013/11/1457511>, Nações Unidas, ONU News.

relação ao mundo e à sua própria segurança, por isso a negação assume-se igualmente como um mecanismo de reação”⁶⁷.

2.2 O AGENTE DO CRIME

No Artigo 164.º n.º 1, define-se o agressor como “*Quem, por meio de violência, ameaça grave de, para esse fim, a ter tornando inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa*”. (...) O agente do crime pode ser uma pessoa do sexo masculino ou feminino, não havendo distinção do sexo, tendo o agente que ser maior de 16 anos de idade.⁶⁸

Por muito tempo tivemos uma visão errónea sobre os agentes que cometem esse ilícito, pensando que a maioria dos crimes de violação eram cometidos por estranhos, uma vez que o conceito de violação estava associado aos crimes de guerra o que nos levava a pensar que como nos casos dos conflitos armados eram estranhos que violentavam as mulheres por estes terem dominado os territórios e tudo que lá estava incluindo as mulheres fazendo desses seus objetos. Mas diante de tantas pesquisas e estudos feitos pela APAV e tantos outros sistemas seguros, consideramos que a violação é mal compreendida por presumirmos que essas sejam sempre ou na maioria das vezes cometidas por estranhos. Em muitos outros contextos as violações se perpetuam nomeadamente nas relações de proximidade com as vítimas, sendo essas relações conjugais, e de encontros em que a vítima conhece o violador.

Em 1987, SUSAN ESTRICH, defendia que o sistema legal define dois tipos de violação; sendo estas— a violação “real” e a violação “simples”. A violação real é a cometida por estranhos, envolvendo usualmente o uso de armas e provocando danos físicos na vítima. Enquanto a violação simples são as cometidas por alguém que a vítima conhece. Segundo a autora a violação real, essa cometida por estranhos, na prática é a que recebe mais atenção por parte do sistema de justiça e avança com quatro elementos que estão implícitos na doutrina legal que em conjunto fazem com que a violação por conhecidos seja suspeita⁶⁹;

1) os casos em que existe uma relação anterior são vistos como disputas privadas, o que os retira do sistema público.

⁶⁷ LOPES, José Mouraz. MILHEIRO, Thiago Gaiado, Crimes Sexuais — Análise Substantiva e Processual, 4ª Edição, Almedina Editora, 2023, p.46.

⁶⁸ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, 4ª Edição atualizada, universidade Católica Editora ,2023, p. 711.

⁶⁹ MARIA, Susana, Mulheres Sobreviventes de Violação, Livros Horizontes, 2004, p. 25.

2) estes casos são vistos como menos sérios visto que, segundo a filosofia que esta subjacente é a de que, uma vez que a mulher já consentiu o sexo anteriormente o homem tem o direito de continuar a obter satisfação sexual com essa mulher.

3) consideram que as mulheres que pedem boleias e saem para beber, deviam saber que estes antecederem o sexo.

4) As violações cometidas por conhecidos são vistas como sendo menos sérias e menos perturbadoras para as vítimas. Dai parte da cultura do sistema legal definir a violação como um crime mais provável de ser cometido por estranhos e a violação sexual entre conhecidos não é suficiente para ser considerada crime.

No entanto, consideramos que estes elementos só servem para reforçar a ideia de que o crime de violação sexual enquanto violência de género é sustentada pelo sistema patriarcal, machista e cisheteronormativo e maioritariamente praticado por homens e tendo como maiores vítimas as mulheres.

Em análise, segundo estudos realizados, pela “Organização Pan Americana da saúde”, sobre a magnitude do problema da violação sexual, os fatores de riscos e as possíveis consequências para a saúde, conclui-se que entre os fatores associados ao aumento de risco de perpetração da violência estão a baixa escolaridade, maltrato infantil ou exposição à violência na família, uso nocivo de álcool, atitudes violentas e desigualdade de género.⁷⁰ Acrescento as situações de abuso de poder, quando a mulher depende exclusivamente do sustento do homem, e que os agentes do crime de violação normalmente têm em comum a forma como pensam acerca das interações sexuais e a forma como agem perante esse pensamento. E a maioria dos agressores sexuais convive com a vítima.

(...) Acho que sou um, um agressor(a), o que posso fazer?

“Segundo o relatório feito pela ordem dos psicólogos⁷¹, em situações destas, deve-se procurar ajuda, com um psicólogo(a), à fim de desenvolver consciência sobre os seus pensamentos, desejos e comportamentos, bem como a aprender estratégias para parar comportamentos abusivos e assumir responsabilidade por comportamentos abusivos que tenha praticado, reiteram que mudar os padrões de comportamentos ou lidar com determinados pensamentos e desejos sexuais, não é algo que se faça sozinho/a, mas é possível através de programas de tratamento com profissionais especializados. Tratamento este que não é uma

⁷⁰ <https://www.paho.org/pt/topics/violence-against-women>

⁷¹ https://www.ordendopsicologos.pt/ficheiros/documentos/opp_vamosfalarsobreabusosexual_documento.pdf

desculpa ou uma amnistia pelos comportamentos que tenha praticado, nem castigo ou humilhação, mas sim uma forma de reduzir significativamente o risco de vir a praticar novos abusos”.

3. AS CONDUTAS TÍPICAS

3.1 A CÓPULA E TODAS AS SITUAÇÕES EQUIPARADAS

Para melhor compreensão das condutas típicas do crime de violação é importante começar por analisarmos o conceito de cópula, uma das condutas típicas prevista no **artigo 164.º nº1 al. a)** do CP, “*consiste no constranger outra pessoa a sofrer ou praticar consigo ou com outrem cópula, coito anal ou coito oral*”.

O conceito de cópula e a sua determinação jurídica encontra larga convergência na doutrina. A cópula foi a primeira conduta típica a ser criminalizada, embora os sujeitos ativos e passivos deste crime possam ser homens e/ou mulheres independentemente da orientação sexual ou da identidade de género, é certo que no caso da cópula, exige-se que um dos intervenientes seja homem e outra mulher, sendo que os atos descritos na alínea a) pressupõem sempre a intervenção de um homem. Para PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE⁷², “A cópula é o ato pelo qual o pénis é introduzido na vagina de uma mulher, haja ou não *emissio seminis*.” Beleza dos Santos, definia-a como a “Introdução do membro viril aos órgãos sexuais da mulher ofendida” e neste sentido concorda SÉNIO ALVES.⁷³ MOURAZ LOPES⁷⁴ entende como o “resultado de uma relação heterossexual de conjugação carnal entre órgãos sexuais masculinos e femininos”, sendo que a introdução completa ou incompleta do órgão sexual masculino na vagina da mulher apresenta-se como um requisito indispensável.

Conforme fixação jurisprudencial do STJ⁷⁵ “o conceito de cópula dispensa o “*emissio seminis*” e justifica tal dispensa “exigir-se na violação consumada com orgasmo ou ejaculação, como por vezes se lê, é um puro preciosismo, atendendo a essência do bem jurídico protegido”, sendo que a norma incriminadora se contenta com a introdução do pénis na vagina, total ou parcial.

SÉNIO ALVES⁷⁶, no mesmo sentido fundamenta que “não atribui relevância típica, visto que esta relevância é conferida pela penetração e não ejaculação”.

⁷²ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, 4ª Edição atualizada, universidade Católica Editora ,2023, p. 712.

⁷³ ALVES, Sénio Manuel dos Reis, Crimes sexuais-. notas e comentários aos artº163º a 179º do código penal(annotado), Coimbra, Almedina Editora,1995, pág.21

⁷⁴ LOPES, José Mouraz, Os Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no código Penal, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2008, p.45

⁷⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. Processo n. º5/2003

⁷⁶ ALVES, Sénio Manuel dos Reis, Crimes sexuais-notas e comentários aos artº163º a 179º do código penal(annotado), Coimbra, Almedina Editora,1995, p. 21.

De salientar que nos casos de determinadas qualidades específicas do agente do crime como as relações familiares, tutela, curatela, ou relações profissionais, de hierarquia ou economia, com as alterações introduzidas através da Lei 101/2019, podem funcionar como agravantes nos termos do artigo 177.º do CP inicialmente com a reforma de 1995, equiparou-se o coito anal a cópula. O coito anal consiste na introdução, total ou parcial, do pénis de um homem no ânus de outra pessoa independentemente do género, com ou sem emissio seminis. Para efeitos da moldura penal, posteriormente em 1998 estendeu-se o conceito de violação incluindo-se o coito oral que consiste na introdução, total ou parcial, do pénis de um homem na boca de outra pessoa, com ou sem ereção, com ou sem emissio seminis, sendo que a relevância típica do coito anal e oral é conferida pela penetração total ou parcial. Assim sendo equiparados a cópula. São, esses considerados atos sexuais de relevo qualificado.

O artigo 205.º do Código Penal de 1982, com a epígrafe “atentado ao pudor com violência” agregava o coito anal e o coito oral. Antes da reforma de 2007, discutia-se acerca da necessidade da penetração, em relação ao coito oral e o coito anal ser necessariamente por pénis. E defendido por FIGUEREDO DIAS⁷⁷ que o significado comum de coito exige uma conjunção de corpos com intervenção do órgão masculino e não com outro órgão qualquer ou objetos, o que significa que tal como a cópula, o coito anal e o coito oral necessitam da introdução no ânus e na boca pelo pénis.

O coito vestibular ou vulvar verifica-se quando o ato sexual consubstanciado no contato exterior dos órgãos sexuais masculinos e femininos atinge a consumação pelo emissio seminis. Sem que se tenha verificado a penetração do pénis na vagina. Lembrando que (vulva e vagina são órgãos sexuais diferentes).

Segundo MOURA LOPES⁷⁸ “quando as partes do corpo (por ex dedos, língua) ou objetos (vibradores, paus) apenas contactam com a vagina ou ânus, mas inexistente introdução total ou parcial” o autor defende que “estamos perante um ato de relevo que, no entanto, não integra o crime de violação, por não se subsumir no elemento típico “introdução” em concordância FIGUEREDO DIAS⁷⁹ “deve considerar-se cópula a penetração na vagina pelo pénis: a chamada “cópula vulvar “não é ainda cópula para o artigo 164.º do CP”. A cópula vulvar não pode ser considerada para efeitos penais, apenas considerada para integrar os crimes de coação sexual presentes no artigo 163.º do CP⁸⁰. Também

⁷⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, Comentário Conimbricense do Código Penal-Tomo I, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2012, p. 746.

⁷⁸ LOPES, José Mouraz, Os Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no código Penal, 4ª Edição, Coimbra Editora 2008, p. 60.

⁷⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, Comentário Conimbricense do Código Penal-Tomo I, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2012, p. 747.

⁸⁰ GONÇALVES, Maia, Código penal Português Anotado e Comentado-Legislação Complementar, Almedina Editora, 18ª Edição, 2007, p. 631.

em concordância PINTO DE ALBURQUEQUE⁸¹ engloba-os nos atos sexuais de relevo do artigo 163.º do CP. Em sentido oposto, SÉNIO ALVES defende que a cópula vulvar, se integra no conceito de cópula presente no artigo 164.º do CP, uma vez que o que está em causa é o seu sentido jurídico-normativo.⁸²

3.1.2 A INTRODUÇÃO VAGINAL OU ANAL DE PARTES DO CORPO OU OBJETOS

Com a reforma de 2007 se deu uma das mais importantes inovações no que concerne à conduta típica, passando a incluir a introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos. Essa reforma veio consagrar de uma forma ampla, mas não totalmente sobreposta à matriz originária que decorre do Código Penal francês de 1994, a doutrina chamada “toute penetration” ao equiparar esses atos sexuais com a cópula ou o coito anal ou oral. No que respeita a introdução de objetos, até à reforma de 2007, a prática de introdução de objetos na vagina ou no ânus só podia integrar os crimes de liberdade sexual se o objetivo utilizado fosse de carácter sexual como os vibradores ou fossem objetos considerados para utilização nas relações sexuais, previsto nos termos do artigo 164.º n1º al. b) do CP. De salientar que a introdução vaginal ou anal equivale a penetração na vagina e não na vulva ou no ânus de uma qualquer parte do corpo (como por ex; um dedo, os lábios, a língua...) ou de um qualquer objeto como (pénis artificial, vibradores...) Até mesmo (paus, ferro, fruto...) objetos de conotação sexual. Pode, por isso, falar-se em “**copulas impróprias**” desde que se verifique o requisito da “penetração” / “introdução”. Nos termos do artigo 164.º n1 e 2— considerou-se que essas formas de penetração sexual não têm de ser unicamente executadas com o pénis (**penetração peniana**) pois têm idêntica gravidade relativamente ao bem jurídico em causa⁸³.

Com a reforma da Lei n. º101/2019, como afirma PINTO DE ALBUQUERQUE⁸⁴ estamos perante o crime de violação quer a vítima tenha posição passiva, isto é, quando “sofre” a introdução que foi realizada pelo agente, quer tenha uma

⁸¹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, 4ª Edição atualizada, universidade Católica Editora ,2023, p.712.

⁸² ALVES, Sénio Manuel dos Reis, Crimes sexuais-notas e comentários aos artº163º a 179º do código penal(annotado), Coimbra, Almedina Editora 1995, p.23.

⁸³ CARCIA, Miguez, Código Penal- Parte geral e especial. (com notas e comentários) 3 Edição, Almedina Editora, 2018, p.793.

⁸⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, 4ª Edição atualizada, universidade Católica Editora ,2023, p. 712.

posição ativa. Neste sentido MOURAZ LOPES E TIAGO MILHEIRO⁸⁵ ao referir que com a Lei nº 101/2019 supriu-se uma lacuna de punibilidade, suprimindo a alusão a “sofrer” e substituindo-a por “praticar atos”, passando a ser punível a constrição da vítima a praticar na sua pessoa, agressor ou terceiro a introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos, ficando prejudicada a tese da punição apenas a título de coação sexual desse tipo de casos, defendida em face da lei anterior por MIGUEZ GARCIA⁸⁶.

Não obstante a letra da lei se referir a “partes” e “objetos” não significa que a violação não se consuma com a introdução de apenas uma “parte” ou um só “objeto” o legislador ao utilizar o plural pretende significar que para o preenchimento do tipo, podem ser usadas “diversas” partes do corpo e “diversos” objetos. E se na consumação forem usadas várias partes do corpo e objetos, tal implicará na medida da pena⁸⁷.

No que respeita a introdução de objetos, além das situações que já identificamos como predestinados à atividade sexual, atualmente qualquer objeto, no sentido de coisa material que pode ser percebida pelos sentidos, pode substanciar uma forma típica de crime. No mesmo sentido MOURAZ LOPES e TIAGO MILHEIRO⁸⁸ ao referir que basta que esses objetos tenham “aptidão para entrar nas cavidades vaginal ou anal”. Entretanto, dificilmente se poderá enquadrar o conceito de objeto para este efeito no sentido — civilística — de coisa previsto no artigo 202.º n.º 1 do código Civil que define coisa como “tudo aquilo que pode ser objeto de relações jurídicas” — como por exemplos as coisas incorpóreas. Importa referir também que estão incluídas as práticas sexuais envolvendo introdução de animais ou partes de animais, bem como a introdução de produtos vegetais. E ainda no âmbito da introdução de objetos devem incluir-se as partes de um cadáver (membros ou partes) que já não consubstanciam partes do corpo, bem como as próteses.

Importa-nos, no entanto, referir que no nosso ordenamento jurídico os motivos do agente não importam para o preenchimento do tipo (importarão em sede de determinação da escolha e da medida da pena), mas a conduta para ser abrangida pela esfera da proteção da norma deve estar conexas com a liberdade sexual da vítima, e a dimensão do atentado sexual permitirá aferir se a conduta

⁸⁵ LOPES, Mouraz e MILHEIRO, Thiago Gaiado, Crimes Sexuais — Análise Substantiva e Processual, 4ª Edição, Almedina Editora, 2023, p. 96.

⁸⁶ GARCIA, Miguez, Código Penal- Parte geral e especial. (com notas e comentários) 3 Edição, Almedina Editora, 2018, p.47.

⁸⁷ GARCIA, Miguez, Código Penal- Parte geral e especial. (com notas e comentários) 3 Edição, Almedina Editora, 2018, p.47.

⁸⁸ GARCIA, Miguez, Código Penal- Parte geral e especial. (com notas e comentários) 3 Edição, Almedina Editora, 2018, p.47

é típica ou se enquadra em outros crimes, como as ofensas corporais qualificadas⁸⁹.

Para MARIA DO CARMO SILVA DIAS⁹⁰, “a introdução vaginal ou anal terá que ser um ato análogo ao coito anal, oral ou cópula, pelo que se deve surpreender uma ação apta ao exercício da sexualidade, dependendo do contexto ou circunstâncias”, como por exemplo: o caso do/a médico/a que para o exercício da função tem que introduzir partes do corpo ou objetos na vagina da paciente, que configura em princípio um ato atípico, exceto se o exame era desnecessário, durou mais que o necessário, porque o/a médico/a estava a ter prazer sexual, ou a paciente pede para terminar, e o/a médico/a insiste. Entretanto são raros os casos em que a verificação do tipo objetivo não se traduz num atentado à liberdade sexual, por serem órgãos estreitamente relacionados com o sexo e a sexualidade.

3.2 CONSTRANGIMENTO/DISSENTIMENTO

A fim de entendermos melhor a questão do constrangimento/dissentimento, ora PEDRO CAEIRO⁹¹, define; “constranger” no âmbito dos crimes sexuais como “obrigar outra pessoa a praticar um ato sexual contra a sua vontade”. A existência de constrangimento não é compatível com um “consentimento” eficaz (esclarecido e, em especial, livre) são, na verdade, noções mutuamente excludentes. Sendo na falta de consentimento que radica a violência do ato e a natureza do crime, ou seja, o relacionamento sexual sem o consentimento de uma das partes é um relacionamento constrangido.

Um aspeto inovador introduzido pela Lei n. º101/2019, foi a inversão dos números dos artigos 163.º e 164.º, considerando os atos sexuais obtidos por “constrangimento” como o crime fundamental (quer na coação sexual, quer na violação) e o constrangimento por meios especialmente gravoso (violência, ameaça, colocação da vítima na impossibilidade de resistir) como crime grave. E, estamos todos de acordo que é das soluções que aplaudimos.

⁸⁹ LOPES, Mouraz e MILHEIRO, Tiago Gaiado, Crimes Sexuais — Análise Substantiva e Processual, 4ª Edição, Almedina Editora, 2023, p. 98.

⁹⁰ DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, “Notas substantivas sobre crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, in Revista do Ministério Público 136: outubro: dezembro 2013.

⁹¹ CAEIRO, Pedro, “Observações sobre a projetada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica (em apreciação no Grupo de Trabalho – Alterações Legislativas – Crimes de Perseguição e Violência Doméstica da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias)”, Junho de 2019, p.12.

Em Portugal aplica-se o modelo do dissentimento/constrangimento, a nossa Lei não abdicou de a expressão “constranger” que conforme o artigo 164.º n.º 2 CP entende-se como constrangimento qualquer meio, não compreendido no número anterior (violência, ameaça grave ou colocação da vítima na impossibilidade de resistir) empregue para a prática dos atos referido contra a vontade cognoscível da vítima.

Porquê que o legislador não exigiu a ausência do consentimento livre, semelhante ao artigo 36.º da Convenção de Istambul? Na nossa opinião, o legislador deveria exigir a ausência do “consentimento livre” ao invés do “constrangimento”, porque não são conceitos equivalentes o que causa muita dúvida, principalmente em questões de julgamentos, fazendo com que muitos agentes de violações sexuais acabem impunes, porque simplesmente a lei não foi clara em expressar “a falta de vontade da vítima” para a relação sexual. Segundo as observações tecidas pelo GREVIO em 2019, sobre a manutenção do termo “constranger” sobre a legislação de 2015 não ser considerada suficiente para cortar definitivamente com a enraizada prática dos tribunais portugueses de exigirem prova de resistência por parte da vítima, o modelo do constrangimento ao exigir que a recusa da vítima fosse cognoscível, impõe que seja de alguma forma demonstrada, e se a intenção do legislador era de suprir a principal objeção apontada pelo GREVIO⁹², essa intenção não nos aparenta ter sido bem sucedida, sendo que este não elimina o “termo constranger” que como vimos a *supra* é a forma do direito penal sexual alemão, mormente do 177 do Código Penal, o legislador ao introduzir essa figura, deixa-nos serias dúvidas, uma vez que o legislador remete o constrangimento para esta noção, e contrariamente ao ordenamento alemão, onde vigora o modelo do Dissentimento. Mantendo-se entre nós o modelo do constrangimento, havendo de facto uma diferença em relação a redação da lei alemã no emprego da vontade cognoscível. Dito isto, somos da opinião que há necessidade de recorrer a uma interpretação extensiva da lei prevista no artigo 164.º, visto que a mesma não abarca diversas situações como as principais que mencionamos a *supra*. “Sendo que solução as apreciações tecidas por GREVIO em 2019, seria a ideia de que o constrangimento não exige necessariamente força física ou resistência por parte da vítima e sim que a legislação portuguesa fosse ajustada no sentido

⁹² GREVIO notes, however, that these legislative changes did not definitively do away with the requirement of the use of force since in paragraphs 2 of Articles 163 and 164 of the PCC, the offensive conduct is qualified by the use of the verb “constrain”. GREVIO considers that such a wording is not sufficient to definitively break away from the longstanding practice of Portuguese courts to require proof of the victim's resistance in order to sentence the perpetrator.» Relatório disponível em <https://rm.coe.int/grevio-reprton-%zoportugal/168091f16f>, p. 49.

de os crimes sexuais passarem a basear-se na falta de consentimento da vítima”⁹³.

TERESA PIZARRO BELEZA⁹⁴, faz uma observação que a nosso ver é bastante pertinente, ao analisar o crime de “violação ao domicílio” previsto no artigo 190.º CP, *“quem, sem o consentimento, se introduzir na habitação de outra pessoa ou nela permanecer depois de intimada a retirar-se é punida com pena de prisão até um ano ou com pena de multa de 240 dias”*. Para a autora, a violência, a existir constitui uma circunstância agravante do crime, mas o tipo base é apenas “entrar em casa de alguém contra a sua vontade” porque não será assim no que respeita a entrada em corpo alheio? não deveria a autonomia, integridade física (mora, intelectual, psicológica) ser considerada mais relevante que a autonomia/integridade ao domicílio?

Concordamos com o questionamento feito pela autora, uma vez que a consagração do modelo do consentimento faria mais sentido no âmbito da tutela da liberdade sexual do que no domínio da reserva da vida privada, tendo em conta a mais íntima relação da liberdade sexual com a dignidade da pessoa humana. É importante entendermos que a problemática do consentimento e do dissentimento, subsiste na jurisprudência e na doutrina e salientamos que essa discussão surge especialmente ligada à vítima do sexo feminino, como confirmam muitas estatísticas, sendo que a realidade mostra que a desculpa dos agressores por via da responsabilização das vítimas se mantém atual na cultura judicial, sendo uma problemática a mulher dizer “não” antes ou até mesmo durante o ato sexual, as mulheres são descredibilizadas e encarradas como objetos sexuais. Anteriormente o desrespeito pelo dissentimento da vítima ou era interpretado como sendo uma forma de violência, ou não era aceite como elemento do crime de violação, uma vez que a redação da norma não lhe fazia alusão⁹⁵. Atualmente podemos afirmar que muito melhorou com a inclusão do dissentimento como elemento integrador do crime de violação, mas somos da opinião que haveria mais julgamentos justos se constasse explicitamente da norma a expressão “sem o consentimento”.

O modelo do consentimento livre, tal como consta da Convenção, é o modelo mais eficaz e seria uma ótima adaptação caso constasse da nossa lei no artigo

⁹³ CORREIA, Liliana Cristina Gomes, As alterações de 2019 ao código Penal em matéria de crimes sexuais: os crimes de Coação Sexual e Violação, Julgar Online, dezembro de 2020, p.14.

⁹⁴ BELEZA, Teresa Pizarro, “Consent as Simple as Tea: notas sobre a relevância do dissentimento nos crimes sexuais, em especial na violação”, “Combate à Violência do Género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal”, Universidade Católica Editora, 2016, p.22.

⁹⁵ BELEZA, Teresa Pizarro, “Consent as Simple as Tea: notas sobre a relevância do dissentimento nos crimes sexuais, em especial na violação”, “Combate à Violência do Género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal”, Universidade Católica Editora, 2016, p. 22.

164.º CP, porque tornaria a lei mais clara sobre esse especto e a própria sociedade entenderia de facto que se precisa do consentimento claro e expresso para ter relações sexuais. O modelo do consentimento, cuja máxima é “sim é sim” e o modelo do constrangimento/dissentimento que defende que “não é não” parecem semelhantes, contudo são bastante distintos.

FIGUEREDO DIAS, considera sem culpa “o agente que atua convencido que a objeção da vítima não é séria, quando ela se exprime apenas por palavras, mas não por qualquer resistência corporal”.⁹⁶ Do contrário, temos a opinião de CONCEIÇÃO CUNHA, que refere aos crimes sexuais contra adultos como “atos de coação a um relacionamento sexual não desejado, em que o ato é levado a cabo contra a vontade da vítima, e esta não consegue evitar que isso acontecesse por uma das muitas razões; (...) além das circunstâncias já especificadas na lei, temos o medo, sendo das mais comuns na violação casos em que a mulher (tipicamente) sucumbe aos avanços indesejados. Poder-se-ia falar aqui quer de uma violação psíquica (pela imposição de um relacionamento sexual não pretendido o que fere a liberdade sexual, quer física, na verdade a consumação da cópula, sem “colaboração” implica sempre uma certa violação física, salienta-se que a ausência de resistência da vítima não significa assentimento, mas poderá ser consequência da paralisação pelo medo, de um choque de imobilização”⁹⁷.

A APAV refere-se ao “congelamento” como uma das mais comuns reações da vítima por medo ou sentimento de impotência face ao desequilíbrio de forças. Opinião com a qual concordamos e acrescentamos, a nossa humilde opinião, de que muitas mulheres durante e depois do estupro sentem-se culpadas pela forma como o corpo reage ao estupro, sendo que essa penetração ainda que forçada provoca estímulos ao nosso corpo, sendo essa uma das reações normais do corpo humano, a penetração forçada causa dor, mas por outro lado o nosso corpo reage e muitas das vezes causa lubrificação ao canal vaginal ou até mesmo orgasmos, sendo reações comuns do nosso corpo e não tem nada a ver com o estado psicológico em que nos encontramos no momento, mas situações como essas fazem com que muitas vítimas sintam-se paralisadas e culpadas por estar a ter esses estímulos durante um estupro, o que leva muitos agressores e até mesmo a sociedade a culparem a vítima porque consentiu aos estímulos no momento e não apresentou sinais de resistência física. Invocando assim o ónus de resistência por parte da vítima, o que não faz sentido uma vez que a lei apenas exige que a vontade da vítima seja cognoscível e não se exige

⁹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, Comentário Conimbricense do Código Penal-Tomo I, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2012, p. 746 2012, p 751.

⁹⁷ Cunha, Maria da Conceição, “do dissentimento à falta de capacidade para consentir”, Combate a violação de género: Da Convenção de Istambul à nova legislação penal”, 2016, p.135.

resistência nem uso da força por parte do agressor para que o tipo esteja preenchido.

para FIGUEREDO DIAS⁽⁹⁸⁾ pode acontecer que a vítima tenha resistido aos meios de coação, mas cesse a sua resistência no momento da cópula, do coito ou da introdução ou durante a sua execução; ou que, contrariamente, tenha assentido nas manobras prévias de coação ou mesmo na prática de certos atos sexuais de relevo preliminares da cópula, do coito ou da introdução, mas não na execução deste e acrescenta que em casos como esse deve considerar-se que o assentimento (parcial) da vítima não exclui a tipicidade objetiva da violação. Se bem que possa relevar para aferição do dolo (...) para comparação do erro(..) ou para efeito de medida da pena(...).

O Supremo Tribunal de Justiça entendeu, em 1991⁽⁹⁹⁾, “que se a vítima der a entender ao arguido que consente a cópula, esta a contribuir de forma sensível para o facto. Trata-se, de acordo com Isabel Ventura ⁽¹⁰⁰⁾, da legalização da ideia de que há mulheres que não são verdadeiramente violadas, tendo contribuído (in)voluntariamente para o efeito”, sendo a vítima alguém cuja credibilidade tem de ser reconfirmada diversas vezes para que esta seja validada diante da sociedade que julga e culpa a vítima por ser abusada sexualmente.

Casos como esse, são vários, como por exemplo o caso marcante do Acórdão do “**macho Ibérico**”, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 040268, de 18-10-1989— onde o tribunal afirma que as duas turistas violadas no Algarve contribuíram para o crime, por “terem pedido boleia em plena coutada do macho Ibérico”⁽¹⁰¹⁾.

Em 1989, o STJ foi chamado a apreciar uma sentença do Tribunal de Faro que condenara dois homens- um por sequestro e violação e o outro por tentativa de violação de 18 a 22 anos. O episódio remonta a 1998 e envolve duas turistas que pediam boleia à saída da vila de Almancil, com objetivo de chegar a Faro. Dois jovens concederam a boleia, com a promessa de as deixar em Faro, porém a quilómetros depois de entrarem no carro, o condutor de 22 anos entra por uma estrada de terra batida, parando num local ermo, sem habitações nem pessoas. As jovens foram tiradas do carro, oferecendo resistência. O agente mais novo, de 18 anos, agarrou uma das turistas, despiu-a e tentou violá-la, não conseguindo consumir a violação por oferecimento de resistência por parte da

⁹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, Comentário Conimbricense do Código Penal Tomo I, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2012, p.751.

⁹⁹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 041298. De 24-04-1991, disponível em; <https://jurisprudencia.csm.org.pt/eccli/ECLI:PT:STJ:1991:041298.EC/pdf?lang=PT>

¹⁰⁰ VENTURA, Isabel, Um Corpo que Seja Seu- Podem as Mulheres (Não) Consentir? Universidade do Minho, 2014, p.79.

¹⁰¹ Acórdão do Tribunal Supremo de Justiça, Processo n.º 040268, de 18-10-1989, disponível em; <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d97387ad75cab970802568fc003a2815>

vítima por ter ficado assustado. A vítima levantou-se, conseguiu vestir-se e fugir a correr. Entretanto, a outra jovem tenta também fugir, mas o homem mais velho de 22 anos perseguiu-a, agarrou-a e trouxe-a de volta para junto do carro, onde foi brutalmente violentada e espancada—” agrediu-a com pontapés pelo corpo e agarrando-a pela blusa, arrastou-a pelo chão cerca de dez metros”, “esbofeteou-a e, agarrando-a por um braço, ameaçou-a com punho fechado de que a esmurraria”. A vítima tentou libertar-se, mas “intimidada pelo agente que lhe tira os calções e as cuecas, não oferece mais resistência e contra a sua vontade é levada a manter relações completa pelo primeiro, sendo, portanto, violada.

“O STJ, que decidiu até pelo aumento da pena do homem mais velho, de 3 anos e 4 meses de prisão para 4 anos, embora não pela gravidade da violação, mas por considerar que estavam em causa dois crimes de sequestro e não apenas um, lançou mão de uma argumentação escabrosa e ignominiosa ao entender terem as vítimas contribuído grandemente para o cometimento do crime- se é certo que se trata de dois crimes repugnantes que não tem qualquer justificação, na verdade , não podemos esquecer que as duas ofendidas , raparigas novas, mas mulheres feitas, não hesitaram em vir para a estrada pedir boleia a quem passava, em plena coutada do chamado “macho ibérico”. É impossível que não tenham previsto o risco que corriam: pois aqui, tal como no seu País natal, a atração pelo sexo oposto é um dado indesmentível e, por vezes não é fácil dominá-la. Ora, ao meterem-se as duas num automóvel juntamente com dois rapazes, fizeram-no, ao nosso ver, conscientes do perigo que corriam, até mesmo por estarem numa zona de turismo de fama internacional, onde abundam turistas estrangeiras habitualmente com comportamento sexual muito mais liberal e descontraído do que as nativas. Não deixando de dar a entender que, por serem estrangeiras, estariam muito mais disponíveis sexualmente do que as nativas, no caso, as portuguesas. O Tribunal conclui ainda que, apesar de a conduta do violar ser “censurável”, considera que “a gravidade do ilícito no caso concreto esta, com se disse, algo esbatida”.

3.3 O BEM JURÍDICO

O bem jurídico a tutelar nos crimes sexuais é a liberdade sexual, pois os comportamentos sexuais devem ser criminalizados quando limitarem a liberdade sexual da vítima, ou seja, o que se criminaliza é o relacionamento sexual (em sentido amplo e englobando diversos atos sexuais) que não seja praticado de acordo com a vontade da vítima. Desde 1995, é indubitável que o bem jurídico protegido pelo artigo 164.º do Código Penal é a liberdade sexual.

O conceito de autodeterminação significa um pouco mais do que liberdade. Sendo a liberdade um estado, e a autodeterminação sexual é um caminho ao qual estão implícitos não só a inexistência de obstáculos ou restrições para o exercício da liberdade, mas também das devidas condições que permitam uma livre formação da vontade. Podemos assim dizer, que a “autodeterminação corresponde a uma das concretizações e manifestações da liberdade em sentido amplo, não podendo noções de autodeterminação e liberdade, pressupondo que o indivíduo possa não só escolher, mas construir os caminhos por onde pretende progredir. A autodeterminação esta ligada ao processo de formação de uma vontade que deverá ser livre, esclarecida, e autêntica, sendo uma componente indispensável e parte integrante da própria ideia de liberdade”¹⁰².

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS entende que “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 ou ao lugar em que a elas se entrega(m) ou ao(s) parceiro(s), também adulto(s), com quem as partilha. Partindo do pressuposto que essas relações sejam realizadas em privado. Sendo este direito, denominado com a liberdade sexual, e sendo que a Constituição apesar de não citar expressamente a liberdade sexual, existe fundamento constitucional para a sua determinação como bem jurídico e consequente criminalização das condutas que a ofendem. É desde logo no artigo 1.º da CRP, onde é estabelecido o princípio da dignidade da pessoa humana, que se encontra esse fundamento. Mas tal como já referimos no resumo, também se retira do artigo 25.º e 26.º da CRP. Ainda nos termos da CRP, estabelece no seu artigo 18.º n.º 2 que “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. Configurando deste jeito o critério jurídico-constitucional de definição material do bem jurídico, que é seguido pelo legislador para determinar que condutas devem ser criminalizadas¹⁰³.

¹⁰² LEITE, Inês Ferreira, A Tutela Penal da Liberdade Sexual, Universidade de Lisboa, 2012, p.7.

¹⁰³ FERNANDES, Ana Rita Faria Lamego, Constrangimento e falta de Consentimento livre serão conceitos equivalentes? O caso do *stealth*, Universidade Católica, porto, 2022, p.18.

Os bens jurídicos são interesses e direitos constitucionalmente protegidos; são valores indispensáveis para a nossa sociedade e essenciais para uma vida plena e em harmonia— isto é, são valores com dignidade penal. Segundo AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO,¹⁰⁴ este critério da fundamentalidade ou essencialidade do valor ou bem jurídico constitui o pressuposto irrenunciável, e mínimo, da qualificação do bem jurídico como bem jurídico-penal. A razão deste pressuposto mínimo irrenunciável esta relacionada com a gravidade das consequências jurídicas fundamentais nomeadamente a restrição da liberdade, tal só aparece, ético-social e ético-juridicamente, justificado, quando tenham sido postos em causa os bens ou condições fundamentais da vida em sociedade. Esta componente básica é irrenunciável do bem jurídico-penal constitui a dimensão axiológica fundamental do bem jurídico-penal, dimensão esta que, na atualidade é frequentemente vertida pela designação dignidade penal do bem jurídico¹⁰⁴.

A liberdade sexual é um bem jurídico que se divide em duas vertentes, sendo estas a vertente positiva e a vertente negativa. —Na vertente positiva consiste na liberdade de se relacionar sexualmente de acordo com a vontade livre das pessoas envolvidas. — Na vertente negativa consiste na liberdade de recusar relacionamentos sexuais¹⁰⁵.

VERA LÚCIO RAPOSO define a liberdade sexual “enquanto livre disposição do sexo e do próprio corpo para propósitos sexuais, mas também enquanto direito a não sofrer contactos, ou mesmo alusões, de cariz sexual contra vontade.”¹⁰⁶

Importante salientar que no que respeita a liberdade sexual, colocam-se de parte os atos sexuais espontaneamente consentidos entre quem se encontra nas situações descritas na norma, pois nesses casos não se verifica abuso. Entretanto, é reconhecido um espaço de incriminação no âmbito da sexualidade entre adultos quando existe mero “abuso”, indo ainda mais longe nas situações de lenocínio— artigo 169.º CP, que incrimina o aproveitamento de situações de especial fragilidade em que um adulto se possa encontrar, dando relevância penal ao efeito condicionante que certos fatores externos possam exercer sobre a autonomia da vontade do adulto que se prostitui. Podendo assim concluir-se que existem três níveis de intensidade no modo de lesão do bem jurídico liberdade, no que respeita à formação e manifestação da vontade, no âmbito da tutela da sexualidade entre adultos¹⁰⁷;

¹⁰⁴ CARVALHO, Américo Taipa de Direito Penal Parte Geral: Questões Fundamentais Teoria Geral do Crime, Porto, Universidade Católica Editora, 2016, p.64.

¹⁰⁵ CUNHA, Conceição, Combate à violência de Género de Istambul à nova legislação penal, Porto, Universidade Católica do Porto, 2016, p.135.

¹⁰⁶ RAPOSO, Vera Lúcia, “Da Moralidade. Liberdade: O Bem Jurídico Tutelado na Criminalidade Sexual” / “From Morality to Liberty: The Value protected in Sexual Criminality”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias / Liber Discipulorum for Jorge de Figueiredo Dias* (AAVV), Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p.937.

¹⁰⁷ LEITE, Inês Ferreira, A Tutela Penal da Liberdade Sexual, Universidade de Lisboa, 2012, p. 9-10.

- a) A tutela da liberdade enquanto mera manifestação do sentido da vontade (arts. 163.º n.º 1, 164.º n.º 1, 165.º, 169.º n.º 2 e 170.º do CP);
- b) A tutela da liberdade enquanto manifestação espontânea de vontade (incisa nos arts. 163.º n.º 2, 164.º n.º 2, 166.º, 167.º, 169.º n.º 2);
- c) A tutela da liberdade enquanto autonomia do processo de formação da vontade (constante no art 169.º n.º 1 do CP).

Importa-nos, entretanto, referir que o bem jurídico tutelado nos crimes como o abuso sexual de menores ou o lenocínio é, tal e qual como nos crimes sexuais contra adultos, a liberdade sexual, o que implica que seja reconhecida aos menores de 14 anos, a mesma liberdade sexual¹⁰⁸. Alias o recurso as expressões “(...)violência, ameaça grave, ou depois, para esse efeito. A ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar(...)” não deixa dúvidas que se trata de uma agressão à liberdade de decisão sobre a fruição sexual¹⁰⁹.

Os crimes cujo bem jurídico a tutelar é a liberdade sexual aplicam-se de modo universal, não havendo distinção entre a liberdade sexual dizer apenas respeito às pessoas adultas e a autodeterminação sexual ter lugar quando se tratam de menores, tal como já referimos *a supra*, os conceitos interligam-se , ou seja um complementa o outro, portanto, independentemente da idade da vítima, pretende-se proteger a liberdade da pessoa decidir de forma livre e espontânea sobre quem, como, e quando, quer ter atos sexuais (em sentido amplo). Sendo que o legislador entendeu que por não terem os menores direito a sua liberdade sexual positiva, o que fica protegido é o seu desenvolvimento sexual.

¹⁰⁸ LEITE, Inês Ferreira, A Tutela Penal da Liberdade Sexual, Universidade de Lisboa, 2012, p. 9-10.

¹⁰⁹ LEITE, Inês Ferreira, A Tutela Penal da Liberdade Sexual, Universidade de Lisboa, 2012, p. 9-10.

4. ELEMENTOS SUBJETIVOS

4.1 TIPOS DE DOLO E A SUA CARACTERIZAÇÃO

Os crimes sexuais, admitem qualquer modalidade de dolo. Entretanto, o dolo ⁽¹¹⁰⁾ é constituído pelo momento cognitivo ou intelectual, que se traduz na representação da realização do facto típico, e por um momento volitivo, que consiste em no querer a realização do facto típico. No caso do crime de violação agente deve representar oposição da vontade da vítima.

Artigo 14.º

1— Age com dolo quem, representando um facto que preenche um tipo de crime, atuar com intenção de o realizar.

2— Age com dolo quem representar a realização de um facto que preenche um tipo de crime como consequência necessária da sua conduta.

3— Quando a realização de um facto que preenche um tipo de crime for representada como consequência possível da conduta, há dolo se o agente atuar conformando-se com aquela situação.

Face ao artigo 14.º do CP, o dolo pode revestir três formas— dolo direto, dolo necessário e o dolo eventual.

O dolo direto, é igual ao dolo de primeiro grau, ou dolo direto intencional, o que o caracteriza é que o agente prevê e quer a realização do facto típico como fim último da sua conduta.

O dolo necessário, também pode ser designado por dolo de segundo grau ou dolo direto necessário, o que o caracteriza é que a realização do facto típico não surge como degrau intermedio para alcançar a finalidade última da conduta, mas como consequência necessária no sentido de inevitável da sua conduta.

O dolo eventual, caracteriza-se por o agente prever a realização do tipo como provável/possível e conformar-se com essa realização.

¹¹⁰ Artigo 13.º do CP

“Ao que tudo indica a expressão “contra vontade cognoscível da vítima” como critério delimitador da Lei n.º 101/2019, teve por intuito, à semelhança da lei alemã (que refere a vontade “reconhecível” da vítima), delimitar o comportamento criminoso, circunscrevendo-o à atuação do agente quando seja perceptível a vontade contrária da vítima. Digamos que, nesta visão das coisas, deveria recair sobre a vítima o ónus de manifestar, de tomar perceptível, a sua oposição aos atos sexuais. Como referem alguns autores alemães quando apelidam de “mistério” o motivo que levou o legislador a fazer depender a punibilidade do comportamento da vontade “reconhecível” (entre nós, “cognoscível”) da vítima, tendo em consideração que estamos perante um crime doloso— quer na Alemanha, quer em Portugal, e estando em causa crime doloso, o agente sempre teria, no mínimo, de representar a hipótese de a vítima não querer praticar os atos sexuais e conformar-se com tal hipótese (dolo eventual- artigo 14.º) tendo de se provar tal representação e conformação e, no caso de dúvida, funcionando o princípio *in dubio pro reu*”.¹¹¹

Numa primeira leitura, pensar-se-ia que o objetivo do legislador ao inserir a referência à contrariedade à “vontade cognoscível da vítima” estaria a criminalizar comportamentos negligentes aquelas situações em que o agente alega que não se apercebeu de que a vítima não queria praticar/sofrer os atos sexuais, face a uma situação em que tal vontade contrária seria perceptível para a pessoa “consciente e cuidadosa”. E esta hipótese seria plausível e defensável, pelo menos no âmbito da negligência grosseira, quando o dissentimento fosse claro, mas o agente não se tivesse apercebido de tal oposição, não se conseguindo provar, de facto, o seu dolo. Esta consideração das coisas é que seria inovadora e, embora discutível, não nos parece que fosse destituída de sentido, nem ilegítima, caso se exigisse esse grau de negligência, nem nos parece que que ferisse princípios da dignidade e necessidade penal, nem os da danosidade social e proporcionalidade ou (artigo 18.º, n.º 2, da CRP), tendo em consideração a importância do bem jurídico e o grau de negligência exigido. Nota-se que a negligência só é criminalizada nos casos mais graves, como os crimes de homicídio e ofensas à integridade física, mas também neste caso estamos no âmbito de crimes contra as pessoas que não poderão ser considerados menos graves que os crimes de ofensas à integridade física. Porém, não foi essa a intenção do legislador, nem poderá ser esta a interpretação do preceito, pois os crimes negligentes são excecionais e têm de estar previstos na lei, artigo 13.º CP¹¹².

¹¹¹ CUNHA, Maria da Conceição, A Tutela Sexual e o Problema da Configuração dos Crimes de Coação Sexual e de Violação- reflexão à Luz da convenção de Istambul, Centro de estudos Judiciários, 2021, p.32.

¹¹² CUNHA, Maria da Conceição, A Tutela Sexual e o Problema da Configuração dos Crimes de Coação Sexual e de Violação- reflexão à Luz da convenção de Istambul, Centro de estudos Judiciários 2021, p.33.

Então qual será o objetivo da lei?

Visto que estamos diante de crimes dolosos, reiteramos que o agente terá de representar e querer (ou ao menos conformar-se com) atuar contra a vontade da vítima ... *Quid júris* se o agente não representou a oposição, mas se conclui que a oposição era objetivamente perceptível? Não poderá haver responsabilidade penal, porque não há dolo. E *Quid júris* se a oposição da vítima não era objetivamente perceptível, mas o agente a conhecia (porque ele sabia como a vítima reagia, porque a conhecia especialmente bem. Neste caso há dolo, então, não poderá haver responsabilização considerando que só subjetivamente a oposição era reconhecível? cremos que, neste caso, deveria continuar a haver responsabilização, se se provasse o dolo do agente (aqui cognoscível teria de ser interpretado do ponto de vista subjetivo). Assim sendo, não vislumbramos o sentido útil dessa previsão legal¹¹³.

Ora, para PEDRO CAEIRO, a vantagem da consagração desta exigência seria dupla: por um lado, evitar a promoção de processos quando não haja indícios mínimos de oposição aos atos sexuais e, por outro, provando-se a “cognoscibilidade objetiva do dissentimento, a alegação de erro sobre a factualidade típica teria bastante menos possibilidade de êxito”¹¹⁴.

CONCEIÇÃO CUNHA, concorda com a opinião de que seja compreensível essa asserção, mesmo a prova do dolo terá de partir do contexto e dos indícios e será menos plausível um agente não ter representado a oposição da vítima se esta era objetivamente perceptível, assim como, inversamente, se não era objetivamente perceptível, raramente o seria para o agente embora tal não seja impossível. Porém, não nos parecia imprescindível a consagração desta explicação. (que também pode originar alguma confusão face aos elementos da negligência), pois tudo isto já estaria implícito aquando da verificação do dolo do agente¹¹⁵.

¹¹³ CUNHA, Maria da Conceição, A Tutela Sexual e o Problema da Configuração dos Crimes de Coação Sexual e de Violação- reflexão à Luz da convenção de Istambul, Centro de estudos Judiciários, 2021, p.33.

¹¹⁴ CUNHA, Maria da Conceição, A Tutela Sexual e o Problema da Configuração dos Crimes de Coação Sexual e de Violação- reflexão à Luz da convenção de Istambul, Centro de estudos Judiciários, 2021, p.33.

¹¹⁵ CUNHA, Maria da Conceição, A Tutela Sexual e o Problema da Configuração dos Crimes de Coação Sexual e de Violação- reflexão à Luz da convenção de Istambul, Centro de estudos Judiciários, 2021, p.33.

Por outro lado, e mais uma vez, questiona-se se a consagração da ausência de consentimento livre, avaliado no contexto das circunstâncias envolventes, tal como esta previsto na Convenção de Istambul, não seria uma formulação mais feliz e mais consentânea com a tutela da liberdade sexual. Quando se apele às circunstâncias envolventes para se avaliar se houve consentimento ou dissentimento e se o consentimento foi livre, todos os indícios devem ser ponderados e tal relevará, evidentemente, para a afirmação ou não do dolo do agente¹¹⁶.

Entretanto, para CONCEIÇÃO CUNHA, “não se deverá exigir um dissentimento ostensivo para haver preenchimento do tipo do crime (mesmo com a atual formulação), tal como não será exigível um consentimento ostensivo para excluir a tipicidade (mesmo que a nossa lei tivesse seguido o modelo do consentimento não nos parecia de exigir tal evidência) assim serão de valorar todas as circunstâncias em que o comportamento se desenrole, tendo em conta, evidentemente, as regras da experiência relativas a relacionamentos interpessoais íntimos, sem preceitos infundados, sem estigmas ou mitos do passado, mas atendendo às características dos intervenientes e a todo o contexto envolvente. Se há um não, deve ser entendido como tal; já o sim, será um sim, a menos que seja um sim viciado —o que infelizmente, à luz da nossa lei atual, nem sempre revelará (ou, pelo menos, nem sempre será pacífica a sua relevância¹¹⁷. Por outro lado, se o crime de violação (e o de coação sexual) se baseasse no modelo do consentimento (e do consentimento livre) talvez se chegasse a um melhor equilíbrio quanto ao ónus da prova e à “distribuição dos riscos”¹¹⁸.

¹¹⁶ CUNHA, Maria da Conceição, A Tutela Sexual e o Problema da Configuração dos Crimes de Coação Sexual e de Violação- reflexão à Luz da convenção de Istambul, Centro de estudos Judiciarios,2021, p.33.

¹¹⁷ CUNHA, Maria da Conceição, A Tutela Sexual e o Problema da Configuração dos Crimes de Coação Sexual e de Violação- reflexão à Luz da convenção de Istambul, Centro de estudos Judiciarios,2021, p.33.

¹¹⁸ CUNHA, Maria da Conceição, A Tutela Sexual e o Problema da Configuração dos Crimes de Coação Sexual e de Violação- reflexão à Luz da convenção de Istambul, Centro de estudos Judiciarios,2021, p.35.

5. FORMAS DE AGRAVAÇÃO

Com a introdução da lei 103/2015, de 24 de agosto, deu-se o alargamento do artigo 177º do C.P. Uma vez que o termo “coabitação” não estava previsto na alínea b), ficando assim tipificada uma circunstância em que pode ocorrer a agravação. Sendo também introduzida, como forma de agravação, a situação em que o crime é cometido em conjunto, por duas ou mais pessoas.

“As penas previstas nos artigos 164.º n. 1º e 2 são penas que podem ser agravadas nos termos do artigo 177º, em um terço ou em metade dos seus limites mínimos e máximos, consoante o caso concreto. A agravação da pena no valor de um terço nos seus limites mínimos e máximo acontece nos casos de relação de parentesco entre a vítima e o agente, nos casos em que existe uma relação de dependência, no caso de o agente ser portador de doença sexualmente transmissível, no caso de comparticipação e no caso de a vítima ser menor de 16 anos. Já se agravam em metade os seus limites mínimos e máximos nos casos em que dos comportamentos descritos no artigo 164º, resulte, gravidez, ofensa a integridade física grave, transmissão de agente patogénico que crie perigo para a vida, suicídio ou morte. Casos estes que é imprescindível a existência de um nexo de causalidade entre o comportamento do agente e a produção de um destes resultados, verificam-se 3 requisitos cumulativos como: a prática dolosa do crime fundamental, a produção desses resultados pelo menos a título de negligência, e a imputação objetiva do resultado ao agente”¹¹⁹.

Em relação a essa matéria, temos ainda a questão do concurso efetivo, nos casos em que do crime de violação resulta a produção de um outro crime a título de dolo, a título de exemplos temos; o resultado do crime de ofensa a integridade física grave, previsto no artigo 144º do C.P. e o resultado de morte da vítima nos crimes de (homicídio simples, artigo 131º do C.P) nestes exemplos, se o agente atuar a título de dolo deve ser punido pelo crime de violação, em concurso efetivo com o crime de ofensa a integridade física grave ou homicídio, uma vez que, assim sendo, o agente é mais severamente punido do que se se aplicasse o artigo 18º do CP¹²⁰.

Também nos casos em que a vítima é menor de 14 anos a pena é agravada em metade dos seus limites mínimo e máximo. O nº 8 do artigo 177 do C.P, o concurso de circunstâncias agravantes, rege-se pelo princípio da exasperação, de acordo com o qual a circunstância mais forte, (a que mais eleva o limite

¹¹⁹MOREIRA, Vânia Pereira, O crime de violação à Luz do Bem Jurídico Liberdade sexual: reflexões acerca da alteração ao nº 2 do artigo 164º do Código Penal, universidade católica, porto, 2016, p. 39.

¹²⁰ MOREIRA, Vânia Pereira, O crime de violação à Luz do Bem Jurídico Liberdade sexual: reflexões acerca da alteração ao nº 2 do artigo 164º do Código Penal, universidade católica, porto, 2016, p.39.

máximo da moldura) prefere às demais, funcionando as restantes na determinação concreta da pena. O concurso de circunstâncias agravantes previstas no artigo 177º e de circunstâncias previstas noutros artigos rege-se pelo regime da acumulação entre estas e, posteriormente, pelo regime da exasperação.

6. A PENA PRINCIPAL E AS PENAS ACESSÓRIAS

A pena de prisão prevista no nº1 do artigo 164º é de 3 a 10 anos, mantendo-se inalterada ao passo que, a pena prevista no nº 2 sofreu uma notória agravação como vimos *supra* de até 3 anos para de 1 a 6 anos. Os seus limites mínimos e máximos podem ser agravados, nos termos do artigo 177º do C.P. sendo que os casos de atenuação previstos na lei, foram supridos em 1995, restando apenas os termos gerais do artigo 72º. Esta “deve ter nomeadamente em conta a gravidade dos factos, o sofrimento e humilhação da vítima, sob pena de violar o direito à tutela da liberdade sexual da vítima”¹²¹.

A Lei 103/2015, 24 de agosto, trouxe novidade ao nosso CP, ao introduzir as penas acessórias previstas nos artigos 69-ºB— proibição do exercício de funções por crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual, aplicado a quem tenha sido condenado por qualquer crime previstos nos artigos 163º a 176º. E 69-ºC— proibição de confiança de menores e inibição de responsabilidades parentais, também aplicável aos agentes, que tenham sido condenados por qualquer crime previsto nos artigos 163º a 176º. Sendo que estas podem ser aplicadas nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual.

Esses artigos vieram ampliar o âmbito do artigo 179º que já previa tais sanções, só que não continha as referências citadas nos termos dos artigos 69 ºB e C.

Quando a vítima é menor o agente do crime é condenado nas penas acessórias de proibição de assumir a confiança de menor, (doação, tutela, curatela, acolhimento familiar, apadrinhamento civil, entrega, guarda ou confiança de menores) aplicando-se às relações já constituídas. E na proibição de exercer profissão, emprego, funções ou atividades públicas ou privadas, cujo exercício envolva contacto regular com menores, por um período fixado entre 5 e 20 anos (artigos 69ºB, Nº2 e 69ºC, n2 e 4 do CP). Se a vítima for maior de idade as mesmas penas acessórias poderão ser aplicadas, por um período fixado entre 2 e 20 anos, caso se justifique atenta a concreta gravidade do fato e a sua conexão com a função exercida pelo agente artigo 69º B nº 1 e 69º C, nº1 do CP¹²².

Só que no caso da vítima não ser menor, a pena acessória é facultativa e não obrigatória como nos casos em que a vítima seja menor. Se a vítima for descendente do agente, do seu cônjuge ou de pessoa com quem o agente

¹²¹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, 4ª Edição atualizada, universidade Católica Editora ,2023, p.714.

¹²² LOPES, Mouraz e MILHEIRO, Tiago Gaiado, Crimes Sexuais — Análise Substantiva e Processual, 4ª Edição, Almedina Editora, 2023, p.107.

mantenha relação análoga à dos cônjuges, é condenado na inibição do exercício de responsabilidades parentais, por um período fixado entre 5 e 20 anos— artigo 69º C n3 do CP¹²³

¹²³ LOPES, Mouraz e MILHEIRO, Tiago Gaiado, Crimes Sexuais — Análise Substantiva e Processual, 4ª Edição, Almedina Editora, 2023, p.107.

7. FORMAS ESPECIAIS DO CRIME

7.1 A TENTATIVA

A tentativa é punível nas situações em que ao crime praticado seja aplicável uma pena de prisão superior a 3 anos, por força dos artigos 22º e 23º do C.P. Estas são normas extensivas da tipicidade, porque vêm permitir punir a forma da tentativa em relação a todos os crimes. Quando há uma tentativa, o tipo da tentativa resulta sempre da conjugação do artigo. 22º com a norma incriminadora. Assim, o tipo da tentativa do crime de violação resulta da conjugação do 164.º com o 22.º do C.P.

A tentativa do crime de violação é, então, punível. Desistindo o agente do seu propósito porque conhece a vítima e teme que ela apresente queixa ou porque a vítima resiste à tentativa prometendo que consente a cópula noutro dia, essa desistência é voluntária, só que a desistência voluntária da tentativa não afasta a punibilidade do crime de coação sexual, entretanto consumado. Desistindo o agente do propósito porque foi surpreendido por terceiro, essa desistência não é voluntária¹²⁴.

Outro exemplo de tentativa, se um empregador sugerir a uma candidata a emprego que ela não conseguirá o emprego se não ceder a ter copula consigo e a candidata a emprego recusar, a conduta é punível a título de violação tentada em face da moldura penal da Lei n. 983/2015¹²⁵.

7.2 COMPARTICIPAÇÃO

O Código Penal de 1982, veio resolver definitivamente o enquadramento jurídico daquele que, não mantendo relações de cópula com a vítima, colabora ativamente para que essa cópula se realize com terceiro. Nos termos do artigo 393º do C.P de 1886 suscitavam-se algumas dúvidas: “aquele que tiver copula ilícita com qualquer mulher...”, assim começava o citado preceito legal. Consequentemente, quem, não exercendo a cópula, colaborava no sentido de proporcionar ao agente a possibilidade de consumir o crime estava fora de previsão direta do preceito— podendo, apenas, ser punido pelas regras gerais

¹²⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, 4ª Edição atualizada, universidade Católica Editora ,2023, p.713.

¹²⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, 4ª Edição atualizada, universidade Católica Editora ,2023, p.713.

da compartição criminosa¹²⁶. Era, aliás, entendido por alguma doutrina que a violação configurava um crime de mão própria. Ora, os crimes de mãos próprias “exigem a execução corporal do crime pela própria pessoa do agente”¹²⁷. Contudo, era jurisprudência uniforme do STJ, no domínio do C.P de 1886, a possibilidade da compartição criminosa no crime de violação. Felizmente hoje, a questão esta legalmente resolvida. O artigo 164º, n. º1 do C.P, que pune como autor não só quem exerça a cópula com a vítima, mas também quem “pelos mesmos meios, a constranger a tê-la com terceiro”. Trata-se de uma solução inspirada no código penal alemão, segundo Dr. MAIA GONÇALVES que, aliás, não vê necessidade na sua consagração legal pois que, segundo ele, “o caso podia ser resolvido através da compartição”, como foi no domínio do código do C.P de 1886. Discordamos da opinião do autor, por considerarmos importante a consagração para que não restem dúvidas sobre a sua tipicidade em sede de crimes sexuais. A violação que constitui crime comum admite as formas gerais de compartição nos termos do artigo 161º n. º1 e artigo 26º do C.P.

¹²⁶ ALVES, Sénio Manuel dos Reis, Crimes sexuais-. notas e comentários aos artº163º a 179º do código penal(annotado), Coimbra, Almedina Editora,1995, p .36.

¹²⁷ ALVES, Sénio Manuel dos Reis, Crimes sexuais-. notas e comentários aos artº163º a 179º do código penal(annotado), Coimbra, Almedina Editora,1995, p.36.

8. OS CONCURSOS

O agente que pratica na mesma ocasião mais de um ato sexual de relevo sobre a mesma vítima, comete um só crime de violação. Por exemplo: quando o agente pratica coito anal seguido de cópula na mesma ocasião e com a mesma vítima. Não há concurso efetivo de dois crimes de violação e muito menos concurso efetivo entre crime de violação e coação sexual¹²⁸

Quando o ato sexual de relevo praticado sobre a vítima se subsume também na tipologia dos atos de violação previstos no artigo 164.º é de especialidade que se trata. Estamos perante um concurso aparente em que por força da relação da especialidade, é aplicável a norma de violação artigo 164.º afastando a da coação sexual artigo 163.º. Só assim não sucederá, porventura, nos casos de concurso do crime de violação tentada com o crime de coação sexual, quando a punição deste último for mais gravosa. Neste caso é a norma geral que melhor assegura uma punição ajustada à gravidade do ilícito¹²⁹.

Situação diversa será quando previamente, simultaneamente, ou posteriormente aos atos de cópula, coito anal, coito oral, introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos, se praticam outros atos sexuais de relevo sobre a mesma vítima enquadráveis no crime de coação sexual. O que esta aqui em causa é a prática de vários atos sexuais de relevo, uns enquadráveis nos atos tipificados no artigo 164.º como sendo de violação e outros subsumíveis nos atos sexuais de relevo previstos no artigo 163.º nestes casos, por força da consunção, a norma da violação artigo 164.º em princípio afasta a de coação sexual. E também em princípio, estamos perante um concurso aparente¹³⁰.

¹²⁸ Acórdão STJ, de 23-06-2005, in SASTJ,92,116.

¹²⁹ LOPES, Mouraz e MILHEIRO, Tiago Gaiado, Crimes Sexuais — Análise Substantiva e Processual, 4ª Edição, Almedina Editora, 2023, p.102.

¹³⁰ LOPES, Mouraz e MILHEIRO, Tiago Gaiado, Crimes Sexuais — Análise Substantiva e Processual, 4ª Edição, Almedina Editora, 2023, p.102.

CAPÍTULO III- ESPECIFICIDADE A NÍVEL DA PROVA

1. NATUREZA DO CRIME

O crime de violação tem natureza semipúblico, isto é, o procedimento criminal a instaurar por este crime dependerá de queixa, exceto nos casos em que o crime seja praticado contra menor ou dele resultar o suicídio ou morte da vítima, nesse caso, o crime assume natureza pública.

Não obstante a natureza do crime ter se mantido inalterada, a Lei 83/2015, de 5 de agosto, aditou mais um número ao artigo 178.º, introduzindo no lugar do anterior n.º 2 uma restrição em relação à natureza semipúblico do crime. Sendo que “por via desta alteração legal quando procedimento depender de queixa, o ministério público pode dar início ao mesmo, podendo ter início em relação a vítima maiores de idade oficiosamente pelo MP no prazo de seis meses a contar da data em que tiver tido conhecimento do facto ou dos seus autores, sempre que o interesse da vítima o aconselhe. Esta situação não comporta uma alteração à natureza semipúblico do crime, como deixa claro a manutenção do artigo 178º, n.º 1.¹³¹ Trata-se de uma alteração legislativa que, em termos de aplicação de lei no tempo é mais desfavorável ao arguido, o que implica chamar à colação o princípio da aplicação da lei penal mais favorável no tempo.¹³²

Clara Sottomayor considera que o crime de violação deveria assumir natureza pública e que foi este o sentido que a Convenção lhe quis atribuir, a autora acrescenta que o MP deveria poder começar e prosseguir com a ação penal independentemente da vontade da vítima e considerando a sua desistência irrelevante, visto que estão em causa bens indisponíveis e constitucionalmente protegidos. Entende que “as mulheres raramente apresentam queixa por sentirem que os atos sexuais em que foram envolvidas, sem o seu consentimento, não serão percecionados como violação e, ainda, devido a crença de que pertencem à sua vida privada e de que são responsáveis por eles”¹³³.

Concordo com a opinião da autora, e acrescento que as vítimas se sentem envergonhadas e paralisadas em relação ao próximo passo a dar após sofrer

¹³¹ LOPES, Mouraz e MILHEIRO, Tiago Gaiado, Crimes Sexuais — Análise Substantiva e Processual, 4ª Edição, Almedina Editora, 2023, p. 98.

¹³² LOPES, Mouraz e MILHEIRO, Tiago Gaiado, Crimes Sexuais — Análise Substantiva e Processual, 4ª Edição, Almedina Editora, 2023, p. 98.

¹³³ MOREIRA, Vânia Pereira, O crime de violação à Luz do Bem Jurídico Liberdade sexual: reflexões acerca da alteração ao nº 2 do artigo 164º do Código Penal, universidade católica, porto, 2016, p. 4.

uma violação, porque a sociedade até os tempos atuais olha para este tema com olhos julgadores, e culpabilizando sempre a vítima, que estava mal vestida, bêbada ou que já vinha provocando o agente, e como já citamos em diversos parágrafos supra, a maior parte das agressões vêm de pessoas próximas à vítima. Essas mesmas pessoas por já conhecerem a vítima, muitas fazem chantagens emocionais e até mesmo ameaças, o que faz com que muitas delas desistam da queixa, e muitas nem sequer cheguem a denunciar, por saber que depois terá de sofrer consequências. Fazer a violação um crime semipúblico que depende de queixa da vítima é atribuir uma responsabilidade que na maioria das vezes causa mais pânico e traumas à vítima, que pede socorro silenciosamente, para além de o medo de ser desacreditada(o) pelo sistema judicial, pela estrutura de apoio e até mesmo pela família.

O projeto-lei apresentado pelo grupo parlamentar do Bloco de Esquerda (projeto-lei nº522/XII/3ª) expressa claramente a intenção de converter o crime de violação art.164º do Código Penal, num crime público. Visto que a publicidade do crime implicaria que, porventura, mais casos de violação fossem trazidos ao conhecimento do Ministério Público. De qualquer modo se o procedimento por crime de violação deixar de depender de queixa da vítima poderá acarretar uma diminuição das cifras negras destes crimes. Isto conduzirá a um aumento estatístico do número de casos de violação, o que, juntamente com a associação dos crimes públicos a uma maior gravidade, poderá chamar a atenção da comunidade para o problema e para necessidade de serem tomadas medidas no sentido da prevenção do crime, do investimento em estruturas de apoio, de proteção da vítima e da aplicação das devidas penas do agressor. O que levará também a que o violador se sinta previamente dissuadido da prática do crime por maior receio das consequências, em virtude da publicidade do crime.¹³⁴

Mas contrariamente ao referido pela autora a este propósito, pronunciou-se o Conselho Superior de Magistratura, no sentido de que não estão certos de que tornar o crime público seja a melhor forma de acautelar os interesses da vítima. São apontadas razões processuais penais, entre as quais, a revitimização o reviver, ao longo do processo penal, da experiência traumatizante e excruciante, por parte da vítima, sendo que a investigação criminal no âmbito da violação implica uma serie de exames médicos invasivos e inquéritos que envolvam a exploração da sua intimidade.

A maior parte das vítimas adultas de violação não deseja denunciar o crime porque somente o quer esquecer, por muitos motivos, incluindo porque não quer

¹³⁴APAV, Comentário-violação-coação sexual, disponível em:
https://apav.pt/apav_v3/images/pdf/comentario_APAV_violacao_coacao_sexual_BE_30_jun_2104.pdf

passar por aquela que é muitas vezes, sentida como a segunda violação, a exposição da sua intimidade em sede de um processo judicial.

Segundo a APAV, “a melhor forma de combate a este crime com o fim de obter sucesso, dependeria de fatores que vão para além da natureza do crime, relacionados intrinsecamente com a forma como a vítima é tratada, desde o seu atendimento nos órgãos de polícia até ao sistema de justiça. Tendo a vítima um acompanhamento adequado a situação, em que a vítima tem de estar devidamente informada, tem de ser devidamente protegida. Conhecendo os seus direitos, saber como os exercer, qual o seu papel no processo penal. Compreendemos, mas continuamos de acordo com a opinião da autora, sendo este o melhor entendimento para nós e sempre com o devido respeito pelas opiniões contrárias”.

A conversão do crime de violação num crime público, tem sido um tema bastante abordado, sendo cada vez mais frequente noticiarem e debatermos sobre projetos de lei e petições públicas que têm vindo a existir a cerca da conversão da natureza jurídica do crime de violação que como tal, nomeadamente temos , “Joana Mortágua” (deputada do partido político BE) e “Maria Castella Branco” (antiga dirigente do partido político IL) que no dia 18 de maio de 2022 publicaram uma carta aberta intitulada¹³⁵ de “razões e condições para a consagração da violação como crime público”. O referido diploma que foi super bem recebido por mulheres e que já conta com o apoio e assinatura de inúmeras delas, muitas delas diretamente ligadas à área do direito, como “Paula Teixeira da Cruz” (ex ministra da justiça) “Teresa Morais” (antiga deputada do PSP) nomes estes que estão envolvidos neste projeto e defendem a necessidade da natureza pública do crime de violação. A proposta em causa tem como finalidade proteger as vítimas do próprio isolamento que estas fazem, bem como o evitamento de futuros crimes e a chamada prevenção geral, alertando todos os agressores para o fim da sua impunidade perante o ilícito penal de ordem pública (se a violação se converter em crime publico)¹³⁶.

¹³⁵ <https://www.dn.pt/politica/carta-aberta-pede-consagracao-da-violacao-como-crime-publico-14866382.html/>

¹³⁶ ALVES, Ana Catarina da Silva Alves, A violação: Crime público ou semipúblico? Universidade do porto, 2022, p.37.

2. AUSÊNCIA DE PROVAS FÍSICAS

A existência de evidências físicas dos atos sexuais ocorridos, é em muitos casos o que faz com que a denúncia não tenha efeitos principalmente quando passado algum tempo, porque existe muita dificuldade em obter tais provas. Acontece que por parte do agressor, há toda a preocupação em não serem deixadas evidências físicas na vítima resultantes da prática da agressão. Sendo que a necessidade de colocar uma “cortina” que dificulte ou mesmo impossibilite a verificação das lesões físicas decorrentes de uma agressão aparece como uma das características típicas da situação¹³⁷.

Por outro lado, segundo JOSÉ MOURAZ, “no que respeita à vítima é compreensível e mesmo racionalmente admissível o desejo de evitar uma sequela, por mínima que seja, do contacto forçado que teve com o agressor, a humilhação de ter sido violentada não pode seguir-se a humilhação de uma lesão que identifique e marque esse traumatismo, portanto esconder ou eliminar, rapidamente, vestígios ou outras consequências dos atos não queridos em que se viu envolvida será assim o comportamento compreensivelmente normal da vítima subsequente à prática dos factos”¹³⁸.

Entretanto, há alguns atos sexuais que consubstanciam crimes eles próprios passíveis de serem praticados sem deixarem “rastos” físicos. Como os casos de importunação sexual ou exibicionismo. E por outro lado, existem situações cuja prática de atos sexuais, não possibilita essa omissão, seja pela característica própria do ato sexual, seja pela sua dimensão, seja pelo grau de violência utilizada¹³⁹

2.1 EXAME PERICIAL MÉDICO-LEGAL

Uma das dificuldades na prova deste crime encontra-se no facto de não ser possível efetuar o exame médico-legal de imediato ou em momentos próximos da ocorrência dos factos, ou mesmo não ser possível de todo realizar esse exame por falta de vestígios, como o caso de importunação sexual e exibicionismo como citados *supra*.

¹³⁷ Lopes, José Mouraz e Milheiro, Tiago Caiado, Crimes Sexuais — Análise Substantiva e Processual, 4ª Edição, Almedina Editora, 2023, p.41.

¹³⁸ Lopes, José Mouraz e Milheiro, Tiago Caiado, Crimes Sexuais — Análise Substantiva e Processual, 4ª Edição, Almedina Editora, 2023, p.41.

¹³⁹ Lopes, José Mouraz e Milheiro, Tiago Caiado, Crimes Sexuais — Análise Substantiva e Processual, 4ª Edição, Almedina Editora, 2023, p.41.

Caso se proceda ao exame médico-legal, o profissional que atuar deve intervir minimamente, tranquilizando a vítima e transmitindo-lhe confiança. A intervenção pericial médico-legal enquanto atividade probatória engloba, também nos casos de crimes sexuais, incluindo o que é objeto do nosso estudo, o crime de violação, dois momentos que se podem autonomizar e que correspondem à realização de exames e de perícias.

“Os exames são meios de obtenção de prova e consistem no ato de observação, descrição dos vestígios do crime. No âmbito dos crimes sexuais, os exames são relativos, fundamentalmente, às pessoas, especialmente às vítimas (e, em alguns casos, aos agressores) e são, pela sua natureza, suscetíveis de ofender o pudor das pessoas e por isso deve-se tentar respeitar a dignidade e, na medida do possível, o pudor de quem a eles se submeter. Ao exame médico-legal só assiste a quem ele proceder podendo o examinado fazer-se acompanhar de pessoas da sua confiança (artigo 43º- nº 2 do Dec.-Lei nº 11/98, de 24 de janeiro). Nos exames médico-legais não se verifica a imposição da presença da autoridade judiciária competente, o que sucede nos restantes exames, de acordo com o previsto artigo 172º, nº 2, 2ª parte, do CPP”¹⁴⁰. A perícia por seu turno, consiste na aplicação de métodos técnicos na análise dos vestígios recolhidos através de exame, traduzindo um juízo, uma elaboração mental mediante a qual o perito descobre ou aprecia os factos provados. A Comissão Revisora do Código Penal entendeu que a recolha de sangue, por exemplo, seria um exame, sendo a correspondente análise uma perícia, esta, assim, um juízo, uma elaboração mental¹⁴¹.

“A realização do exame de sexologia forense é inspirada por critérios de estrita aquisição da prova e de necessidade para a investigação, devendo consequentemente ser ordenada apenas quando necessária e, sempre que necessária, para assegurar os fins e os interesses que subjazem ao próprio processo penal. Portanto quando falamos em perícia médico-legal de sexologia forense estamos a falar já a incluir nesta o respetivo “exame”, por seu turno, quando falamos em “exame”, estamos a considerá-lo como parte integrante da “perícia”, sem a qual o sentido útil daquele não existe”¹⁴².

Quando a compreensão de certos factos só pode ser alcançada, compreendida e valorizada na presença de conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos específicos, de que o juiz não dispõe, ocorre a prova pericial. A perícia constitui uma restrição ao princípio da livre apreciação da prova, requerendo

¹⁴⁰ COSTA, Diogo Paulo Lobo Machado, A Perícia Médico-Legal nos Crimes Sexuais, Universidade do Porto, 2000, p.117.

¹⁴¹ COSTA, Diogo Paulo Lobo Machado, A Perícia Médico-Legal nos Crimes Sexuais, Universidade do Porto, 2000, p.119.

¹⁴² COSTA, Diogo Paulo Lobo Machado, A Perícia Médico-Legal nos Crimes Sexuais, Universidade do Porto, 2000, p.120

fundamentação por parte do juiz sempre que a convicção deste divergir do parecer do perito.

“A perícia médico-legal em casos de abuso sexual detém um elevado valor probatório, o destaque atribuído ao longo dos anos, aos vestígios físicos e biológicos do abuso, em detrimento de outras fontes de informação, contrasta com o reconhecimento de que, mesmo existindo contacto físico, frequentemente, não se identificam, nos exames periciais, vestígios desse tipo. Neste sentido, frequentemente as perícias médico-legais se revelam inconclusivas, uma vez que delas não resulta evidencia circunstancial que possa, inequivocamente, corroborar as alegações de um evento abusivo. Segundo as investigações de “Magalhães et al” e “Jardim, Matos e Magalhães”. Indicam o papel primordial da perícia médico-legal e forense na tomada da decisão judicial, contudo, reforçam que, na maioria dos casos, não são diagnosticadas lesões ou sequelas, facto relacionado com a ausência de lesões físicas (e.g., cuidados tidos durante a agressão, destruição propositada ou natural dos vestígios, revelação tardia e ausência de violência) e o reduzido número de indicadores indiscutíveis da existência de agressão sexual”¹⁴³.

2.2 TRAUMAS

Alguns resultados do trabalho desenvolvido por equipa da Unifesp que alia o atendimento ambulatorio a meninas e mulheres que sofreram estupro a investigações sobre as transformações psíquicas e fisiológicas que elas viveram, e chegou-se a conclusão que mais de metade desenvolve um tipo aparentemente específico de transtorno pós- traumático , com características peculiares à agressão sexual e marcada por uma inflamação leve e duradoura que deixa o sistema imune dessas mulheres programado para responder agressões. Um evento traumático é um evento no qual uma pessoa se sente profundamente impotente perante, a força duma fratura que funcionou como uma ameaça à sua vida, uma agressão sexual, quando acompanhada ou não de violência física ou psicológica, comporta sempre uma fratura na personalidade da vítima, e as consequências de um traumatismo desta natureza, ainda que diversificados e diferenciados em função do ato sexual ocorrido, compreendem um conjunto de efeitos físicos, psicológicos e sociais absolutamente desgastantes que se prologam no tempo¹⁴⁴. A vítima sofre quase sempre uma

¹⁴³ Martins, Tânia Sofia da Silva, A prova Pericial em casos de Abuso Sexual: contributos para a compreensão da decisão judicial, Universidade do Porto, 2020, p.10.

¹⁴⁴ LOPES, José Mouraz e MILHEIRO, Tiago Caiado, Crimes Sexuais — Análise Substantiva e Processual, 4ª Edição, Almedina Editora, 2023, p.41.

perda de controlo ou de confiança sobre si e sobre o que a rodeia, por isso, alguns autores, como Judith Herman, referem que viver a recordação do traumatismo é viver com uma espécie de *handicap*. A capacidade de viver com esse *handicap* depende muito da maneira como o ambiente social e físico da pessoa são ordenados¹⁴⁵.

¹⁴⁵ <https://cdn.bookekey.app/files/pdf/book/pt/trauma-e-recuperação.pdf>

3. VALORAÇÃO DO DEPOIMENTO DA VÍTIMA

A vítima poderá prestar declarações nas diversas fases processuais, como no inquérito, instrução, julgamento, sendo, no entanto, o seu interesse no desfecho do processo variável em função de múltiplos fatores. Pode desde logo ter como único escopo a descoberta da verdade material e punição do arguido, depondo na qualidade de vítima/testemunha ou constituir-se como assistente para auxiliar nessa tarefa e/ou assumir as vestes de parte civil, para ser ressarcida dos danos causados pelo crime.

“No entanto, pode ocorrer um fenómeno de “compulsividade social” à denuncia, por via da exigência de cumprir um dever cívico de prossecução de interesse público na administração da justiça penal, impondo-se a intervenção da vítima no processo quando não é essa a sua vontade manifesta, como nos casos em que não se constitui assistente ou parte civil, e não apresentou queixa, mas o carácter público do crime impõe a sua participação. Prestando declarações como assistente, parte civil ou testemunha, previsto nos artigos 132.º n.º 1, al d) e 145.º n.º 2 do CPP, a vítima do crime sexual está obrigada a falar a verdade, sendo advertida nesse sentido, podendo em certas situações recusar-se a depor (artigo 134.º do CPP)”¹⁴⁶.

As declarações da vítima esta sujeita à livre apreciação da prova— no termo do art.º 127.º do CPP, emergindo a sua força probatória da consistência, coerência, modo como dispõe e/ou corroboração com outros elementos da prova. Os demais elementos probatórios que constam no processo podem confirmar ou infirmar o depoimento, devendo todos serem analisados de forma conjugada¹⁴⁷.

No ordenamento português, e de acordo com a Lei n.º 93/99¹⁴⁸, que regula a aplicação de medidas para proteção de testemunhas em processo penal, define testemunha como “qualquer pessoa que, independentemente do seu estatuto face a lei processual, disponha de informação ou de conhecimento necessários à revelação, perceção ou apreciação de factos que constituam objeto processo” e, como dispõe o artigo 131.º do CP, “qualquer pessoa que não se encontra interdita por anomalia psíquica tem capacidade para ser testemunha e só pode recusar-se nos casos previstos na lei”¹⁴⁹. Com vista a incluir cada vez mais a vítima no discurso penal, foi criado o estatuto jurídico da vítima (com a Lei n.º 130/2015, de 4 de setembro), fazendo constar uma definição de vítima no artigo

¹⁴⁶ LOPES, José Mouraz, MILHEIRO, Tiago Caiado, Crimes Sexuais — Análise Substantiva e Processual, 4ª Edição, Almedina Editora, 2023, p. 473.

¹⁴⁷ LOPES, José Mouraz, MILHEIRO, Tiago Caiado, Crimes Sexuais — Análise Substantiva e Processual, 4ª Edição, Almedina Editora, 2023, p. 473.

¹⁴⁸ Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=234&tabela=leis

¹⁴⁹ MEDEIROS, Carla Góes, O testemunho da Vítima nos Crimes Sexuais Contra a Mulher, Universidade do porto, 2022, p.20.

67.º-A do CPP. Tal estatuto visa enfatizar a posição desta figura no ordenamento jurídico e reforçar a sua associação a um conjunto de direitos, assim como permitir uma maior certeza jurídica e uniforme ao reunir todas as prerrogativas da vítima. E somente a partir disso é que a vítima passou a dever ser ouvida “sempre que necessário”, como também na fase da instrução a audição da vítima passa a ser um meio de prova expressamente previsto e tem lugar quando o juiz de instrução “o julgar necessário” e “sempre” que tal for solicitado pela vítima (artigo 292.º n. 2º CPP). E dessa forma, percebe-se que o testemunho é um depoimento que pode ser fornecido, além da própria testemunha, pela vítima, pelo réu ou pelo perito. No depoimento testemunhal judicial, um indivíduo será chamado a depor, segundo a sua experiência pessoal, sobre a existência e a natureza de um fato¹⁵⁰.

Os direitos processuais da vítima assentam em quatro pilares essenciais: informação, assistência, proteção, participação ativa no processo, que se encontram concretizados e densificados em várias normas do processo penal no estatuto da vítima e na lei de proteção de testemunhas.

A vítima do crime contra a liberdade sexual a autodeterminação sexual tem o direito de formular um pedido de indemnização civil que, fruto do princípio de adesão, deverá ser necessariamente deduzido no processo penal, artigo 71.º do CPP, apenas o podendo ser no tribunal civil nas situações elencadas no artigo 72.º, n. 1º do CPP. Mas para além do direito de formular um pedido civil, tem o direito a uma decisão sobre o pedido indemnizatório num prazo razoável, conforme está agora expressamente reconhecido no artigo 16.º, n. 1º do Estatuto da Vítima¹⁵¹.

Sobre não se impor prova corroboratória, a única exceção é quando presta um testemunho com ocultação da sua identidade, ao abrigo da Lei de Proteção de Testemunhas (Lei n. 93/99, de 14 de julho). Conforme o artigo 19.º n. 2º da referida Lei *“Nenhuma decisão condenatória poderá fundar-se, exclusivamente, ou de modo decisivo, no depoimento ou nas declarações produzidas por uma ou mais testemunhas cuja identidade não foi relevada”*. É a consagração da jurisprudência do TEDH no sentido de que não se condena ou pode basear-se unicamente ou de modo decisivo em testemunhos em que não seja conhecida a identidade do depoente. Não se verifica esta exigência nos casos em que a vítima presta declarações sem o arguido estar presente, por teleconferência, com ocultação da imagem ou com distorção de voz, ou de ambas¹⁵².

¹⁵⁰ MEDEIROS, Carla Góes, O testemunho da Vítima nos Crimes Sexuais Contra a Mulher, Universidade do Porto, 2022, p.20.

¹⁵¹ LOPES, José Mouraz, MILHEIRO, Tiago Caiado, Crimes Sexuais — Análise Substantiva e Processual, 4ª Edição, Almedina Editora, 2023, p.351.

¹⁵² LOPES, José Mouraz, MILHEIRO, Tiago Caiado, Crimes Sexuais — Análise Substantiva e Processual, 4ª Edição, Almedina Editora, 2023, p.351.

A jurisprudência espanhola¹⁵³ distingue entre os testemunhos anónimos (aqueles que nem sequer dão a conhecer a sua identidade) e os testemunhos ocultos (aqueles em que é conhecida a identidade, mas que prestam depoimento com diferentes graus de opacidade visual ou controle das suas declarações), mas também entendendo que nos casos de testemunhos anónimos será necessário a existência de mais prova incriminadora e nos testemunhos ocultos tudo dependera da credibilidade e eficácia probatória, o que está relacionado como grau de ocultamento. Quanto ao depoimento da vítima importa ainda referir a ideia de que ainda vivemos numa sociedade onde há a manutenção do sistema de género, a liberdade da mulher ainda é um tema bastante discutido e tido como tabu para muitas realidades. Entretanto, os sistemas de género têm tentado limitar o que conta como abuso, operando pela estratégia de inclusão e exclusão, incluindo o que os homens definem como violador/abusivo e excluindo muito do que as mulheres vivenciaram como violador/abusivo. “A definição do que será considerado crime contra a dignidade e a liberdade sexual e, por suposto, o constrangimento, toma como referência exatamente o que os homens definem como condição essencial do que deva existir em uma relação sexual, ou seja, do que é violência ou não em uma relação considerada sexual. E vai além porque a violência sexual traz consigo aspetos particulares, de natureza cultural, que precisam ser interpretados a partir das relações de poder e opressão às quais estão submetidas as mulheres e que implicam certas compreensões masculinas em torno da vida, da sexualidade, da liberdade das mulheres”.

¹⁵³ Supremo Tribunal Espanhol 445/2014, de 10 de Junho e Tribunal Constitucional Espanhol de 8 de Abril de 2013 na revista *Deliberation*, APM, Março de 2015.

4. DIFICULDADES DA PROVA DO CONSENTIMENTO

Nos casos de violação em específico, o consentimento é um ponto fundamental a ser valorado. A maioria dos argumentos de defesa focam-se sobre questões do consentimento da vítima. No entanto, quando a alegada ofensa ocorre em privado (como quase sempre acontece), tudo se resume a palavra da vítima contra a do arguido e por isso há uma enorme dificuldade na prova. E é nesse sentido que se deve salientar a notoriedade que deve ser dada ao testemunho da vítima.

“A vítima, nos julgamentos de crimes sexuais, pode ter a sua credibilidade em causa constantemente, ao ter de demonstrar a ausência de consentimento e que nada em seu comportamento influenciou a conduta do agressor. Quando ocorre um crime contra a dignidade sexual surge a pretensão punitiva do Estado, passando a haver a necessidade de colheita das provas do delito. Sendo que no processo penal, o ónus da prova diante do princípio da presunção da inocência, cabe à acusação o poder/dever de colaborar com o tribunal na descoberta da verdade e na realização do direito, tendo no tribunal o dever de instruir e esclarecer os factos, ordenando oficiosamente a produção de todos os meios de prova necessários à boa decisão da causa, previsto nos termos dos artigos 53.º, 262.º e 340.º do CPP. Contudo a doutrina entende que o julgamento de um crime sexual inclusive e especialmente a violação, não é uma arena onde se procede ao reconhecimento de uma violação e violação contra a liberdade sexual feminina nem tampouco onde se julga um homem pelo seu ato”¹⁵⁴. Trata-se de uma arena onde se julga simultaneamente, confrontados numa fortíssima correlação de forças, a pessoa do autor e da vítima: o seu comportamento, e os seus antecedentes. E onde esta em jogo, para a mulher, a sua inteira “reputação sexual” que é ao lado do status familiar uma variável tão decisiva para o reconhecimento da vitimização sexual feminina, quando a variável status social o é para a criminalização masculina¹⁵⁵.

“ No campo da moral sexual, o sistema penal promove, uma inversão de papeis e do ónus da prova. A vítima que acesa o sistema requerendo o julgamento de uma conduta definida como crime- a ação, regra geral é de iniciativa privada – acaba por ver-se ela própria “julgada” (pela visão masculina da lei, da polícia e da justiça), incumbindo-lhe provar que é uma vítima real e não simulada”¹⁵⁶.

¹⁵⁴ MEDEIROS, Carla Góes, O testemunho da Vítima nos Crimes Sexuais Contra a Mulher, Universidade do porto, 2022, p. 36.

¹⁵⁵ MEDEIROS, Carla Góes, O testemunho da Vítima nos Crimes Sexuais Contra a Mulher, Universidade do porto, 2022, p. 36.

¹⁵⁶ MEDEIROS, Carla Góes, O testemunho da Vítima nos Crimes Sexuais Contra a Mulher, Universidade do porto, 2022, p. 36.

“A mulher é silenciada tendo a difícil tarefa de demonstrar a ausência de consentimento e que em nada o seu comportamento influenciou a conduta do agressor, pois, embora, uma relação sexual forçada represente verdadeira violação aos direitos fundamentais das mulheres, são imensas as dificuldades para a configuração do crime de violação. Seja nas relações domésticas, seja em espaços públicos ou até mesmo quando praticado por desconhecidos. Recai então sobre a vítima o ónus de demonstrar a ocorrência do crime. Caracteriza-se, assim, uma drástica inversão dos papéis, na qual a vítima é minuciosamente observada e tem todas as suas ações e informações como objeto de análise, pois, a qualquer momento, pode ter sua palavra desqualificada. O descrédito quanto ao testemunho da vítima ocorre frequentemente, parecendo a sua palavra muitas vezes ser insuficiente para que esta veja o autor do crime punido, sendo colocada em causa, usando-se o comportamento da vítima para demonstrar que não segue a moral imposta pela sociedade”¹⁵⁷.

Por fim, *“crimes de género acontecem, são incontestáveis. O que se contesta nos crimes contra mulheres é, tão somente a palavra da vítima. A sua conduta, o seu comportamento, a sua roupa, a sua imagem, a sua credibilidade e o que a vítima fez para levar o agressor a cometer o crime. A culpa é da vítima. A vítima é mulher”*¹⁵⁸.

Por razões como estas, citadas supra, vemos cada vez menos registos e denúncias de vítimas de violência sexual, porque as mesmas são desacreditadas até mesmo pelo sistema que as devia proteger, pelo facto de ser mulher, já é um dos motivos para a sua palavra não ser questionada de todas as formas possíveis, colocando até em causa o carácter das mesmas. Ou seja, se gostamos de usar roupas curtas, é motivo para sermos violadas e permanecer caladas porque de certa forma somos culpadas, porque os homens têm os extintos incontrolláveis e não conseguem conter-se.

É importante referir que “a seguir à negação dos factos por parte do agressor, a estratégia de defesa usual utilizada pelo arguido/agressor consiste em questionar e desqualificar os depoimentos das vítimas e a própria personalidade desta. Quando a vítima é maior, trata-se de afirmar desde logo que, se ocorreu alguma coisa ou se foi praticado qualquer ato sexual, essa situação decorre de uma “comparticipação” da vítima nos factos, do seu assentimento à sua prática dos mesmos ou mesmo da ocorrência de um passado menos próprio da vítima. Trata-se de afirmar e tentar demonstrar uma atividade sexual da vítima permissível a comportamentos sexuais múltiplos ou mesmo hábitos comportamentais viciosos ou promíscuos, que permitem afinal fazer duvidar a

¹⁵⁷MEDEIROS, Carla Góes, O testemunho da Vítima nos Crimes Sexuais Contra a Mulher, Universidade do porto, 2022, p. 36.

¹⁵⁸ FERREIRA, Adrielle de Oliveira Barbosa, <https://jus.com.br/artigos/88770/casos-mari-ferrer-e-marcius-melhem-por-que-o-direito-penal-nao-protege-as-mulheres>, 2021.

credibilidade do seu depoimento ao ponto de ser permanentemente posto em causa e por virtude de isso poder ser perfeitamente inutilizado. Trata-se, também de um fenómeno que implica igualmente uma revitimização da vítima, na medida em que não só o seu corpo e integridade física é objeto de uma violência (e de um trauma) como é, também, o seu carácter que é atingido. Como referem alguns autores, o “questionamento sobre a sua vida íntima é particularmente humilhante e frequentemente visto como uma segunda agressão”¹⁵⁹.

¹⁵⁹ LOPES, José Mouraz e MILHEIRO, Tiago Caiado, Crimes Sexuais — Análise Substantiva e Processual, 4ª Edição, Almedina Editora, 2023, p. 47-48.

5. CONCLUSÃO

Depois de analisarmos diferentes opiniões sobre a matéria em causa, podemos dizer que, infelizmente até os tempos atuais e mesmo depois de várias alterações legislativas, a violência sexual é um tema bastante questionável. A “violência de género” continua a observar-se cada vez mais, sendo as mulheres as principais afetadas e desacreditadas.

Várias são as questões sobre o porquê de a violência sexual ser um tema bastante questionável e repugnante e que mesmo depois do fim das guerras e de várias alterações legislativas, esses crimes continuam a acontecer com bastante frequência. Concluimos assim que devíamos partir do princípio para saber o que é a violência de género e o porquê das principais vítimas continuarem a ser mulheres mesmo depois de longos anos.

Como vimos ao longo dos temas abordados, as mulheres são as vítimas mais frequentes da violência de género, e as mais vulneráveis, pois vivem condicionadas pela presença de género e pelos constrangimentos impostos pela sociedade, o que muito reforça a ditadura de género que determina formas diferentes de estar entre mulheres e homens. Tendo como causa e consequências, as relações de força de poder desiguais entre homens e mulheres, causando discriminações graves, tanto na sociedade, como na família.

Sabemos que a violência sexual é, indiscutivelmente um abuso de poder, e esta incluída numa cultura de silêncio e estigmas, ainda mais patente quando ocorre dentro de casa, em privado e sem testemunhas, perpetrado por alguém com quem se tem uma relação de responsabilidade, confiança e proximidade. E nesses casos normalmente o silêncio se torna ensurdecador, porque as vítimas sentem que não tem como sair daquela situação, porque dependem financeiramente, emocionalmente do agressor, e muitos agressores as convencem de que situações de género são comuns acontecerem mesmo contra a vontade da vítima, porque a mesma não tem escolhas nem liberdade sobre o seu próprio corpo e desejos. Como a própria Convenção de Istambul reconhece “o crime pode ser praticado no seio familiar”, e como referimos, a maior parte dos crimes sexuais é praticado por conhecidos da vítima, e que a vítima apesar de não resistir, sofra em silêncio, porque vive em pânico. E esse pânico deve-se muito ao julgamento imposto pela própria sociedade e até mesmo por quem nos devia proteger, porque muitos são os casos em que o agressor é/era o marido, companheiro, e os mesmo não foram e nem são punidos, mesmo quando as mulheres (poucas) se atrevem a contar a sua experiência e apresentar queixas contra o agressor, as autoridades tendem a legitimar a violência, que segundo um dos autores citados “a mulher é tão questionada sobre a sua vida íntima que é particularmente humilhante e frequentemente visto como uma segunda agressão”¹⁶⁰. Concordamos com o autor, porque a maioria das mulheres vítimas preferem o silêncio do que sentirem-se novamente agredidas. Agressões essas proferidas com palavras, insinuações e deduções, porque sempre é colocada em causa a palavra da vítima, o seu carácter e comportamento, porque parece justificável uma mulher que anda com roupas curtas, que bebe, que gosta de ir a festas ou que tem amigos, ser violentada, porque os agressores são tidos como “sexo frágil”, que facilmente são provocados por mulheres e não conseguem se conter, daí justificar o ato o comportamento da vítima.

¹⁶⁰ LOPES, José Mouraz e MILHEIRO, Tiago Caiado, Crimes Sexuais — Análise Substantiva e Processual, 4ª Edição, Almedina Editora, 2023, p. 47-48.

Entretanto, somos da opinião que esse pensamento por parte dos agressores, há de continuar porque é um pensamento que predomina na sociedade e até mesmo se faz sentir na Justiça, portanto precisamos que a sociedade entenda que só a própria pessoa pode dispor do seu corpo e dos direitos fundamentais que lhe são inerentes através do seu consentimento livre e esclarecido. Independente do estado em que a vítima se encontrava, ninguém tem o direito de manter cópula ou outros atos sexuais de relevo e relevo especial com a vítima, com mulheres, sem o seu consentimento ou com o consentimento viciado.

Quando ao dissentimento, acreditamos que com a introdução da Lei n.º 101/2019, de certa forma veio facilitar os tribunais em relação aos relacionamentos que ocorrem sem o consentimento da vítima visto que o artigo 164 n.º 2 permite essa abrangência. cremos ser essencial que o legislador português adote o modelo do consentimento livre no nosso CP como modo de determinação da existência ou ausência de crime sexual, de forma a incluir todas as condutas que possam conceber violência sexual, e nada fique impune, e para que as exigências da Convenção de Istambul, às quais Portugal ratificou sejam cumpridas. Porque constrangimento e consentimento livre não são conceitos equivalentes, o que causa dúvidas principalmente em questões de julgamentos, fazendo com que muitos agentes fiquem impunes porque a lei não é clara em expressar “a falta de vontade da vítima” sendo o modelo do consentimento na nossa opinião e de muitos autores o modelo mais eficaz até mesmo para o entendimento da própria sociedade sobre o consentimento claro e expresso.

Sobre a natureza do crime, somos da opinião que tornar o crime de violação sexual em crime público seria eficaz e inovador e os benefícios dessa alteração seriam inegáveis, desde logo, para o aumento do número de denúncias do crime de violação e haveria um combate reforçado à impunidade dos agressores, e aumentaria, indiscutivelmente, a segurança comum. Mas entendemos a posição e estudos feitos pela APAV, de acordo com a qual o debate sobre a natureza do “crime de violação não deve cingir-se apenas à dicotomia pública vs semipúblico; e que, seja qual for a opção, as necessidades das vítimas do crime de violação implicam uma abordagem muito mais abrangente, até ao nível do quadro legal, do que a atualmente em vigor”. É entendimento da APAV que “a natureza pública mitigada, é a que mais se aproxima do desejável equilíbrio entre os interesses de cada vítima em concreto e as exigências de prevenção geral e especial, só podendo, contudo, funcionar nos termos propostos quando todas as respostas necessárias à avaliação, informação, proteção e apoio à vítima estiverem cabalmente implementadas”¹⁶¹. Concordamos como referimos *supra*, e acreditamos que essa seria das melhores implementações, mas acreditamos que a natureza pública seria mais eficaz para a redução dos crimes e para maior punibilidade dos agressores.

Em relação à valoração e dificuldade da prova do consentimento, uma solução para esse problema, consoante lição de “Kenarik Boujikian”, é a expansão da credibilidade da palavra da vítima enquanto testemunha única em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, tal qual se adota nos casos de violência sexual, em que a condenação aos crimes sexuais, praticados de forma isolada, tem, na palavra da vítima, o seu alicerce. Se adotada essa medida, com certeza o testemunho desta não seria isento dos critérios de coerência, plausibilidade e verossimilidade, porém, a palavra da vítima deve ter um peso decisório maior, contribuindo, assim, para que a punição a crimes de violência, que passam muitas vezes impunes, encontre sua eficácia e efetividade¹⁶².

¹⁶¹ Posição da APV Acerca da Natureza do crime de Violação, 2021.

¹⁶² E SILVA, Pedro Henriques, SILVA, Aurélia Carla Queiroga, 2015, p.115.

Sabemos que os danos psicológicos, emocionais, e os traumas , nem sempre conseguem ser provados por exames ou provas periciais, e assim sendo, muitas vezes as palavras da vítima e a sua convicção sobre os factos são o único meio de prova que as mesmas têm, e constantemente vemos mulheres sendo desacreditadas e até mesmo insultadas porque não conseguem provar a ocorrência do crime, ou por desistirem ao longo do processo, porque desde o início quem as devia proteger, deixa claro que pouco acredita no testemunho da das mesmas. Segundo as palavras do relator do Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Proc. nº 793/21 , das quais concordamos, e passamos a citar; “o relato da vítima é muitas vezes o único elemento de prova e por isso é muito relevante a importância da avaliação da sua credibilidade, não havendo, por isso, obstáculo legal à valoração em audiência de julgamento das declarações de um qualquer ofendido, ainda que assistente ou demandante cível, no âmbito da imediação e na oralidade, mesmo que desacompanhadas de outra prova. Um perito apenas pode e deve pronunciar-se sobre a capacidade de a testemunha conservar em memória e reproduzir os acontecimentos que presenciou, ou seja, sobre os aspetos preceptivos e cognitivos do depoimento, e não sobre a sua credibilidade, juízo esse que pertence, inexoravelmente ao tribunal. Quanto à credibilidade de um testemunho, também sabemos que não existem técnicas seguras, ou suficientemente seguras, que permitam distinguir uma declaração verdadeira de uma declaração não verdadeira, mas existem certamente indicadores ou comportamentos, para além daqueles que podem ser observados num depoimento prestado em tribunal e diretamente percecionados pela autoridade judiciária, que estarão ao alcance do perito e que podem e devem contribuir para o julgador fundamentar a sua convicção quanto à credibilidade de determinado depoimento. Não se deve diabolizar a não reação da vítima, ao não gritar, perante um ato de violação, podendo o seu interior estar esmagado com o que lhe está a acontecer. Na agressão, a vontade do autor impõe-se pela força, seja através de violência ou de intimidação, não se podendo pedir à vítima uma constante atitude perigosamente heroica. A inexistência de qualquer reação ou resistência de uma vítima de violência sexual radica muitas vezes no facto de estar a sentir a agressão como uma ofensa à sua integridade física, ou mesmo à sua vida, pelo que adota um comportamento orientado para a sua preservação, podendo optar por diferentes estratégias de sobrevivência. Algumas das formas mais comuns de reação das vítimas de violência sexual são precisamente aquelas que o público muitas vezes tem dificuldade em compreender, assente que as mulheres que sofrem violência sexual nem sempre são capazes de tomarem decisões que as protejam”¹⁶³.

Concluimos, igualmente, que o artigo 164.º deveria mencionar a expressão “sem o consentimento” de modo a não ter nem deixar margens de dúvidas sobre o dissentimento e consentimento viciado. “não é não”, cada individuo tem o direito de escolha sobre a sua liberdade sexual, ninguém tem o direito de invadir o corpo de outrem em busca de prazeres próprios.

As vítimas devem ser mais acolhidas, como verificámos a maioria dos crimes ocorrem no seio familiar ou são cometidos por pessoas que conhecem a vítima, gerando automaticamente um bloqueio para que as mesmas possam denunciar. Além disso, porque o processo é lento faz com que as mesmas desistam e muitas nem apresentem queixa, porque depois terão de sofrer as consequências incluindo viver diariamente com o agressor, por não terem para onde ir.

¹⁶³Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Proc. nº 793/21.1JALRA.C1 de 07/06/2023, disponível em:<https://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/99f55eca540d33fc802589d3004e8cf6?OpenDocument>

Quanto ao depoimento da vítima importa realçar que muitas das vezes as vítimas acabam por ver os seus testemunhos descredibilizados e por se sentirem culpadas por serem violadas pois não apresentaram resistência física, porque a sociedade assim o entende, culpabilizando a mulher por essa ter o seu corpo invadido. Ora, o que se passa é que na maioria dos casos o homem detém força física em relação as mulheres, o que faz com que muitas vezes estas não consigam resistir, ou evitem resistir por medo, e essa falta de resistência é colocada em causa, sem entender que o medo pode paralisar, e essa paralisação não significa consentimento e sim sofrimento, sofrimento esse que acaba sendo silenciado não só pela paralisação como pela própria sociedade e sistema jurídico.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - *Comentário do código penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*. 5ª ed. Atualizada. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2023.

ALVES, Sénio Manuel dos Reis - *Crimes sexuais: notas e comentários aos art.º 163º a 179º do código Penal (anotado)*. Coimbra: Almedina, 1995.

ANTUNES, Maria João - Anotações ao artigo 117º do código penal “in comentário Conimbricense do Código penal, artigo 131º a 201º Parte Especial, Tomo I, artigo 131º a 201º”, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2012

ANDRADE, Vera Regina Pereira de - Violência Sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina? *Revista sequencia: estudos jurídicos e políticos*, 1996.

BELEZA, Teresa Pizarro - “Sem sombra de pecado: o Repensar dos Crimes Sexuais na Revisão do Código Penal”, Separata de Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários Editor, 1996.

BELEZA, Teresa Pizarro - “Consent as Simple as Tea: notas sobre a relevância do dissentimento nos crimes sexuais, em especial na violação”, “Combate à Violência do Género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal”. : Universidade Católica Editora, 2016.

BRITO, Teresa Quintela de - *Direito penal- Parte especial: lições, estudos e casos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

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

COSTA, José de Faria - *Noções fundamentais de direito penal: (fragmenta iuris poenalis): Introdução: a doutrina geral da infração: a ordenação fundamental da conduta (facto) punível: a conduta típica (o tipo)*, 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

COSTA, José Francisco de Faria - *O perigo em Direito Penal: Contributo para a sua Fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

CORREIA, Liliana Cristina Gomes- *As alterações de 2019 ao código penal em matéria de crimes sexuais: os crimes de coação sexual e violação, julgar online*. Dezembro de 2020. 14-15

COSTA, Diogo Paulo Lobo Machado – *A perícia Médico-legal nos crimes sexuais*. Universidade do porto, 2000. 117-120

CUNHA, Conceição Ferreira da - *Os crimes Contra as Pessoas: relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino da disciplina*, 2ª ed. Lisboa: Universidade Católica, 2022.

CARVALHO, Américo Taipa - Comentário conimbricense do código penal. dir Jorge Figueiredo. 1937. Parte Especial, Tomo I, artigos 131º a 201º. 2ª ed. Coimbra Editora. (2012). 550 - 567

CAEIRO, Pedro - “Observações sobre a projetada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica (em apreciação no Grupo de Trabalho Alterações Legislativas – Crimes de Perseguição e Violência Doméstica da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias)”, (Junho de 2019). 37-42

DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal Parte Geral*, Tomo I Questões Fundamentais a doutrina geral do crime, 3ª edição, Coimbra, 2019.

DIAS, Jorge de Figueiredo - *Comentário Conimbricense do Código Penal*- Tomo I, 2ª edição. Coimbra Editora, 2012.

DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva - “Notas substantivas sobre crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, in Revista do Ministério Público 136: outubro: dezembro 2013.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - Lições de Direito Penal, 4ª ed. Lisboa: 1992

FERNANDES, Ana Rita Faria Lamego-Constragimento e falta de consentimento livre serão conceitos equivalentes? *o caso de stealthing*, universidade católica, porto, 2022.

LOPES, José Mouraz - Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal, 4ª edição. Coimbra Editora, 2008.

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

LOPES, José Mouraz; Milheiro, Tiago Caiado, “Crimes Sexuais – Análise Substantiva e Processual”, 1ª ed.. Coimbra Editora, Dezembro 2015.

PINA, Ana Folhadela Figueiredo - “O conceito de violência no crime de violação e o problema do dissentimento”, Dissertação de Mestrado em Direito. UCP Porto, 2014.

PEREIRA, Rui Carlos, Imputação Subjetiva nos crimes de Perigo Concreto. Lex Editora, 1995

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

SOTTOMAYOR, Maria Clara - “O método da narrativa e a voz das vítimas de crimes sexuais”, in Revista Eletrónica de Direito Constitucional e Filosofia Jurídica, 2007, disponível online <http://constitutio.tripod.com/id7.html>. Volume I

RIBEIRO, Gil Duarte Miranda - DEFICIÊNCIAS DO CRIME DE VIOLAÇÃO À LUZ DA CONVENÇÃO DE ISTAMBUL: Stealthing – Consentimento versus Constrangimento. Porto. Setembro de 2019.

REBELO, Beatriz Morais - A natureza do crime de violação à luz da proteção do interesse da vítima The nature of the crime of rape according to the protection of the victims' interest, Coimbra. Junho de 2023.

VENTURA, Isabel - “A violação na jurisprudência e na doutrina”, “Combate à Violência do Género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal”, Universidade Católica Editora, 2016.

Vera Lúcia Raposo - “Da Moralidade . Liberdade: O Bem Jurídico Tutelado na Criminalidade Sexual”/ “From Morality to Liberty: The Value protected in Sexual Criminality”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias / Liber Discipulorum for Jorge de Figueiredo Dias* (AAVV), Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

MARIA, Susana- Mulheres Sobreviventes de violação, Livros Horizontes, abril de 2004

MOREIRA, Vânia Pereira - O CRIME DE VIOLAÇÃO À LUZ DO BEM JURÍDICO LIBERDADE SEXUAL: Reflexões acerca da alteração ao nº2 do artigo 164º do Código Penal. Porto, maio de 2016.

Martins, Tânia Sofia da Silva- *A prova pericial em casos de abuso sexual: contributos para a compreensão da decisão judicial*. Universidade do porto, 2020

LOPES, José Mouraz; Milheiro, Tiago Caiado - “Crimes Sexuais – Análise Substantiva e Processual”, 4ª Edição, Almedina Editora, Fevereiro 2023.

GUEDES, Henrique Peyroteo Portela - Tribunais Penais Internacionais: os Direitos da Mulher nos Conflitos Armados, 2019.

GARCIA, Miguez- código penal-parte e especial (com notas e comentários)3ª edição, Almedina Editora, 2018.

GREVIO - notes, however, that these legislative changes did not definitively do away with the requirement of the use of force since in paragraphs 2 of Articles 163 and 164 of the PCC, the offensive conduct is qualified by the use of the verb "constrain". GREVIO considers that such a wording is not sufficient to definitively break away from the longstanding practice of Portuguese courts to require proof of the victim's resistance in order to sentence the perpetrator.» Relatório disponível em <https://rm.coe.int/grevio-reprton-%zoportugal/168091fi6f>, p. 49.

J. M. Castela, coment.; Garcia, M. Miguez, 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2018.

BIBLIOGRAFIA

MOLINA, Antonio García Pablos - *Criminología – Fundamentos y Principios para el Estudio Científico del Delito, la Precención de la Criminalidad y el Tratamiento del Delicuyente* (6ª ed.). Madrid. CEC – INPECCP, 2007, disponível em <https://www.derechopenalnlared.com/libros/criminologia-antonio-molina.pdf>

PAULO, Bruno Giovannini, ROQUE, Ana Cristina Lemos (2019) - *Vitimização secundária de mulheres em delegacias de polícia: localizando as possíveis causas*. Revista Jurídica Luso-Brasileira (1), p. 361-400, disponível em https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/1/2019_01_0361_0400.pdf

SANTOS, Celina Paula Manita - *Quando as portas do medo se abrem. Do impacto psicológico ao(s) testemunho(s) de crianças e vítimas de abuso sexual, in Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens, A função dos Juízes Sociais, 2003.*

SANTOS, José Carlos Ary dos – Dos crimes sexuais, in Boletim do Instituto de criminologia, Vol. XVII, 2.º Semestre de 1932- STRECHT, Pedro – Vontade de ser – Textos sobre a adolescência, Edição: Assírio & Alvim, 2005.

WEB SITE

APAV, Comentário-violação-coação sexual, disponível em:
https://apav.pt/apav_v3/images/pdf/comentario_APAV_violacao_coacao_sexual_BE_30_jun_2104.pdf

<https://cdn.bookey.app/files/pdf/book/pt/trauma-e-recuperaçao.pdf>

<https://www.dn.pt/politica/carta-aberta-pede-consagracao-da-violacao-como-crime-publico-14866382.html/>

<https://www.paho.org/pt/topics/violence-against-women>

https://www.ordemdospsicologos.pt/ficheiros/documentos/opp_vamosfalarsobreabusossexuais_documento.pdf

<https://news.un.org/pt/story/2013/11/1457511>, Nações Unidas, ONU News.

<https://ensina.rtp.pt/artigo/o-genocidio-no-ruanda/>

<https://plataformamulheres.org.pt/site/wp-content/ficheiros/2023/10/relatorio-cedaw-versao-digital.pdf>

<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/39844/1/203156102.pdf>

<https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/146108/2/594873.pdf>

LEGISLAÇÃO

Constituição da República Portuguesa de 1976, revista atualizada

Código Penal de 1852, versão online, disponível em:
<https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1829.pdf>

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

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

Decreto Lei n.º 400/82, de 23 de setembro, disponível em:
https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=101&tabela=lei_velhas&nversao=1&so_miolo

Diretiva 2011/36/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de abril de 2011, relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à proteção das vítimas, e que substitui a Decisão -Quadro 2002/629/JAI do Conselho (JO L 101 de 15.4.2011, p.1).
<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:101:0001:0011:PT:PDF>

Diretiva 2011/93/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, e que substitui a Decisão- Quadro 2004/68/JAI do Conselho (JO L 335 de 17.12.2011, p.1).
<https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/d20901a4-66cd-439e-b15e-faeb92811424/language-pt>

Diretiva 2012/29/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, que estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade e que substitui a Decisão-Quadro de 2001/220/JAI do Conselho (JO L 315 de 14.11.2012, p. 57)
<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:315:0057:0073:pt:PDF>

Lei n.º 48/95, de 15 de março, disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/48-1995-185720>

Lei 59/2007, de 4 de setembro disponível em
https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=930&tabela=leis&so_miolo

Lei 83/2015, de 5 de agosto, disponível em
https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_estrutura.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=2381&

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_estrutura.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=3142&nversao=&tabela=leis&so_miolo=

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1878&tabela=leis

https://pessoas2030.gov.pt/wp-content/uploads/sites/19/2024/05/OJ_L_202401385.pdf

StGB suíço disponível em
https://lawbrary.ch/gesetz/311_0/StGB/v2023.07/en/art190/swiss-criminal-code/art-190/#a190

StGB alemão, artigo 177.º, na versão anterior a de 1998, disponível em
<https://lexetius.com/StGB/177>

StGB austríaco sobre os atos puníveis contra a integridade sexual e autodeterminação, artigo 201.º disponível em:
<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002296>

<https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convIVgenebra.pdf>

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. Processo n.º 5/2003 in www.dgsi.pt

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 041298. De 24-04-1991, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/20b4c03b6e28ce93802568fc003a1a32OpenDocument&Highlight=0,041298>

Acórdão do Tribunal Supremo de Justiça, Processo n.º 040268, de 18-10-1989, disponível em; <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d97387ad75cab970802568fc003a2815>

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 4 de dezembro de 2003, M. C. c. Bulgária, Queixa n.º 3927/98

Supremo Tribunal Espanhol 445/2014, de 10 de Junho e Tribunal Constitucional Espanhol de 8 de Abril de 2013 na revista *Deliberation*, APM, Março de 2015