

Formação Ministério Público

CRIMES DE VIOLAÇÃO E COAÇÃO SEXUAL

Enquadramento jurídico, aspetos práticos e gestão processual



Trabalhos do 2.º Ciclo do 33.º Curso

maio 2020

Diretor do CEJ

João Manuel da Silva Miguel, Juiz Conselheiro

Diretores Adjuntos

Paulo Alexandre Pereira Guerra, Juiz Desembargador

Luís Manuel Cunha Silva Pereira, Procurador-Geral Adjunto

Coordenador do Departamento da Formação

Edgar Taborda Lopes, Juiz Desembargador

Coordenadora do Departamento de Relações Internacionais

Helena Leitão, Procuradora da República

Grafismo

Ana Caçapo - CEJ

Capa

Pormenores do exterior e interior do CEJ e da PGR





Dando continuidade à publicação da série de e-books da Coleção Formação – Ministério Público “Trabalhos Temáticos de Direito e Processo Penal”, o Centro de Estudos Judiciários tem o grato prazer de proceder à divulgação dos volumes que reúnem os trabalhos temáticos realizados pelos auditores de justiça do 2.º ciclo destinados à magistratura do Ministério Público do 33.º Curso Normal de Formação. Como introdução a estes volumes remete-se, em grande medida, para as considerações efectuadas nas notas de abertura dos seus antecessores.

Embora o 2.º Ciclo da formação inicial se desenrole num contexto puramente judiciário visando a qualificação de competências e práticas e o conferir de uma coerente sequência ao quadro de objectivos pedagógicos e avaliativos definidos como estruturantes para a preparação dos futuros magistrados do Ministério Público, desde há alguns anos se vem solicitando a cada um dos auditores a elaboração de um trabalho escrito com um limite máximo de 30 páginas sobre um dos temas propostos pelo Director Adjunto e pelos coordenadores regionais, através do qual se pretende validar as competências práticas adquiridas na comarca, designadamente, o conhecimento das fontes, a destreza do recurso às tecnologias de informação e comunicação, a eficácia da gestão da informação, a gestão do tempo, o domínio dos conceitos gerais, o nível de conhecimentos técnico-jurídicos, a capacidade de argumentação escrita e oral, a capacidade de síntese ou o nível de abertura às soluções plausíveis.

Este trabalho é depois apresentado publicamente durante a denominada “semana temática”, por forma a que, por um lado, todos os auditores do Ministério Público possam beneficiar de uma panorâmica geral dos conteúdos trabalhados pelos respectivos colegas (já que a sua presença nessas sessões é obrigatória) e, por outro, através dessa mesma apresentação oral, permitir aos avaliadores fazer um juízo sobre aspectos da oralidade e do saber-estar, sociabilidade e adaptabilidade (trabalho de equipa), permitindo igualmente a apreciação da destreza de cada auditor no que respeita à capacidade de investigação, à capacidade de organização e método, à cultura jurídica, à capacidade de ponderação e, sobretudo, à atitude na formação, que tem de ser (ainda que difícil e exigente) uma atitude de autonomia e responsabilidade.



A tónica na preparação e supervisão dos trabalhos pelos coordenadores regionais assentou, sobretudo, nos aspectos da prática e da gestão do inquérito ou da gestão processual, que são tão mais importantes quanto impõem aos auditores uma transição entre a teoria e a prática, evitando-se trabalhos com intuito e conteúdo exclusivamente académico.

Estes trabalhos, elaborados no ano lectivo de 2018/19 foram apresentados no Centro de Estudos Judiciários, em Lisboa, em Junho de 2019.

Luís Manuel Cunha da Silva Pereira Director-Adjunto do Centro de Estudos Judiciários

Jorge Manuel Vaz Monteiro Dias Duarte Coordenador Regional Norte – Ministério Público

Ângela Maria B. M. da Mata Pinto Bronze Coordenadora Regional Centro – Ministério Público

José Paulo Ribeiro de Albuquerque Coordenador Regional Lisboa – Ministério Público

Olga Maria Caleira Coelho Coordenadora Regional Sul – Ministério Público

Ficha Técnica

Nome:

Crimes de coação sexual e violação. Enquadramento jurídico, aspetos práticos e gestão processual

Coleção:

Formação Ministério Público

Conceção e organização:

Ângela Maria Batista Monteiro da Mata Pinto Bronze – Procuradora da República, Coordenadora Regional de Coimbra

Jorge Manuel Vaz Monteiro Dias Duarte – Procurador da República, Coordenador Regional do Porto

José Paulo Ribeiro Albuquerque – Procurador da República, Coordenador Regional de Lisboa

Olga Maria de Sousa Caleira Coelho – Procuradora da República, Coordenadora Regional de Évora

Valter Santos Batista – Procurador da República *

Intervenientes:

Ana Maria Martins Ferreira **

Bárbara Inês Terêncio Aniceto **

Manuel Maria Horta e Vale Otero dos Santos **

Silvana Gaspar Pascoal **

Tânia Pires **

Revisão final:

Edgar Taborda Lopes – Juiz Desembargador, Coordenador do Departamento da Formação do CEJ

Ana Caçapo – Departamento da Formação do CEJ

Lucília do Carmo – Departamento da Formação do CEJ

* Coordenador Regional Adicional da Formação nos Tribunais da zona de Lisboa à data da apresentação dos trabalhos

** Auditores/as de Justiça do 33.º Curso de Formação de Magistrados – MP à data da apresentação dos trabalhos

Notas:

Para a visualização correta dos e-books recomenda-se o seu descarregamento e a utilização do programa Adobe Acrobat Reader.

Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico.

Os conteúdos e textos constantes desta obra, bem como as opiniões pessoais aqui expressas, são da exclusiva responsabilidade dos/as seus/suas Autores/as não vinculando nem necessariamente correspondendo à posição do Centro de Estudos Judiciários relativamente às temáticas abordadas.

A reprodução total ou parcial dos seus conteúdos e textos está autorizada sempre que seja devidamente citada a respetiva origem.

Forma de citação de um livro eletrónico (NP405-4):

AUTOR(ES) – **Título** [Em linha]. a ed. Edição. Local de edição: Editor, ano de edição.
[Consult. Data de consulta]. Disponível na internet: <URL:>. ISBN.

Exemplo:

Direito Bancário [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

[Consult. 12 mar. 2015].

Disponível na

internet: <URL: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf.

ISBN 978-972-9122-98-9.

Registo das revisões efetuadas ao e-book

Identificação da versão	Data de atualização
1.ª edição –29/05/220	

Crimes de violação e coacção sexual

Enquadramento Jurídico, aspectos práticos e gestão processual

Índice

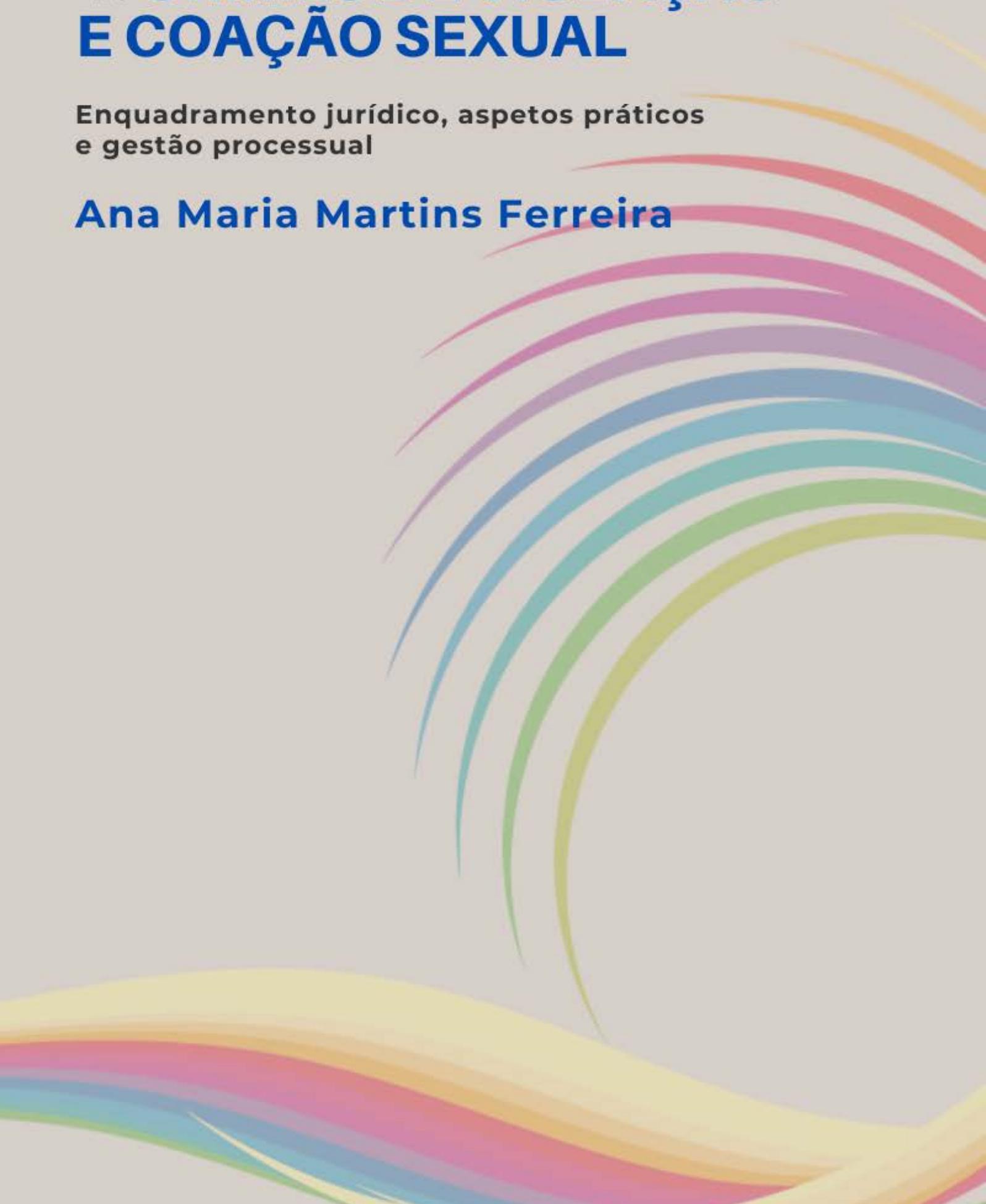
1. Crimes de violação e coacção sexual. Enquadramento Jurídico, aspectos práticos e gestão processual Ana Maria Martins Ferreira	9
2. Crimes de violação e coacção sexual. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual Bárbara Inês Terêncio Aniceto	43
3. Crimes de coacção sexual e violação. Enquadramento jurídico, aspectos práticos e gestão processual Manuel Maria Horta e Vale Otero dos Santos	69
4. Os crimes de violação e coacção sexual. Enquadramento jurídico, aspectos práticos e gestão processual Silvana Gaspar Pascoal	101
5. Crimes de violação e coacção sexual. Enquadramento jurídico, aspectos práticos e gestão processual Tânia Pires	131
Trabalho de grupo	159

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

1. CRIMES DE VIOLAÇÃO E COAÇÃO SEXUAL

**Enquadramento jurídico, aspetos práticos
e gestão processual**

Ana Maria Martins Ferreira



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

1. CRIMES DE VIOLAÇÃO E COACÇÃO SEXUAL. ENQUADRAMENTO JURÍDICO, ASPECTOS PRÁTICOS E GESTÃO PROCESSUAL

Ana Maria Martins Ferreira

- I. Introdução
- II. Objectivos
- III. Resumo
 - 1. O crime de coacção sexual
 - 1.1. Uma breve perspectiva sobre a evolução histórica
 - 1.1.1. Os actuais projectos de Lei – a questão do consentimento
 - 1.2. Natureza do crime, bem jurídico protegido e elementos do tipo
 - 1.3. O acto sexual de relevo
 - 1.3.1. O acto sexual de relevo sob constrangimento
 - 2. O crime de violação
 - 2.1. Uma breve perspectiva sobre a evolução histórica
 - 2.1.1. Os actuais projectos de Lei – a questão do consentimento
 - 2.2. Natureza do crime, bem jurídico protegido e elementos do tipo
 - 2.3. Introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos
 - 3. O concurso entre coacção sexual e violação
 - 4. Penas acessórias
 - 5. Aspectos práticos e gestão processual
- IV. Hiperligações e referências bibliográficas

I. Introdução

O presente guia aborda a temática dos crimes de coacção sexual e de violação, previstos nos artigos 163.º e 164.º, respectivamente, do Código Penal, designadamente, no concernente ao seu enquadramento jurídico, aspectos práticos e gestão processual.

São manifestas as necessidades de prevenção geral positiva decorrentes da grande danosidade que aqueles crimes têm para as vítimas, algumas delas crianças, bem como da frequência com que vêm sendo praticados, especialmente quanto ao crime de violação, o qual muitas vezes é perpetrado no meio familiar.

E, como tal, estas necessidades apelam a respostas rápidas capazes de afastar outros potenciais delinquentes da prática de actos desta natureza, e de gerar na comunidade a convicção de que é efectiva a tutela penal dos bens jurídicos violados.

Por via de regra, os crimes em apreço causam grande alarme e repugnância social, mesmo com vítimas adultas e, mais ainda, quando as vítimas são crianças.

Desde o Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, que o enquadramento dos crimes sexuais alterou significativamente, porquanto passou a tutelar-se, de forma inequívoca a liberdade e autodeterminação sexual da vítima.

Todavia, tendo em conta a frequência com que tais crimes vêm a ser praticados, bem como o efeito devastado que têm na vítima, mormente, no seu nível de desenvolvimento, impõe-se, para tranquilidade da comunidade e dissuasão de potenciais delinquentes, uma expressa intervenção punitiva que pondere as necessidades de prevenção geral sob a forma de exigências mínimas de defesa do ordenamento jurídico, daí a importância de abordagem desta temática.

Ademais, pese embora a neutralidade de género da vítima, o certo é que estes crimes têm atingido, sobretudo, mulheres e crianças, pelo que apesar daquela neutralidade, estes crimes são, nos dias de hoje, incontestavelmente, uma forma de violência de género.

Por isso, o tema deste guia é de extrema actualidade.

Assim, procurar-se-á tecer considerações, numa perspectiva prática, sobre alguns dos problemas que esta criminalidade ocasiona, e ainda, reflectir sobre o objecto do primeiro despacho proferido em sede de Inquérito pelo Magistrado do Ministério Público.

II. Objectivos

O presente Guia pretende proporcionar aos Auditores de Justiça e aos Magistrados do Ministério Público, seus principais destinatários, uma breve abordagem teórica e prática sobre os problemas doutrinários e jurisprudenciais que têm surgido no âmbito deste tipo de criminalidade.

Por outro lado, tendo em conta as necessidades de prevenção geral positiva decorrentes da grande danosidade que estes crimes têm para as vítimas e da frequência com que vêm sendo praticados, impõe-se, desde logo em sede de primeiro despacho, indicar as concretas diligências que devem ser realizadas e os prazos a fixar para a sua realização.

Assim, dada a sua importância, nomeadamente para a obtenção de prova na parte relativa às boas práticas e gestão processual, pretende-se, a título exemplificativo, fornecer pistas sobre o conteúdo do primeiro despacho proferido em sede de inquérito.

III. Resumo

Dada a extensão e complexidade da temática e, na impossibilidade de abordar todas as questões que lhe estão inerentes, decide-se delimitar o objecto do presente guia, nas cinco partes infra descritas, dado o seu relevo e por se considerar que nos dias de hoje ainda suscitam grande controvérsia.

Na primeira parte, com o título *“O crime de coacção sexual”*, será feita uma breve perspectiva sobre a evolução histórica deste crime, dando-se especial enfoque aos actuais projectos de Lei,

designadamente quanto à necessidade ou não de alteração deste normativo, no sentido de passar a constar do mesmo como elemento objectivo o consentimento da vítima.

De seguida serão tecidas breves considerações acerca do bem jurídico protegido com esta incriminação, bem como sobre os seus elementos objectivos e elemento subjectivo, em especial e com recurso a entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, sobre o acto sexual de relevo e sob constrangimento.

Na segunda parte intitulada de “*O crime de violação*” impõe-se também uma breve resenha histórica sobre este normativo, bem como sobre os actuais projectos de Lei e a questão do consentimento.

Posteriormente, será feita uma exposição sumária sobre a natureza do crime, o bem jurídico protegido, bem como sobre os elementos objectivos e elemento subjectivo.

Ainda nesta segunda parte será feita uma análise teórico-prática sobre o conceito de introdução vaginal ou anal de objectos e partes do corpo.

Já na terceira parte, e com recurso a jurisprudência, serão tecidas breves considerações acerca do concurso entre o crime de coacção sexual e o crime de violação.

Após, e na quarta parte, pela sua importância prática será feita uma breve exposição sobre as penas acessórias aplicáveis a este tipo de crimes.

A quinta e última parte, de análise prática, centra-se, essencialmente, no que deve conter o primeiro despacho proferido em sede de inquérito.

1. O crime de coacção sexual

1.1. Uma breve perspectiva sobre a evolução histórica

Dispõe o actual artigo 163.º do DL n.º 48/95, de 15 de Março, alterado pela (Lei n.º 44/2018, de 9 de Agosto (doravante Código Penal), com a epígrafe “Coacção Sexual” que,

“1 – Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, acto sexual de relevo é punido com pena de prisão de um a oito anos.

2 – Quem, por meio não compreendido no número anterior, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar acto sexual de relevo, consigo ou com outrem, é punido com pena de prisão até 5 anos.”

O normativo em causa já foi objecto de diversas alterações legislativas das quais se destacam as efectuadas pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, pela Lei n.º 65/98, de 2 de

Setembro, pela Lei 59/2007, de 4 de Setembro e, mais recentemente, pela Lei 83/2015, de 5 de Agosto.

O Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, alterou significativamente o enquadramento dos crimes sexuais.

Com efeito, nas palavras de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE¹ os crimes sexuais deixaram de ser crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social, para passarem a ser crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual da vítima, ou seja, estes crimes visam, agora, proteger não o interesse da comunidade em geral mas sim a liberdade sexual das vítimas.

Como decorre do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, assinala-se a mudança dos crimes sexuais do capítulo relativo aos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade para o título dos crimes contra as pessoas, onde constituem um capítulo autónomo, sob a epígrafe «Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual», *“abandonando-se na concepção moralista («sentimentos gerais de moralidade»), em favor da liberdade e autodeterminação sexuais, bens eminentemente pessoais”*.

Assim, com esta reforma tipificou-se o crime de coacção sexual,² o qual se assumiu como crime matriz no âmbito dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, porquanto se tratam de condutas que ofendem a liberdade da vontade de qualquer sujeito, mediante, por exemplo, a utilização de ameaça grave ou violência, que aliás, é semelhante a outros tipos de crimes sexuais tipificados, como é o caso do crime de violação previsto e punido pelo artigo 164.º do Código Penal.³

Aquando desta reforma já se discutia em sede de debate parlamentar⁴ o agravamento generalizado das molduras penais quanto aos crimes de natureza sexual, sendo que tal só se veio a verificar significativamente em 2015, quanto ao crime aqui em causa, com a agravação da moldura penal prevista no n.º 2 do mencionado normativo, de 2 para 5 anos.

A Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro, veio além do mais, e quanto a este normativo tipificar no então n.º 2, o crime de assédio sexual.⁵

¹ Como sucedia com os anteriores artigos 201.º a 218.º do Código penal de 1982 – Cfr. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, A Coacção Sexual e a Violação no Código Penal Português *in* Liber Amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70.º Aniversário Estudos de Direito e Filosofia, Coimbra, Almedina, 2009, p. 905.

² Na redacção dada por aquele diploma constava que *“1 - Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, acto sexual de relevo é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos”*.

³ Cfr. LOPES, José Mouraz, MILHEIRO, Tiago Caiado, Crimes Sexuais – Análise Substantiva e Processual, 1.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, pp. 32 a 37.

⁴ Foi proposto pelo Grupo Parlamentar do Partido Comunista Português o aumento generalizado das molduras penais quanto aos crimes de natureza sexual, tendo tal proposta sido rejeitada pelo Grupo Parlamentar do partido Social Democrata e abstenção do Grupo Parlamentar do Partido Socialista.

⁵ No qual constava que *“Quem, abusando de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, constranger outra pessoa, por meio de ordem ou ameaça não compreendida no número anterior, a sofrer ou a praticar acto sexual de relevo, consigo ou com outrem, é punido com pena de prisão até 2 anos.”*

A criminalização destas condutas é uma realidade recente e tem vindo a emergir no âmbito das relações laborais.

Com efeito, pretendeu-se punir os agentes que por deterem uma posição de superioridade relativamente à vítima se aproveitam para extorquir favores sexuais através de ordens, ameaças ou constrangimentos.⁶

Conforme se pode constatar, no âmbito destas reformas é comum aos dois números do referido artigo a consagração de acto sexual de relevo, cujas considerações *infra* se discriminarão.

Todavia, desde já se refira que, embora se tratasse de um conceito indeterminado pretendeu-se com a sua consagração que o mesmo fosse liberto de juízos valorativos ou moralistas.

Isto significa nas palavras de José Mouraz Lopes e de Tiago Caiado Milheiro que, *“(...) é a liberdade sexual de um indivíduo que está em causa e que é tutelada e não a liberdade sexual de uma comunidade”*.⁷

Com a reforma de 2007, o n.º 2 do artigo em causa foi alterado, alargando-se este tipo de crime às situações de abuso de autoridade resultante de uma relação familiar, de curatela ou tutela.

Por sua vez, foi criada uma nova incriminação para as situações em que o agente se aproveita de temor que causou na vítima por forma a praticar consigo actos sexuais de relevo, mas por meio não compreendido no n.º 1 do artigo 163.º do Código Penal.

Ainda no mesmo número, foi retirada a referência à ordem ou ameaça enquanto meio de constrangimento, ou seja, poderá ser qualquer das condutas previstas no artigo em causa que objectivamente consubstancie uma coacção.

Por isso, com a alteração da sua redacção passou a abranger-se por exemplo o aliciamento e a pressão de índole sexual através de mensagens, facebook, email, etc...

Em suma, o que se pretende tutelar no designado crime de assédio sexual é a existência da relação de poder e o seu eventual abuso.

Em 2015, através da Lei n.º 83/2015, de 5 de Agosto, alterou-se o n.º 2 do artigo em causa e deixou de exigir-se que o constrangimento da vítima à prática de actos sexuais de relevo seja através dos meios tipificados naquele, alargando-se desta forma o âmbito incriminatório.

Por outro lado, tendo em conta a necessidade de salvaguarda da tutela das vítimas, agravou-se a moldura penal no n.º 2 para pena de prisão até 5 anos, quando anteriormente era até 2 anos.

⁶ Cfr. obra citada na nota de rodapé 3, p. 44.

⁷ Cfr. Obra citada na nota de rodapé 3, p. 39.

Em cumprimento da Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica, adoptada em Istambul, a 11 de Maio de 2011, comumente conhecida como Convenção de Istambul, designadamente do seu artigo 46.º, alínea e), com a reforma de 2015 foi alterado o artigo 177.º, passando aí a constar no número 4 uma nova incriminação agravante, para situações em que este crime é cometido conjuntamente por duas ou mais pessoas.

1.1.1. Os actuais projectos de Lei – a questão do consentimento

Em respeito pela Convenção de Istambul tem-se discutido a necessidade de alteração da redacção deste crime, bem como quanto ao crime de violação, previsto e punido pelo artigo 164.º do Código Penal, porquanto, se entende, a natureza destes tipos legais deverá radicar na inexistência de consentimento e não na existência de violência.

Por outro lado, os partidos políticos pretendem ainda que se proceda a uma alteração da natureza destes crimes, passando de semi-públicos, para públicos, por se tratarem de assuntos que não podem ficar por investigar.

Assim, a representação parlamentar do PAN, através do Projecto de Lei n.º 1047/XIII/4.^a⁸, o Grupo Parlamentar do Bloco de Esquerda, através do Projecto de Lei N.º 1058/XIII/4.^a⁹, e o Grupo Parlamentar do Partido Socialista, através do Projecto de Lei N.º 1155/XIII/4.^a pretendem que a redacção do normativo em causa seja alterada.¹⁰

⁸ Disponível in www.parlamento.pt. Pretendem que a redacção seja a seguinte:

“1 – Quem, sem o consentimento da outra pessoa, praticar com ela ou levá-la a praticar com outrem, acto sexual de relevo é punido com pena de prisão de um a oito anos.

2 – Se os factos compreendidos no número anterior forem praticados por quem, aproveitando-se das funções ou do lugar que, a qualquer título, exerce ou detém em:

a) Estabelecimento onde se executem reacções criminais privativas da liberdade;

b) Hospital, hospício, asilo, clínica de convalescença ou de saúde, ou outro estabelecimento destinado a assistência ou tratamento; ou

c) Estabelecimento de educação ou correcção;

o agente é punido com pena de prisão de três a nove anos.

3 – Se os factos compreendidos nos números anteriores:

a) tiverem sido precedidos ou acompanhados de violência de considerável gravidade; ou

b) tiverem sido praticados em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade; ou

c) tiverem resultado em danos físicos ou psíquicos graves para a vítima;

o agente é punido com pena de prisão de cinco a dez anos.”

⁹ Disponível in www.parlamento.pt - Pretendem que o artigo 163.º do Código Penal passe a constar da seguinte forma:

“1 – Quem constringer outra pessoa a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, acto sexual de relevo é punido com pena de prisão de um a oito anos.

2 – A tentativa é punível.»

¹⁰ Disponível in www.parlamento.pt. Pretendem que a redacção seja a seguinte:

“1 – Quem constringer outra pessoa a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem e sem o seu consentimento, acto sexual de relevo é punido com pena de prisão até cinco anos.

2 – A conduta prevista no número anterior praticada por meio de violência ou ameaça grave é punida com pena de prisão de um a oito anos.”

Através daqueles Projectos de Lei são apontados como preponderantes para a necessidade de alteração deste normativo, bem como para o crime de violação previsto e punido pelo artigo 164.º do Código Penal, nomeadamente, os seguintes fundamentos:

“(…)

- A violação configura um atentado aos direitos humanos das mulheres;
- De acordo com os dados do RASI 2017, as participações do crime de violação aumentaram, de 2016 para 2017, 21,8% e foram apresentadas 408 queixas às forças de segurança.
- 55% dos casos de violação são praticados por familiares ou conhecidos, sendo que, no abuso sexual de criança, adolescente e menor dependente, há uma relação familiar ou de conhecimento em pelo menos 72% dos casos.
- A realidade mostra que a desculpabilização dos agressores por via da responsabilização das vítimas se mantém actual na cultura judicial. Prova disso são as várias sentenças que têm vindo a público e que continuam a sustentar a ideia das vítimas – na esmagadora maioria mulheres – como as instigadoras, provocadoras, sedutoras, que “se puseram a jeito” e que “estavam a pedi-las”.
- De acordo com dados do Ministério da Justiça, em 2016, das 404 condenações por crimes sexuais a pena suspensa foi aplicada a 58% dos casos. Também entre 2015 e 2016, 30% dos condenados por violação ficaram fora da prisão.
- É no *não consentimento* que radica a violência do acto e a natureza do crime.
- O comando do artigo 36.º da Convenção de Istambul que, com a epígrafe, “violência sexual, incluindo violação”, insta à revisão dos quadros legais no sentido da criminalização de todas as condutas intencionais que impliquem penetração (vaginal, anal ou oral) não consentida, bem como de outros actos, de carácter sexual, não consentidos.
- Deve-se proceder à eliminação do n.º 2 do Artigo 164.º previsto no actual Código Penal, pelos equívocos que estabelece, como se houvesse uma legitimação da violação pelo uso da autoridade ou da dependência, eliminando ambiguidades interpretativas e esta incompreensível gradação de um crime que, em qualquer dos casos, é cometido “sem consentimento”.
- Nos casos de coacção sexual, as condenações a prisão efectiva são tão residuais, que estão protegidas pelo segredo estatístico, existindo, porém, a certeza de que das 32 condenações por este crime em 2016 (incluindo as tentativas e os casos agravados) 23 terminaram em penas de prisão suspensa.

- O Relatório de Avaliação promovido pelo GREVIO (Grupo de Peritos sobre a Acção contra a Violência contra as Mulheres e Violência Doméstica), divulgado no passado dia 21 de Janeiro de 2019, com incidência na aplicação da Convenção de Istambul em Portugal, aponta insuficiências e recomendações que importa ponderar em termos de iniciativa política e legislativa pelos diferentes poderes públicos, nomeadamente no que concerne ao enquadramento penal dos crimes de violação e coacção sexual.

Tendo em conta o supra exposto, entende-se, salvo o devido respeito por opinião contrária, que se deve proceder a uma alteração deste tipo legal no sentido de ser suficiente a falta de consentimento para subsumir a conduta do agente ao crime de coacção sexual ou de violação (como se explicará), e isto porque:

Dispõe o artigo 36.º, n.ºs 1 e 2, da Convenção de Istambul, com a epígrafe “*Violência sexual, incluindo violação*” que:

“1. As Partes deverão adoptar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar a criminalização da conduta de quem intencionalmente:

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

2. O consentimento tem de ser prestado voluntariamente, como manifestação da vontade livre da pessoa, avaliado no contexto das circunstâncias envolventes.”

Conforme prevê o artigo 8.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, “*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*”.

Tendo Portugal ratificado a Convenção de Istambul, está por força daquele normativo obrigado a cumprir integralmente o conteúdo daquele instrumento internacional.

Assim sendo, de uma simples leitura do artigo 36.º da Convenção de Istambul, facilmente se constata que, para efeitos do elemento objectivo dos crimes sexuais, o que releva não é a existência ou não de violência, mas sim a existência ou não de consentimento por parte da vítima.

Por conseguinte, e face à actual redacção do artigo 163.º do Código Penal, conclui-se que o mesmo não reveste uma correcta interpretação e aplicação do teor da Convenção de Istambul no que concerne à definição do elemento típico objectivo deste crime, uma vez que as condutas aí tipificadas têm que ser praticadas com recurso à violência, o que desde já se diga, vai contra o espírito da convenção.

De facto, decorre desde logo do artigo 1.º, n.º 1, alínea a), da Convenção de Istambul, que a mesma tem como finalidade proteger as mulheres contra todas as formas de violência (sendo certo que neste tipo de crime a vítima tanto pode ser mulher como homem), e isto só poderá significar que a falta de consentimento, é por si só, uma forma de violência.

Neste sentido, entende a APAV no contributo que deu no âmbito da apresentação pelo PAN do Projecto de Lei n.º 1047/XIII/4.ª que, *“Cada vítima, como decorre da sua condição humana, tem uma forma distinta de reagir perante a prática de um crime sexual. O medo e o sentimento de impotência podem determinar uma reacção de “congelamento”, normal e recorrente entre vítimas de violência sexual. Deste modo, não é de todo razoável que o preenchimento do tipo legal implique um esforço físico acrescido, impondo a quebra da barreira da resistência”*.

Em suma, salvo o devido respeito por opinião contrária, entende-se que a redação actual do crime de coacção sexual deve ser alterada, centrando-se, de forma inequívoca, aquelas condutas na falta de consentimento, podendo a sua prática com recurso a violência ou ameaça grave operar como agravante do tipo legal.

1.2. Natureza do crime, bem jurídico protegido e elementos do tipo

O bem jurídico protegido pela incriminação é a liberdade de decidir e de actuar, ou seja, a liberdade de decisão e de realização da vontade.

Isto significa que o bem jurídico protegido no crime de coacção sexual é a liberdade da pessoa escolher o seu parceiro sexual e de dispor livremente do seu corpo.

Conforme se entendeu no **Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 13.01.2016, processo n.º 53/13.1GESRT.C1, em que foi Relator o Desembargador Orlando Gonçalves**, disponível in www.dgsi.pt *“Esta liberdade de decisão e liberdade de acção são como que o lado interno e o lado externo da liberdade de acção. Nesta medida, o crime de coacção não só abrange as acções que apenas restringem a liberdade de (decisão) e de acção – as acções de constrangimento em sentido estrito, ou seja a tradicional vis compulsiva –, mas também as acções que eliminam, em absoluto, a possibilidade de resistência – a chamada vis absoluta – bem como as acções que afectem os pressupostos psicológico-mentais da liberdade de decisão, isto é a própria capacidade de decidir”*.

Este tipo de ilícito não estabelece diferença de género, ou seja, tanto o agente como a vítima podem ser de qualquer sexo.

Portanto, a vítima pode ser qualquer pessoa, incluindo uma criança, sendo certo que nesse caso, as penas previstas são agravadas de metade, nos seus limites mínimos e máximos se a vítima tiver menos de 14 anos, e de um terço se a vítima tiver menos de 16 anos, nos termos dos n.ºs 6 e 7 do artigo 177.º do Código Penal.

Quanto ao tipo objectivo da coacção sexual consiste **no constrangimento de outra pessoa a sofrer ou a praticar com o agente ou com outrem acto sexual de relevo**, sendo certo que o n.º 1 exige que a conduta coactiva do agente seja exercida através de violência ou com ameaça grave¹¹ ou depois de, para esse fim, ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir a vítima.

Refira-se ainda que, o crime de coacção sexual só admite a sua imputação a título doloso, o que resulta desde logo da inexistência da previsão da sua punição a título de negligência, nos termos do artigo 13.º do Código Penal.

Quanto à natureza deste crime, conforme decorre do artigo 178.º, n.º 1, do Código Penal é um crime semi-publico, uma vez que depende de queixa para que se inicie o procedimento criminal, excepto se o crime for praticado contra menor ou dele resultar suicídio ou morte da vítima, caso em que o crime assumirá a natureza pública.

Acresce que, nos termos do artigo 178.º, n.º 2, do Código Penal, quanto à natureza do crime, passou a constar que “ – Quando o procedimento pelos crimes previstos nos artigos 163.º e 164.º depender de queixa, o Ministério Público pode dar início ao mesmo, no prazo de seis meses a contar da data em que tiver tido conhecimento do facto e dos seus autores, sempre que o interesse da vítima o aconselhe.”

Isto significa nas palavras de José Mouraz Lopes e de Tiago Caiado Milheiro que “*Trata-se nesta opção de salvaguardar solução normativa que atenda à vontade da vítima, no sentido de não querer expor-se num processo criminal, de forma consciente e autodeterminada, mas salvaguardando outras situações em que por via de condicionamentos de ordem psicológica, a mesma não apresenta queixa.*”¹²

Assim sendo, também nos casos em que a vítima de forma livre e consciente não quer a continuação do procedimento criminal, o Ministério Público não pode ultrapassar a sua vontade e continuar com tal procedimento.

1.3. O acto sexual de relevo

Elemento do tipo objectivo é o acto sexual de relevo, o qual se encontra previsto em outros tipos penais, como é o caso do artigo 164.º do Código Penal.

Conforme já mencionado, embora se trate de um conceito indeterminado, pretendeu-se com a sua consagração que o mesmo fosse isento de conteúdos moralistas.

Este conceito teve na sua origem no Código Penal Alemão de 1975, que no artigo 184.º definia acções sexuais como “aquelas que, em relação com o respetivo bem jurídico protegido, são, de alguma maneira, relevantes.”

¹¹ Cfr. As considerações que infra se descreverão no capítulo 2 quanto a estes meios.

¹² Cfr. Obra citada na nota de rodapé 3, p. 35.

Como tal, embora não se defina o conteúdo de acção sexual, aquele artigo exige que a acção sexual, para efeitos criminais seja, por si só, relevante.¹³

Quanto à definição de relevo no âmbito dos actos sexuais entende a doutrina, designadamente, M. MIGUEZ GARCIA e J.M. CASTELA RIO¹⁴ que serão actos sexuais de relevo *“os que não sendo irrelevantes, se mostram, quando encarados na sua globalidade e de acordo com o modo e intensidade do agir, perigosos para o bem jurídico protegido com a incriminação”*.

A propósito da dificuldade de concretização do que é ou não acto sexual de relevo a jurisprudência a doutrina têm vindo a pronunciar-se.

Com efeito, M. MIGUEZ GARCIA e J.M. CASTELA RIO¹⁵ têm entendido que um acto é sexual quando *“tem por objecto directo o sexo humano e pelo menos envolve o próprio corpo ou corpo de outrem; são desde logo todas as acções que de acordo com a sua aparência externa permitem reconhecer a sua relação com o sexo”*.

Já para PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE¹⁶ o acto sexual de relevo será toda a *“acção de conotação sexual de uma certa gravidade objectiva realizada na vítima.”*

A jurisprudência tem-se pronunciado quanto ao que se deve entender por acto sexual de relevo e assim:

- No **Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 02.02.2009, processo n.º 1766/08-2 em que foi relatora a Juíza Desembargadora Teresa Baltazar**, disponível in www.dgsi.pt, entendeu-se que é um acto sexual de relevo, *“ todo o comportamento destinado à libertação e satisfação dos impulsos sexuais (ainda que não comporte o envolvimento dos órgãos genitais de qualquer dos intervenientes) que ofende, em grau elevado, o sentimento de timidez e vergonha comum à generalidade das pessoas.”* Como tal, no caso concreto, (...) ao agarrar com força na zona das ancas e imobilizando a ofendida, que havia perseguido, então com 15 anos de idade, que fazia o percurso para a escola, apesar da oposição desta e dos esforços que fazia para se libertar, oferecendo sincera e inequívoca resistência, virando-a para si, a fim de a submeter aos seus intentos libidinosos, colocando-lhe as mãos no peito e apertando-lhe os seios, praticou o arguido, então com 40 anos de idade, com violência, acto sexual de relevo.”
- No **Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 27.06.2012, processo n.º 286/10.2JACBR.C1 em que foi relatora a Juíza Desembargadora Olga Maurício**, disponível in www.dgsi.pt, considerou-se que o arguido pratica, por meio de violência, acto sexual de relevo e, assim, o crime de coacção sexual o arguido que, procurando um local isolado, sem casas nem pessoas por perto, dentro do seu automóvel agarra

¹³ Cfr. Obra citada na nota de rodapé 3, p. 37.

¹⁴ GARCIA, M. Miguez e RIO, J.M. Castela, Código Penal – Parte Geral e Especial, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2015, p. 720.

¹⁵ Cfr. Obra citada na nota de rodapé 14, p. 720.

¹⁶ Cfr. Obra citada na nota de rodapé 1, p. 908.

com força o braço da ofendida, beija-a na cara ao mesmo tempo que, com a sua mão livre, lhe acaricia os seios.

- No **Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 13.01.2016, processo n.º 53/13.1GESRT.C1 em que foi Relator o Juiz Desembargador Orlando Gonçalves**, disponível in www.dgsi.pt, entendeu-se que consubstancia “Acto sexual de relevo” “(...) *todo aquele comportamento que de um ponto de vista essencialmente objectivo pode ser reconhecido por um observador comum como possuindo carácter sexual e que em face da espécie, intensidade ou duração ofende em elevado grau a liberdade de determinação sexual da vítima*”.

No acórdão em causa entendeu-se que o arguido naquelas circunstâncias de tempo e lugar, ao abordar a vítima, agarrando-a pelas costas, prendendo-lhe ambos os braços junto do tronco, impedindo-a assim de se mover, e após, tentando beijá-la à força, enquanto a mesma tentava libertar-se do arguido, bem como o facto de, posteriormente, o arguido ter conseguido beijar a vítima na face, após o que lhe mordeu a orelha direita, enquanto oscilava as ancas para trás e para a frente, encontrando-se já de frente para a mesma, integrava o conceito de acto sexual de relevo.

- No **Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13.03.2013, processo n.º 1159/11.7JAPRT.P1, em que foi Relator o Juiz Desembargador Alves Duarte**, disponível in www.dgsi.pt, entendeu-se que “Acto sexual é o comportamento que objectivamente assume um conteúdo ou significado reportado ao domínio da sexualidade da vítima, podendo estar presente um intuito libidinoso do agente, conquanto a incriminação persista sem esse intuito”.

Mais se considerou como acto sexual de relevo o comportamento pelo qual um homem adulto dá beijos na boca, mexe nos seios, mexe na vagina de uma menor de doze anos, ainda que por sobre a roupa, e lhe exhibe o pénis, perguntando-lhe se gostava do que tinha visto.

Assim, em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual apontam-se como exemplos de actos sexuais de relevo, os designados de relevo qualificado como por exemplo: cópula, coito anal e coito oral, introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos e ainda, os actos sexuais de relevo (para além daqueles qualificados): a excitação do clitóris, masturbação do pénis, passar as mãos pelas coxas, seios ou órgãos genitais.¹⁷

Por contraposição existem determinados actos sexuais que não podem ser considerados de relevo para efeitos de incriminação.

Como se constatou, o conceito de acto sexual de relevo não é objectivo nem está definido, necessitando de ser analisado perante o caso concreto.

¹⁷ Cfr. Obra citada na nota de rodapé 14, p. 719.

Assim, o simples acto de beijar na boca, pode ou não, consoante o caso concreto integrar o acto sexual de relevo.

Nesse sentido e a título de exemplo, decidiu-se no **Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 21.06.2006, processo n.º 0610510, em que foi Relator o Juiz Desembargador Guerra Banha**, disponível in www.dgsi.pt, que *“Provando-se apenas que houver beijos na boca e carícias não concretizados, não se sabendo se os beijos eram curtos ou prolongados, se se limitaram a mero toque dos lábios ou foram acompanhados, de contacto das línguas, e se as carícias foram em alguma das partes erógenas do corpo ou se ficaram por simples toques nas costas, não se está perante “acto sexual de relevo”.*

Então qual será o critério a utilizar para distinguir aqueles actos sexuais “irrelevantes” para efeitos de incriminação dos actos sexuais de relevo?

Tendo em conta o vindo de expor, entende-se que a destriça entre tais actos terá que ser feita na perspectiva do bem jurídico protegido, ou seja, serão considerados actos sexuais de relevo todos os actos sexuais graves, que objectivamente representem uma importante limitação para a liberdade de determinação sexual da vítima.

1.3.1. O acto sexual de relevo sob constrangimento

A reforma de 2015 eliminou das circunstâncias típicas do designado crime de “assédio sexual” previsto e punido no n.º 2 do artigo 163.º do Código Penal a referência à relação hierárquica, económica ou de trabalho, à relação familiar de tutela ou curatela, ao abuso de autoridade, e ao aproveitamento de temor que causou, passando-se a consagrar um tipo legal mais aberto.

No caso em apreço a conduta típica subsume-se a qualquer comportamento que constranja a vítima a sofrer ou a praticar com o agente ou com outrem acto sexual de relevo.

No caso concreto e por contraposição ao n.º 1 do artigo em causa excluem-se deste tipo legal as condutas mencionadas praticadas através de violência, ameaça grave, ou depois de para esse fim ter tornado a vítima inconsciente ou na impossibilidade de resistir.

Constranger significa *“(…) coagir, compelir, forçar, impor, obrigar”*.¹⁸

Por conseguinte *“a existência de qualquer acto de coacção, que concretize o constrangimento, do qual resulte a prática de acto sexual de relevo, é assim o elemento típico indispensável para que se concretize o crime”*.¹⁹

No caso concreto a questão do não consentimento é importante para se concluir se a conduta em causa é ou não subsumível ao tipo legal.

¹⁸ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 30.11.2016, processo n.º 43/13.4JAPRT.P1, em que foi Relator o Desembargador Luís Coimbra, disponível in www.dgsi.pt.

¹⁹ Cfr. Obra citada na nota de rodapé 3, p. 47.

A ausência de consentimento, seja ela exteriorizada de forma expressa ou mediante comportamentos implícitos da vítima através dos quais o agente conheça esse não consentimento, pode configurar a prática daquele crime.

Apesar de não ter sido utilizada a violência ou ameaça grave a vítima não deu o seu consentimento e, portanto, o acto sexual de relevo praticado foi contra a sua vontade.

Deste modo, e, pese embora o legislador não tenha assumido de forma expressa o que a convenção de Istambul estabelece no seu artigo 36.º relativamente ao não consentimento da vítima, o certo é que, tendo em conta o que neste subcapítulo se expôs, o legislador procurou respeitar as obrigações assumidas através da Convenção de Istambul, muito embora ainda se encontre aquém do que a mesma estabelece.

2. O crime de violação

2.1. Uma breve perspectiva sobre a evolução histórica

Dispõe o actual artigo 164.º do Código Penal, com a epígrafe “Violação”, que:

“1 – Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa:

a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou

b) A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos;

é punido com pena de prisão de três a dez anos.

2 – Quem, por meio não compreendido no número anterior, constranger outra pessoa:

a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou

b) A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos;

é punido com pena de prisão de 1 a 6 anos.

O normativo em causa já foi objecto de diversas alterações legislativas, das quais se destacam as efectuadas pela Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro, pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro e mais recentemente pela Lei n.º 83/2015, de 5 de Agosto.

O Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, no seu artigo 164.º consagrava a seguinte redacção quanto a este tipo legal de crime:

“1 - Quem tiver cópula com mulher, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para realizar a cópula, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, ou, ainda, pelos mesmos meios, a constranger a tê-la com terceiro, é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos.

2- Com a mesma pena é punido quem, nos termos previstos no número anterior, tiver coito anal com outra pessoa, ou a constranger a tê-lo com terceiro.”

Duma simples leitura facilmente se constata que aquele normativo apenas consagrava a dimensão da cópula com mulher.

Portanto, com a reforma operada pela Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro²⁰ o n.º 1 do artigo em causa sofreu alterações.

Como principais alterações destaca-se a mudança de paradigma quanto ao facto de a vítima do crime sexual poder ser um homem ou mulher, eliminando-se a expressão “cópula com mulher”.

Por outro lado, equiparou-se à cópula o coito anal ou o coito oral enquanto actos sexuais de relevo.

Esta opção teve por base o Código Penal Francês de 1994, o qual consagrava a doutrina designada por *“toute pénétration”*, que considerava ser violação *“(…) todo o acto de penetração sexual de qualquer natureza que seja cometido sobre pessoa por outrem por violência, constrangimento, ameaça ou surpresa”*.²¹

Acresce que o seu número 2 ganha uma nova formulação, criando assim o crime de violação-assédio, ou seja, criminaliza-se determinadas condutas sexuais praticadas 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 número 1 do artigo em causa.

Com a reforma de 2007²², equiparou-se para efeitos do crime de violação, à cópula, coito anal ou coito oral, a “introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos”.

Relativamente ao número 2, alargou-se o âmbito do assédio às situações de relação familiar, de tutela, ou curatela e o aproveitamento do temor causado, por qualquer meio não compreendido no número 1 e eliminou-se a referência à ordem ou ameaça.

²⁰ O artigo 164.º passou a ter a seguinte redacção:

“1 - Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos.

2 - Quem, abusando de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, constranger outra pessoa, por meio de ordem ou ameaça não compreendida no número anterior, a sofrer ou a praticar cópula, coito anal ou coito oral, consigo ou com outrem, é punido com pena de prisão até 3 anos.”

²¹ Cfr. Obra citada na nota de rodapé 3, p. 58.

²² A redacção dada pela Lei n.º 59/2007, de 5 de Setembro, ao artigo 164.º foi a seguinte:

1 - Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa:

a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou

b) A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos; é punido com pena de prisão de três a dez anos.

2 - Quem, por meio não compreendido no número anterior e abusando de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, ou aproveitando-se de temor que causou, constranger outra pessoa:

a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou

b) A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos; é punido com pena de prisão até três anos.”

Em 2015, através da Lei n.º 83/2015, de 5 de Agosto, alterou-se o n.º 2 do artigo em causa eliminou-se a referência aos casos de abuso de autoridade e relações hierárquicas, familiares, económicas ou de trabalho e passou apenas a exigir-se para o seu preenchimento o constrangimento por “meios não compreendidos no número anterior”, deixando a formulação anterior apenas para os casos de agravação presentes na alínea b) do número 1 do artigo 177.º do Código Penal.

Acresce ainda que se agravou a moldura penal do crime previsto no n.º 2 do artigo em causa, que passou a estar fixada entre 1 a 6 anos, quando anteriormente era até 3 anos.

Em cumprimento da Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica, dotada em Istambul, a 11 de Maio de 2011, comumente conhecida como Convenção de Istambul, designadamente do seu artigo 46.º, alínea e), com a reforma de 2015 foi alterado o artigo 177.º, passando aí a constar no n.º 4 uma nova incriminação agravante, para situações em que este crime é cometido conjuntamente por duas ou mais pessoas.

2.1.1. Os actuais projectos de Lei – a questão do consentimento

Conforme já mencionado no subcapítulo 1.1.1, e cujas considerações nos abstermos de repetir, em respeito pela Convenção de Istambul tem-se discutido, também a necessidade de alteração da redação deste crime porquanto a natureza do mesmo deverá radicar na inexistência de consentimento e não na existência de violência, seja física ou moral.

Relativamente a este normativo também o Grupo Parlamentar do Bloco de Esquerda, através do PROJETO DE LEI N.º 1058/XIII/4.^a²³, o PAN através do Projecto de Lei n.º 1047/XIII/4.^a²⁴, e o

²³ Disponível in www.parlamento.pt – Pretendem que a redacção seja a seguinte:

“1 - Quem constranger outra pessoa, nomeadamente:

a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou

b) A sofrer introdução vaginal, anal ou oral de partes do corpo ou objectos; é punido com pena de prisão de cinco a dez anos.

2- A tentativa é punível. “

²⁴ Disponível in www.parlamento.pt – Pretendem que seja esta a redacção do normativo:

“1- Quem sem o consentimento de outra pessoa:

a) praticar com ela ou levá-la a praticar com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou

b) proceder à introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos;

é punido com pena de prisão de seis a doze anos.

2- Se os factos compreendidos no número anterior forem praticados por quem, aproveitando-se das funções ou do lugar que, a qualquer título, exerce ou detém em:

a) Estabelecimento onde se executem reacções criminais privativas da liberdade;

b) Hospital, hospício, asilo, clínica de convalescença ou de saúde, ou outro estabelecimento destinado a assistência ou tratamento; ou

c) Estabelecimento de educação ou correcção;

o agente é punido com pena de prisão de seis a catorze anos

3- Se os factos compreendidos nos números anteriores:

a) tiverem sido precedidos ou acompanhados de violência de considerável gravidade; ou

b) tiverem sido praticados em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade; ou

c) tiverem resultado em danos físicos ou psíquicos graves para a vítima; ou

d) tiverem resultado no suicídio ou morte da vítima;

o agente é punido com pena de prisão de seis a dezasseis anos.”

Grupo parlamentar do Partido Socialista através do PROJETO DE LEI N.º 1155/XIII/4.^a²⁵ pretendem que a redacção do artigo 164.º do Código Penal seja alterada.

Através daqueles projectos de Lei são apontados como preponderantes para a necessidade de alteração deste normativo, os fundamentos já mencionados no subcapítulo 1.1.1. e que para o caso aqui se aplicam.

Por conseguinte, tendo em conta o exposto entende-se que se deve proceder a uma alteração deste tipo legal no sentido de ser suficiente a falta de consentimento para subsumir a conduta do agente ao crime de violação e isto porque:

– Desde logo, e como já acima mencionado, em respeito pelo artigo 36.º da Convenção de Istambul.

– Como tal a redacção actual do crime de violação, deve centrar-se na falta de consentimento, operando a sua prática com recurso a violência ou ameaça grave, como agravante do tipo legal e não como elemento do tipo.

Conforme é consabido, o crime de violação é um dos crimes que, ainda hoje, assume maior repercussão social.

E se é certo que o agente e a vítima podem ser homem ou mulher, também não é menos certo que este crime atinge actualmente, sobretudo, mulheres, consubstanciando-se como uma forma de violência de género e uma das mais perceptíveis.

Com efeito, de acordo com os recentes dados do Relatório Anual de Segurança Interna de 2018²⁶, 88.8% das vítimas no crime de violação são do sexo feminino.

Por outro lado, resulta ainda daquele relatório que no âmbito dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, o crime de violação assume-se como o segundo crime onde houve maior número de detidos (70) e o terceiro com maior percentagem de inquéritos iniciados (17,6%).

Não se pode olvidar também, que na sociedade o crime de violação assume uma carga extremamente negativa, consubstanciando-se como a forma mais grave de violação da dignidade e liberdade sexual de uma pessoa.

²⁵ Disponível in www.parlamento.pt. Pretendem que conste da seguinte forma:” 1 – Quem, sem o seu consentimento, constranger outra pessoa:

a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou

b) A sofrer introdução vaginal, anal ou oral de partes do corpo ou objectos; é punido com pena de prisão de um a seis anos.

2 - As condutas previstas no número anterior praticadas por meio de violência ou ameaça grave são punidas com pena de prisão de três a dez anos.”

²⁶ Cfr. páginas 45 a 46, disponível in www.portugal.gov.pt.

Por outro lado, não se pode esquecer a dificuldade da prova da violência exercida sobre a vítima.

Ademais, é importante referir que o bem jurídico protegido pelo crime de violação (liberdade e autodeterminação sexual) encontra-se constitucionalmente protegido no artigo 25.º da Constituição da República Portuguesa.

Assim sendo, face ao descrito e em respeito pelas finalidades da Convenção de Istambul, conclui-se, salvo o devido respeito por opinião contrária que a falta de consentimento é por si só uma forma de violência, pelo que bastará essa falta para a subsunção da conduta ao crime de violação.

2.2. Natureza do crime, bem jurídico protegido e elementos do tipo

O crime de violação, conforme decorre do artigo 178.º, n.º 1, do Código Penal, é um crime semi-público²⁷ porquanto depende de queixa para que se inicie o procedimento criminal, excepto se o crime for praticado contra menor ou dele resultar suicídio ou morte da vítima, caso em que o crime assumirá a natureza pública.

Por sua vez, resulta do artigo 178.º, n.º 2, do Código Penal que, *“Quando o procedimento pelos crimes previstos nos artigos 163.º e 164.º depender de queixa, o Ministério Público pode dar início ao mesmo, no prazo de seis meses a contar da data em que tiver tido conhecimento do facto e dos seus autores, sempre que o interesse da vítima o aconselhe”*.

Por conseguinte, também nos casos em que a vítima de forma livre e consciente não quer a continuação do procedimento criminal, o Ministério Público não pode ultrapassar a sua vontade e continuar com tal procedimento.

Materialmente, o crime de violação é um caso especial de coacção sexual em que o acto sexual de relevo pode ser a cópula, o coito anal ou o coito oral e protege o mesmo bem jurídico, ou seja, a liberdade sexual.

Relativamente aos elementos do tipo previstos no n.º 1 do artigo 164.º do Código Penal são eles:

– O constrangimento da vítima:

a) A sofrer ou praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral, ou a

b) Sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos

– Por meio de violência, ameaça grave ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir.

²⁷ Tem-se debatido nomeadamente em sede parlamentar a necessidade de alterar a natureza deste tipo de crime, atribuindo-lhe a natureza pública, porquanto tendo em conta a sua gravidade, bem como o interesse da vítima concretizado na sua liberdade sexual, há a necessidade de acautelar interesses públicos, os quais não podem depender da vontade de particulares apresentarem ou não queixa.

Este constrangimento terá que ser exercido mediante o uso de violência, ameaça grave ou depois de para esse fim ter tornado a vítima inconsciente ou tê-la posto na impossibilidade de resistir.

Tem entendido a jurisprudência²⁸ que, *“Relevante para o preenchimento do conceito de violência exigido no tipo de crime de violação do artigo 164.º é a idoneidade dos actos praticados sobre a vítima para cercear a sua liberdade sexual, sendo, conseqüentemente, decisivo que esses actos, pelo seu modo de execução, denotem ausência de consentimento daquela, em nexos causal com a violência sobre o corpo ou psiquismo da mesma, uma e outra aferidas segundo as condições pessoais e particulares da visada”*.²⁹

Já quanto à ameaça grave entende a jurisprudência^{30 31} e alguma doutrina que, *“(…) trata-se de posicionar vítima ante a iminência da verificação de violência, provocando-lhe tal temor que a determine à cópula, ao coito anal ou ao coito oral (cf. Sénio Alves, ob. cit., pp. 32-33).” Há assim grave ameaça “quando o agente procura incutir na vítima, por forma invencível, a consciência de que, se não anuir aos seus propósitos de relacionamento sexual, ele exercerá um mal maior sobre si ou sobre alguém da sua particular afeição”* (conf. Leal Henriques/Simas Santos, ob. cit. – 2.º Volume, 1996 –, pp. 239-240).³²

Sendo certo também que a gravidade da ameaça deve ser aferida de acordo com o caso concreto e adquirir uma natureza iminente na sua realização que, na prática, não dê alternativa à vítima que não a de se sujeitar à prática do acto sexual qualificado, pelo que, na aferição de tal gravidade, devem ter-se também em conta factores como: a concreta pessoa da vítima e sua idade, o contexto social e familiar em que se insere, por forma a concluir se aquela ameaça *“tem a medida suficiente para incorporar este meio típico de coacção”*.³²

Importa, no entanto, atender à diferença que a própria Lei estabelece entre a utilização de violência, ameaças graves ou de meios que a coloquem na impossibilidade de resistir.

No concernente aos meios de actuação, à violência e à ameaça grave equiparam-se as situações em que o agente, para realizar a cópula, o coito anal, oral ou introdução vaginal ou anal de objectos ou de partes do corpo, torna a vítima inconsciente ou coloca-a na impossibilidade de resistir. Significa isto que a inconsciência ou impossibilidade de resistência física são causadas pelo agente, com vista a atingir aqueles fins pretendidos.

²⁸ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 17.12.2014, processo n.º 465/11.5TALRA.C1 em que foi Relatora a Juíza Desembargadora Maria José Nogueira, disponível in www.dgsi.pt

²⁹ Quanto ao conceito de violência a doutrina encontra-se dividida, sendo que Figueiredo Dias e Paulo Pinto de Albuquerque entendem que não cabe aqui o uso de violência psicológica. Diferentemente, admitindo a violência psíquica, ver Sénio Manuel dos Reis Alves.

³⁰ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30.11.2016, processo n.º 43/13.4JAPRT.P1 em que foi Relator o Juiz Desembargador Luís Coimbra, disponível in www.dgsi.pt.

³¹ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 25.06.2014, processo n.º 238/13.0JACBR.C, em que foi Relator o Juiz Desembargador Jorge Dias, disponível in www.dgsi.pt. No mesmo acórdão é mencionado que *“Já o Desembargador Sénio Alves, defende (...) A “grave ameaça” é algo diferente, de um ponto de vista qualitativo. Consiste, penso, no colocar a vítima perante a iminência da verificação da violência (física ou moral) provocando-lhe um tal temor que a determine à cópula”* e *“Simas Santos e Leal Henriques dizem que há grave ameaça “quando o agente procura incutir na vítima, por forma invencível, a consciência de que, se não anuir aos seus propósitos de relacionamento sexual, ele exercerá um mal maior sobre si ou sobre alguém da sua particular afeição”*.

³² *Idem*.

O crime de violação, previsto no n.º 1 do artigo 164º, define-se como um crime de execução vinculada, ou seja, para o seu preenchimento são necessários meios típicos de constrangimento.

Por sua vez, a violação prevista no n.º 2 é um crime de execução livre, pois pode ser cometida por qualquer meio não compreendido no número anterior.

Este crime só admite a sua imputação a título doloso, o que resulta desde logo da inexistência da previsão da sua punição a título de negligência, nos termos do artigo 13.º do Código Penal.

A cópula foi a primeira conduta a ser criminalizada e, actualmente, é pacificamente definida como “*resultado de uma relação heterossexual de conjugação carnal entre órgãos sexuais masculinos e femininos, que, como tal, exige sempre a introdução completa ou incompleta do órgão sexual masculino na vagina, o que afasta a equiparação com a chamada cópula vestibular ou vulvar*”³³,³⁴

Portanto, a cópula está equiparada ao coito anal e oral, sendo todos eles actos sexuais de relevo designados de qualificados.

Por sua vez, a introdução vaginal ou anal de partes do corpo equipara-se à cópula, ao coito anal ou oral.

Daí a doutrina vir designando tais actos como *cópulas impróprias*, desde que haja penetração.³⁵

M. Miguez Garcia e J. M. Castela Rio consideram existir quatro actos sexuais de relevo qualificados, a cópula e a cópula impropria que serão: o coito anal, o coito oral e a introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos.³⁶

Por último e a título complementar refira-se que, neste caso, bem como no crime de coacção, em caso de condenação por qualquer destes crimes, o cancelamento definitivo do registo criminal só ocorre decorridos 25 anos sobre a extinção da pena, principal ou de substituição, ou medida de segurança, e desde que, entretanto, não tenha ocorrido nova condenação por crime, de acordo com o disposto no n.º 4 da Lei n.º 113/2009, de 17 de Setembro.

2.3. Introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos

³³ “(...) quando o acto sexual consubstanciado no contacto externo dos órgãos sexuais masculinos e femininos atinge a consumação pela *emissio seminis*, sem que se tenha verificado penetração do pénis na vagina – é um acto sexual de relevo para efeitos do crime de coacção sexual” Cfr. Obra citada na nota de rodapé 3, p. 61.

³⁴ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 29.10.2008, processo n.º 08P2874 em que foi Relator o Juiz Conselheiro Santos Cabral, disponível in www.dgsj. A este propósito cfr. O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 02.07.2013, processo n.º 32/10.OPLLRS.L1-5, em que foi Relator o Juiz Desembargador José Adriano, disponível in www.dgsj.pt.

³⁵ Cfr. obra citada na nota de rodapé 14, p. 735.

³⁶ *Idem*.

A conduta punível mais recentemente aditada a este normativo – sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos – suscita algumas questões, a saber:

– Ao contrário do que se prevê na alínea a) onde se pune não só o acto de sofrer mas também o acto de praticar consigo ou com outrem cópula, coito anal ou coito oral, no que respeita aquela nova conduta apenas se prevê e pune o acto de quem sofre a penetração.

Como tal, quererá isto significar, sem se compreender, que o acto de a vítima ser, por meio de violência, ameaça grave ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, obrigada a praticar consigo ou com outrem, uma introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos não consubstancia o crime de violação, mas pode eventualmente constituir crime de coacção sexual.

Portanto e nestas situações o legislador não previu a possibilidade de ser a própria vítima a praticar a conduta contra a sua vontade, e tal ser também punível a título de violação.

Entende-se que tal conduta não é menos traumática nem menos ofensiva para a vítima do que no caso de ser o autor do crime a penetrar a vítima com um objecto ou uma parte do corpo.

Também nestes casos se entende que o cerne do problema deve ser resolvido de forma inequívoca no consentimento ou não da vítima para a prática de tais actos, sejam eles por si praticados ou nas situações em que é obrigada a praticar tais condutas com outrem ou a sofrê-las.

Em todos estas condutas deveria ser a falta de consentimento da vítima que deveria prevalecer como fronteira entre o que é um ilícito criminal e não criminal.

Relativamente à introdução vaginal de objectos tem entendido a doutrina, nomeadamente, José Mouraz Lopes e de Tiago Caiado Milheiro, que, para além dos objectos pré-destinados à actividade sexual, actualmente *“qualquer objecto, no sentido de coisa material que pode ser percebida pelos sentidos, pode consubstanciar uma forma típica do crime”*.³⁷

Mas como refere Maria do Carmo Silva Dias, desde que *“tenham aptidão para entrar nas cavidades vaginal ou anal”*.³⁸

Defende ainda esta autora que a introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou de objectos *“(…) terá que ser um acto análogo ao coito anal, oral ou à cópula, pelo que se deve surpreender uma acção apta ao exercício da sexualidade”*.³⁹

³⁷ Cfr. obra citada na nota de rodapé 3, p. 62. Defendem ainda aqueles autores que se devem incluir no âmbito da introdução de objectos as partes de um cadáver (membros ou outras) quer já não se assumam como partes do corpo, bem como as próteses.

³⁸ DIAS, Maria do Carmo Silva, Repercussões da Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro nos crimes contra a liberdade sexual, Revista do CEJ, n.º 8, p. 240

³⁹ Idem. A título de exemplo a autora enuncia a situação em que um médico no exercício da sua profissão tem que introduzir partes do corpo ou objectos na vagina, que por regra consubstancia um acto típico, excepto se o exame era desnecessário ou durou mais que o necessário porque o médico estava a ter prazer sexual ou a paciente pede para terminar e o médico insiste.

Por último, refira-se também que relativamente à noção de partes do corpo tem-se entendido que abrange os braços, pernas, pés, mãos, punhos, dedos, língua e ainda o nariz.⁴⁰

3. O concurso entre coacção sexual e violação

Sem muitas delongas, porquanto é uma questão que já não levanta grande controvérsia, a doutrina^{41 42} e a jurisprudência são unânimes ao afirmar que os crimes de coacção sexual e violação estão numa relação de concurso⁴³ aparente⁴⁴ “quando cometidos na mesma ocasião contra a mesma vítima, uma vez que os actos sexuais mais graves da violação integram os actos sexuais menos graves da coacção sexual, sendo estes frequentemente prévios ou preparativos do crime de violação”.⁴⁵

Como foi já referido *supra*, em ambos os crimes o bem jurídico tutelado, é o mesmo, ou seja, a liberdade e a autodeterminação sexual.

O crime de violação aparece como uma especialização do crime de coacção sexual, e essa especialização decorre do facto de no artigo 163.º do Código Penal se fazer referência apenas a actos sexuais de relevo, enquanto no artigo 164.º do mesmo diploma legal é feita referência a actos sexuais de relevo qualificados, como a cópula, o coito oral, o coito anal, ou a introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos.

Com efeito entendeu-se no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 15.06.2011, processo n.º 887/09.1SLPRT.P1, em que foi relatora a Juíza Desembargadora Maria do Carmo Dias, disponível in www.dgsi.pt que “a especialização consiste na circunstância do núcleo da conduta típica do crime de violação ser marcado por particulares actos sexuais, considerados os mais graves, cujo relevo é determinado e representa a mais importante limitação da liberdade sexual da vítima”.

Em sentido contrário entendeu-se no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28/04/1999, CJ 1999, II, p. 199 que havia concurso efectivo entre o crime de violação e de coacção sexual quando existe autonomia de resoluções criminosas e o segundo crime, integrado pelo coito oral, é independente do processo que conduziu às cópulas do primeiro ilícito.

⁴⁰ Cfr. obra citada na nota de rodapé 3, p. 64.

⁴¹ Cfr. obra citada na nota de rodapé 1, p. 918.

⁴² Cfr. obra citada na nota de rodapé 16, p. 163.

⁴³ Cfr. artigo 30.º, n.º 1, do Código Penal.

⁴⁴ “(...) o concurso aparente assenta no pressuposto de que várias normas concorrem só em aparência, porquanto uma delas há-de excluir as outras por virtude da ocorrência, entre as normas de uma relação de especialidade, de subsidiariedade ou de consunção” – cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 22.10.2008, processo n.º 282/07. 7GAALB.C1, em que foi Relatora a Exma Senhora Desembargadora Elisa Sales, disponível in www.dgsi.pt.

⁴⁵ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 16.12.2015, processo n.º 76/14.3JACBR., em que foi Relator o Juiz Desembargador Inácio Monteiro, disponível in www.dgsi.pt.

4. Penas acessórias

Por força do artigo 30.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de direitos civis, profissionais ou políticos, mas nos termos do artigo 65.º, n.º 2, do Código Penal, a Lei pode fazer corresponder a certos crimes a proibição do exercício de determinados direitos ou profissões.

Na aplicação da pena acessória valem os critérios legais de determinação das penas principais o *“que vale dizer que, em princípio, deve ser observada uma certa proporcionalidade entre a medida concreta da pena principal e a medida concreta da pena acessória sem esquecer, todavia, que a finalidade a atingir com esta última é mais restrita, pois visa, essencialmente, prevenir a perigosidade do agente”*.⁴⁶

São por isso penas acessórias as que só podem ser decretadas na sentença conjuntamente com uma pena principal.

E, como tal é impreterível para a sua aplicação, a condenação do agente numa pena principal mas já não, sua condição suficiente, pois que, como ensina Figueiredo Dias, *“(…)torna-se, porém, sempre necessário ainda que o juiz comprove, no facto, um particular conteúdo do ilícito, que justifique materialmente a aplicação em espécie, da pena acessória”*.⁴⁷

Introduzidas pela Lei 103/2015, 24 de agosto, constam as penas acessórias previstas nos artigos 69.º-B (“Proibição do exercício de funções por crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual”) e 69.º-C (“Proibição de confiança de menores e inibição de responsabilidades parentais”), as quais podem ser aplicáveis a quem for punido pela prática, entre outros, dos crimes de coacção sexual e violação.

Relativamente ao previsto no artigo 69.º-B do Código Penal referente à proibição de exercício de funções, pode ser aplicável a quem tenha sido condenado por qualquer crime previsto nos artigos 163.º a 176.º-A do Código Penal, e, são as seguintes as penas acessórias susceptíveis de ser aplicadas:

- Proibição de exercício de profissão, emprego, funções ou atividades, públicas ou privadas, ainda que não remuneradas, e cujo exercício envolva contacto regular com menores, por período entre 2 a 20 anos, quando o agente praticar crime previsto nos artigos 163.º a 176.º-A e a **vítima seja maior**, tendo em consideração a concreta gravidade do facto e a sua conexão com a função exercida pelo agente; ou
- Proibição de exercer profissão, emprego, funções ou actividades, públicas ou privadas, cujo exercício envolva contacto regular com menores, por período entre 5 a 20 anos,

⁴⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 28.02.2018, processo n.º 211/17.0GAMIR.C1, em que foi Relator o Juiz Desembargador Vasques Osório, disponível in www.dgsi.pt.

⁴⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime, 1993, Aequitas, Editorial Notícias, pág. 197.

quando o agente praticar crime previsto nos artigos 163.º a 176.º-A e a **vítima seja menor.**

No concernente ao previsto no artigo 69.º-C do Código Penal referente à proibição de confiança de menores e inibição das responsabilidades parentais, pode ser aplicável a quem tenha sido condenado por qualquer crime previsto nos artigos 163.º a 176.º-A do Código Penal, e, são as seguintes as penas acessórias susceptíveis de ser aplicadas:

- Proibição de assumir a confiança de menor, em especial a adoção, tutela, curatela, acolhimento familiar, apadrinhamento civil, entrega, guarda ou confiança, por período entre 2 a 20 anos, quando o agente praticar crime previsto nos artigos 163.º a 176.º-A e **a vítima seja maior** tendo em consideração a concreta gravidade do facto e a sua conexão com a função exercida pelo agente;
- Proibição de assumir a confiança de menor, em especial a adoção, tutela, curatela, acolhimento familiar, apadrinhamento civil, entrega, guarda ou confiança, por período entre 5 a 20 anos, quando o agente praticar crime previsto nos artigos 163.º a 176.º-A e **a vítima seja menor**; e,
- Inibição do exercício das responsabilidades parentais, por período entre 5 a 20 anos, quando o agente praticar crime previsto nos artigos 163.º a 176.º-A e a vítima seja seu descendente, do seu cônjuge ou de pessoa com quem mantenha relação análoga à dos cônjuges.

Tecidas estas considerações constata-se que relativamente a estas duas penas acessórias, das mesmas parece resultar que quando a vítima não seja menor, a pena acessória é facultativa, e quando a vítima seja menor, a pena acessória é obrigatória.

Em face do mencionado, em que parece verificar-se uma automaticidade das penas acessórias quando a vítima seja menor surge a dúvida de compatibilização destas com o previsto na Constituição da República Portuguesa, uma vez que esta proíbe, no seu artigo 30.º n.º 4, o efeito automático das penas.

Por conseguinte e seguindo o entendimento já sufragado de Figueiredo Dias, no âmbito de uma condenação por um crime de coacção sexual ou violação, as penas acessórias não têm efeito automático, *“sendo sempre necessário que o juiz comprove, no facto, um particular conteúdo do ilícito, que justifique materialmente a aplicação em espécie, da pena acessórias”*.

Por último, refira-se ainda que, no âmbito Lei n.º 113/2009, de 17 de Setembro relativa à protecção de menores – art. 5.º da Convenção do Conselho da Europa – Exploração Sexual e Abuso Sexual nos termos do artigo 2.º, no recrutamento para profissões, empregos, funções ou actividades, públicas ou privadas, ainda que não remuneradas, cujo exercício envolva contacto regular com menores, a entidade recrutadora está obrigada a pedir ao candidato a apresentação de certificado de registo criminal.

E, como tal, se alguém dolosamente, por si ou em representação de pessoa coletiva, admitir pessoa condenada na pena acessória prevista no artigo 69.º-B do Código Penal para exercer profissão, emprego, funções ou atividades, públicas ou privadas, ainda que não remuneradas, cujo exercício envolva contacto regular com menores é punido com pena de prisão até 1 ano de prisão ou com pena de multa até 120 dias, nos termos do n.º 13 do artigo 2.º daquele diploma legal.

Neste caso ao agente podem ainda ser aplicadas as penas acessórias constantes das alíneas a), b) e c) do n.º 14 do mesmo dispositivo legal.

5. Aspectos práticos e gestão processual

Abstém-se aqui de descrever passo a passo a dinâmica do inquérito em que se investiga este tipo de crimes e centra-se no que se considera ser uma das coisas mais importantes: o primeiro despacho proferido em sede de inquérito.

Abreviadamente, e com vista a utilizar-se todos os mecanismos necessários e adequados à protecção da vítima e a evitar fenómenos de revitimização importa tecer algumas considerações acerca das medidas de coacção, concretamente, a mais gravosa de todas: a prisão preventiva e, ainda a prevista no artigo 199.º e 200.º do Código de Processo Penal.

Nos termos do artigo 202.º, n.º 1, al. b) e c), do Código de Processo Penal, é aplicável a prisão preventiva se “Houver indícios de prática de crime doloso (...) punível com pena de prisão de máximo superior a cinco anos.” (...) “ou houver fortes indícios de prática de crime doloso que corresponda a criminalidade violenta”.

De acordo com a al. j) do artigo 1.º do Código de Processo Penal considera-se “criminalidade violenta as condutas que integrem crime de (...) *contra a liberdade e autodeterminação sexual e forem puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a 5 anos; ...*”.

Assim, verificando-se os pressupostos legais, desde logo, os constantes do artigo 204.º do Código de Processo Penal e a inadequação e insuficiência das restantes medidas de coacção (artigo 193.º, n.º 2, do Código de Processo Penal) previstas no mesmo diploma legal, a prisão preventiva pode ser aplicada, desde que haja indícios da prática dos tipos ilícitos previstos nos artigos 163.º, n.º 1, e 164.º do Código Penal.

Relativamente à medida de coacção de suspensão do exercício de profissão, de função, de actividade e de direitos prevista no artigo 199.º do Código de Processo Penal esta pode ser cumulada com qualquer outra medida de coacção, e no caso destes tipos legais, abstratamente pode ser aplicável porquanto se tratam de crimes puníveis com pena de prisão de máximo superior a 2 anos e sempre que a interdição do respectivo exercício possa vir a ser decretada como efeito do crime imputado, o que no caso se verifica tendo em conta as penas acessórias previstas nos artigos 69.º-B e 69.º-C do Código Penal.

No concernente à medida de coacção prevista no artigo 200.º do Código de Processo Penal, a mesma é abstratamente aplicável a estes crimes, porquanto trata-se de crimes dolosos puníveis com pena de prisão de máximo superior a 3 anos, sendo que o juiz pode impor ao arguido, cumulativa ou separadamente, as obrigações constantes daquele normativo.

Nestas situações e sempre que é aplicável a medida de restrição de contacto entre progenitores esta é imediatamente comunicada ao Magistrado do Ministério Público que exerce funções no Tribunal competente, para efeitos de instauração, com carácter de urgência, do respetivo processo de regulação ou alteração da regulação do exercício das responsabilidades parentais nos termos do artigo 44.º-A do Regime Geral do Processo Tutelar Cível.

Note-se ainda que a Lei n.º 130/2015, de 4 de Setembro veio consagrar no n.º 4 do artigo 212.º do Código Penal o direito da vítima a ser ouvida nas situações previstas naquele normativo de revogação e substituição das medidas de coacção.

Feitas estas brevíssimas considerações importa agora tecer outras sobre o que deve conter o primeiro despacho de inquérito, mas não sem antes, porém, ainda que de forma breve, referir que, de acordo com a al. a) do n.º 3 do artigo 7.º da Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto, alterada pela Lei n.º 57/2015, de 23 de Junho e sem prejuízo do artigo 8.º, do mesmo diploma legal, são da competência reservada da Polícia Judiciária a investigação dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores ou incapazes ou a que corresponda, em abstracto, pena superior a 5 anos de prisão.⁴⁸

Tendo por referência os crimes aqui em causa e tendo em conta que são punidos com pena de prisão superior a 5 anos (excepto o previsto no artigo 163.º, n.º 2, do Código Penal), de acordo com o disposto naqueles instrumentos hierárquicos e no artigo 270.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, artigos 2.º, 3.º, n.º 1, alínea c), 7.º, n.º 3, alínea a), da Lei de Organização da Investigação Criminal, a competência para a investigação deverá ser delegada na Polícia Judiciária.

Relativamente ao primeiro despacho a proferir nestes inquéritos, entende-se, salvo o devido respeito por opinião contrária que não deverá ser um despacho de delegação genérica de competência devendo, ao invés, pormenorizar as diligências que se pretende que sejam levadas a cabo, porquanto a salvaguarda dos direitos fundamentais das vítimas, muitas delas jovens, nomeadamente, o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar e ao bom nome e reputação da sua família (artigo 26.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa) impõem isso mesmo.

Desde logo em sede de primeiro despacho o Ministério Público deve, salvo o devido respeito por opinião contrária, efectuar uma pesquisa nas bases de dados existentes, para apurar se

⁴⁸ Cfr. Circular da Procuradoria Geral da República n.º 6/02 e Diretiva da Procuradoria Geral da República n.º 1/2002 que determinam que haja intervenção direta do Ministério Público “nos inquéritos relativos a crimes puníveis com pena de prisão superior a 5 anos analisando a notícia do crime e, em princípio, definindo as diligências de investigação a levar a cabo ou participando diretamente na sua realização, quando o julguem oportuno, sem prejuízo da delegação genérica de competências para a investigação, na Polícia Judiciária (...)”.

existem processos pendentes contra o suspeito, por forma a ponderar uma eventual conexão de processos.

Após, deve:

a) Determinar a aplicação do segredo de justiça – Nos termos do artigo 86.º, n.º 1, do Código de Processo Penal o processo penal é, em regra, público, sendo que, nos termos do n.º 3 do mesmo dispositivo legal, durante a fase de inquérito, o Ministério Público pode, por despacho sujeito a validação do juiz de instrução criminal restringir a publicidade do processo, sempre que entender que os interesses da investigação ou os direitos dos sujeitos processuais o justifiquem.

A protecção do segredo de justiça é assegurada pela Constituição da República Portuguesa no seu artigo 20.º, n.º 3, sendo que o segredo de justiça, tal como está definido consubstancia um meio de protecção da investigação penal e da tutela dos direitos dos sujeitos processuais.

No caso concreto, estão em causa crimes sexuais que protegem a liberdade e a autodeterminação sexual, os quais consubstanciam valores iminentemente pessoais.

No que diz respeito à sua natureza, estes crimes implicam uma elevada exposição da vítima no concernente a um dos núcleos mais restritos da sua vida privada, o que não se compagina com a publicidade do processo.

Por outro lado, uma vez que os factos aqui em causa, muitas vezes são perpetrados nos seios familiares⁴⁹, e muitas vezes as vítimas são crianças existe um perigo concreto para o seu livre desenvolvimento.

Por sua vez, o livre acesso ao processo permitirá que se faça, em praça pública um “julgamento antecipado” dos factos em causa dada a curiosidade que pode surgir na comunidade.

Relativamente aos crimes de natureza sexual o legislador consagrou normas protectoras, designadamente, no artigo 87.º, n.º 3, do Código de Processo Penal, no qual consta que, por regra, os actos processuais decorrem com exclusão da publicidade.

Assim, considerando os interesses da investigação e das vítimas e encontrando-se preenchidos os pressupostos de que depende, deve determinar-se ao abrigo do disposto no n.º 3 do artigo 86.º do Código de Processo Penal, nos termos já expostos, que o inquérito decorra a coberto do segredo de justiça, determinando-se a imediata remessa dos autos ao Juiz de Instrução Criminal para validação desta decisão.

Devolvidos os autos e na subsequente tramitação, deve proceder-se à sinalização na capa e no sistema informático da vigência do segredo de justiça, dar conhecimento, no primeiro acto em que tenham de intervir, a todos os sujeitos processuais, participantes e demais pessoas que, a

⁴⁹ Cfr. Relatório Anual de Segurança Interna 2018.

qualquer título, tomem contacto com o processo ou conhecimento de elementos do mesmo (arguidos, assistentes, advogados, órgãos de polícia criminal, peritos, testemunhas, tradutores, etc.) da vigência do segredo de justiça, advertindo-os das consequências da sua violação e consignar em todos os ofícios, mensagens e demais expediente, a menção “*Segredo de Justiça*”.

b) Consignar que o inquérito é de investigação prioritária nos termos da alínea b) do Ponto I, da Directiva n.º 1/2017 da Procuradoria-Geral da República e artigo 3.º, alínea c), da Lei n.º 96/2017, de 23 de Agosto (Lei de Política Criminal – Biénio de 2017-2019) e no caso das vítimas serem mulheres nos termos do Despacho da Procuradoria Geral da República de 06.03.2019.

c) Atribuir o estatuto de vítima com as legais consequências – A Lei n.º 130/2015 criou o Estatuto da Vítima que contém um conjunto de medidas que visam assegurar a protecção e a promoção dos direitos das vítimas da criminalidade, transpondo para a ordem jurídica interna a Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2012, que estabelece normas relativas aos direitos, ao apoio e à protecção das vítimas da criminalidade.

Com esta Lei, autonomizou-se no Código de Processo Penal o conceito de vítima (previsto no seu artigo 67.º-A), enquanto sujeito processual e consagrou-se ainda no mesmo normativo o que se pode entender por “vítima especialmente vulnerável” em razão da sua idade, estado de saúde ou deficiência ou em razão da extensão dos danos sofridos com a prática do crime.

Como tal em primeiro lugar, caso a denúncia tenha sido feita a algum órgão de polícia criminal e este não tiver atribuído o Estatuto da Vítima o mesmo deve ser feito em sede de primeiro despacho proferido no inquérito, sendo que no caso, deverá ponderar-se ainda a atribuição do estatuto de vítima especialmente vulnerável nos termos do artigo 67.º-A, n.º 1, alínea b), do Código de Processo Penal e artigo 20.º do Estatuto da Vítima, que no caso das crianças por via de regra deve acontecer.⁵⁰

E, no caso de se concluir pela sua atribuição deve desde logo ser efectuada uma avaliação individual de forma a determinar-se se a vítima deve beneficiar de medidas especiais de protecção previstas no artigo 21.º do Estatuto da Vítima.

Por outro lado, deve cumprir-se o disposto no n.º 3 do artigo 247.º do Código de Processo Penal informando a vítima que poderá solicitar, à Comissão de Protecção às Vítimas de Crimes, que lhe seja concedido um adiantamento da indemnização pelo Estado, caso se verifiquem os pressupostos previstos no artigo 2.º da Lei n.º 104/2009, de 14 de Setembro, porquanto os crimes em causa consideram-se Crimes violentos, na definição legal de criminalidade violenta prevista na alínea j) do artigo 1.º do Código de Processo Penal (exceptuando-se os casos do 163.º, n.º 2, ou da tentativa).

⁵⁰ Deve entregar-se à vítima documento comprovativo do referido estatuto, compreendendo os seus direitos e deveres.

d) Requerer as declarações para memória futura – Nos termos do artigo 271.º, n.º 2, do Código de Processo Penal no âmbito de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, em que as vítimas são menores, as declarações para memória futura têm imediatamente que ser feitas e nesta situação não são um meio de obtenção antecipada de prova com validade em sede de julgamento que depende da iniciativa de um dos sujeitos processuais, mas uma diligência que é obrigatoriamente efectuada, na fase de inquérito e cuja importância probatória é de extrema relevância atendendo à predominância das situações em que não existem lesões físicas ou vestígios biológicos.

Não obstante, neste tipo de criminalidade, não resultar qualquer obrigatoriedade para proceder às declarações para memória futura de vítimas maiores, o certo é que, o artigo 24.º do Estatuto da Vítima, bem como o artigo 271.º, n.º 1, do Código de Processo Penal preveem tal possibilidade, sendo que no caso de vítima especialmente vulnerável pode ela mesma requerer tais declarações.

Acresce que, a Lei n.º 93/99, de 14 de Julho, alterada pela Lei n.º 42/2010, de 03 de Setembro (Lei de protecção das testemunhas) consagra no seu artigo 28.º, n.º 1, que durante o inquérito, o depoimento ou as declarações da testemunha especialmente vulnerável deverão ter lugar o mais brevemente possível após a ocorrência do crime.

Por conseguinte, tendo em conta o vindo de expor quanto a este tipo de criminalidade e nos termos do ponto II, alínea c) da Directiva 1/2017 da Procuradoria-Geral da República entende-se que, de modo a evitar os danos psicológicos implicados na evocação sucessiva pela vítima da sua dolorosa experiência e a sua exposição em julgamento público, e de forma a fixar-se os elementos probatórios relevantes a partir do primeiro relato, presumivelmente, mais próximo e espontâneo, evitando o perigo de contaminação da prova, deve ponderar-se de imediato e em sede de primeiro despacho de inquérito o requerimento para declarações para memória futura da vítima.

e) Determinar a realização de perícia médico-legal – Neste tipo de criminalidade, não são raras as vezes em que se torna difícil confirmar a existência de evidências físicas dos actos sexuais ocorridos, seja porque o agente do crime elimina as evidências físicas deixadas na vítima, seja pela característica dos próprios actos que não permitem “deixar rasto”, ou seja até pela própria vítima que *“À humilhação de ter sido violentada não pode seguir-se a humilhação de uma lesão que identifique e marque esse traumatismo”*.⁵¹

Contudo existem actos sexuais que pela sua própria natureza, bem como pela violência com que são praticados não possibilitam essa tentativa de eliminação.

Adquirida a notícia do crime urge assegurar a produção eficaz de todas as provas pertinentes, nomeadamente, a realização de perícias médico-legais por forma a colher vestígios ou amostras susceptíveis de se perderem ou alterarem rapidamente, como é o caso, neste tipo de criminalidade.

⁵¹ Cfr. obra citada na nota de rodapé 3, página 21.

Por isso, deve determinar-se a realização de perícia médico-legal à vítima ao abrigo do disposto no artigo 159.º, n.º 1, do Código de Processo Penal e artigo 21.º da Lei n.º 45/2004, de 19 de Agosto, desde logo consignando-se, dada a delegação de competências, que deve o órgão de polícia criminal competente diligenciar junto das delegações e nos gabinetes médico-legais do Instituto Nacional de Medicina Legal pela marcação e realização da mesma.

Por outro lado deve ainda ponderar-se a necessidade de realização de exame de psicologia forense à vítima nos termos do artigo 24.º da Lei n.º 45/2004, de 19 de Agosto, preponderantemente quando a mesma é ainda menor, desde logo consignando-se, dada a delegação de competências, que deve o órgão de polícia criminal competente diligenciar junto das delegações e nos gabinetes médico-legais do Instituto Nacional de Medicina Legal pela marcação e realização da mesma, especificando-se quais as questões que devem ser colocadas à vítima.

f) Comunicar à Comissão de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo territorialmente competente a instauração do inquérito com cópia do auto de denúncia e print dos elementos identificativos da vítima (quando menor), ou das(os) filha(o)(s) do casal quando o crime é praticado no seio familiar, para conhecimento e eventual instauração de processo de promoção e protecção a favor da criança.

g) Fixar prazos para a conclusão das diligências ordenadas e controlar o seu cumprimento.

IV. Hiperligações e referências bibliográficas

Hiperligações

www.dgsi.pt

www.parlamento.pt

www.pgdl.pt

www.parlamento.pt

www.portugal.gov.pt

Referências bibliográficas

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *A coacção sexual e a violação no Código Penal Português in* Líber Amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70.º Aniversário – Estudos de Direito e Filosofia, Coimbra, Almedina, 2009, p. 90.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 3.ª edição Atualizada, p. 654.

CARMO, Rui do, A prova documental e a prova pericial no código de processo penal – o regime e alguns aspectos práticos, *in* I Congresso de Processo Penal, Almedina.

CARMO, Rui do, *Declarações para memória futura – Crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual*, *in* Revista do Ministério Público n.º 134, pp. 117-147.

DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Penal Português, *As Consequências Jurídicas do Crime*, 1993, Aequitas, Editorial Notícias, p. 197.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra Editora, p. 466.

DIAS, Maria do Carmo, *Repercussões da Lei n.º 59/2007, de 4/9 nos crimes contra a liberdade sexual*, Revista do CEJ, n.º 8, p. 223.

GARCIA, M. Miguez e RIO, J.M. Castela, *Código Penal – Parte Geral e Especial com notas e comentários*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2015, p. 720.

Maria Francisca, *Caracterização do violador português: um estudo exploratório*, Almedina, 2007, p. 36.

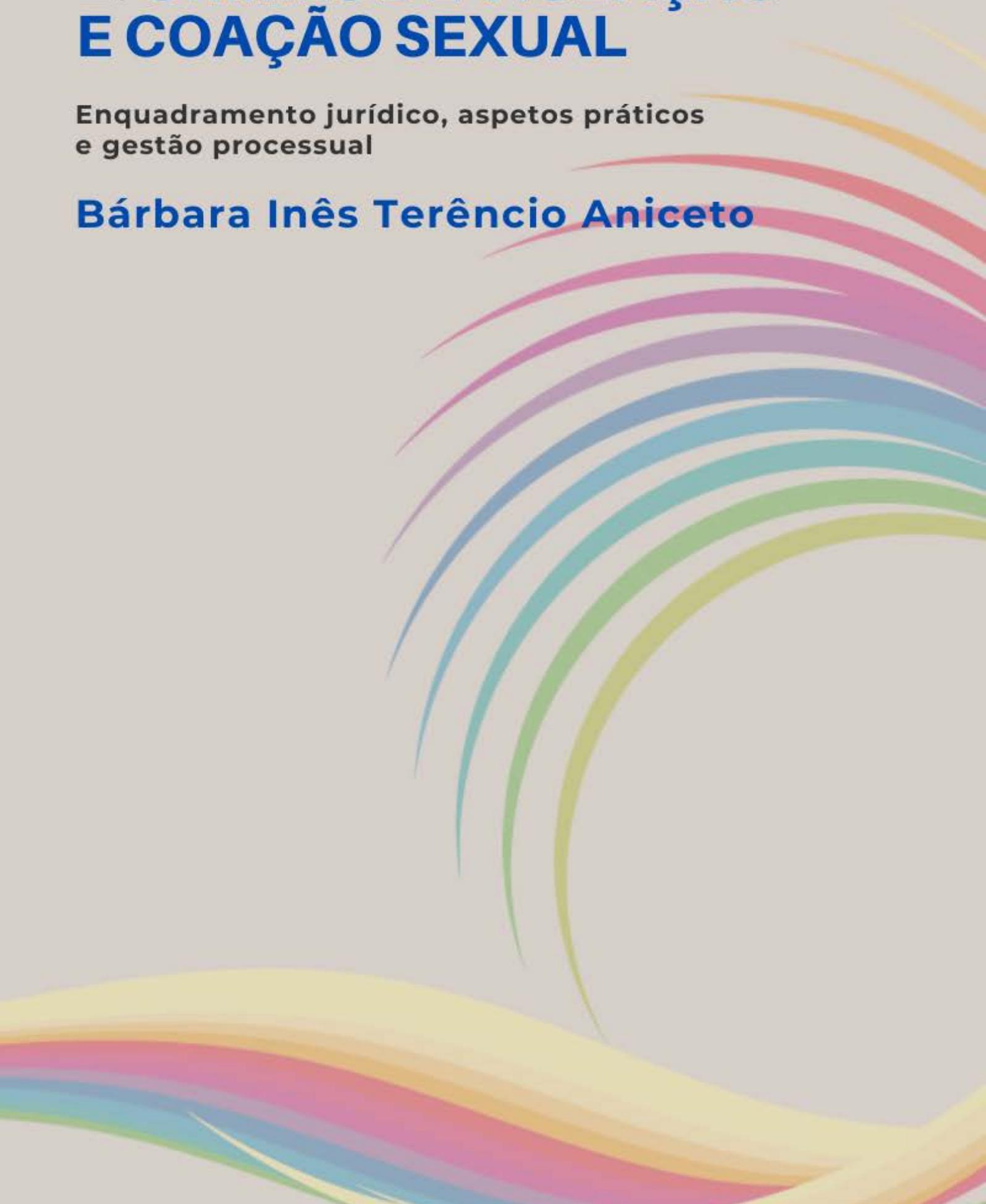
VIEIRA, Pedro Miguel, A vítima enquanto sujeito processual e à luz das recentes alterações legislativas *in* Revista Julgar, n.º 28.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

2. CRIMES DE VIOLAÇÃO E COAÇÃO SEXUAL

**Enquadramento jurídico, aspetos práticos
e gestão processual**

Bárbara Inês Terêncio Aniceto



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

2. CRIMES DE VIOLAÇÃO E COAÇÃO SEXUAL. ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO PROCESSUAL

Bárbara Inês Terêncio Aniceto

- I. Introdução
- II. Objetivos
- III. Resumo
 - 1. Crimes de coação sexual
 - 1.1. Breve evolução histórica
 - 1.2. O bem jurídico protegido
 - 1.3. Elemento objetivo e elemento subjetivo
 - 2. Crimes de violação
 - 2.1. Breve evolução histórica
 - 2.2. O bem jurídico protegido
 - 2.3. Elemento objetivo e subjetivo
 - 3. Natureza dos crimes, agravação e registo criminal
 - 4. Concurso de infrações
 - 5. Penas acessórias
 - 6. Prática e gestão do inquérito
 - 6.1. A vítima: especificidades
 - 6.2. Competência para a investigação
 - 6.3. Aquisição da notícia do crime e abertura do inquérito
 - 6.4. O planeamento da investigação e o primeiro despacho
 - 6.5. Recolha de prova
 - 6.6. Das medidas de coação e garantia patrimonial
 - 6.7. Encerramento do inquérito
 - 6.7.1. Generalidades
 - 6.7.2. As soluções de consenso
- IV. Hiperligações e referências bibliográficas

I. Introdução

Os crimes sexuais são, de toda a panóplia de crimes existentes no Código Penal, aqueles que mais reações provocam na comunidade, desde logo porque atingem o que de mais íntimo temos: a nossa liberdade de determinação sexual e de escolha dos parceiros.

Por outro lado, as consequências que as práticas desses crimes acarretam para as vítimas são, desde há muito, estudadas pelos mais variados ramos da medicina, incluindo a psicologia.

Atualmente, mercê de algumas decisões judiciais polémicas, os referidos ilícitos criminais saltaram para as primeiras páginas dos jornais, pese embora nem sempre acompanhados de uma correta análise jurídica e processual.

Pretende-se assim, com este trabalho, tecer breves considerações teóricas acerca dos aludidos crimes mas, sobretudo, considerações de ordem prática acerca da gestão processual.

II. Objetivos

Pretendemos com este trabalho fornecer um pequeno guia que, num primeiro momento, procede ao enquadramento jurídico deste tipo de crimes o qual, não sendo exaustivo, aborda as principais questões discutidas na doutrina e jurisprudências.

Num segundo momento, mais vocacionado para a prática, pretendemos facultar algumas pistas daquilo que entendemos dever ser a investigação deste tipo de crimes, começando pela inevitável delegação de competência, pela recolha da prova, pelas especificidades que a figura da vítima encerra, pelas medidas de coação a aplicar e, por fim, pela aplicação das soluções de consenso.

O presente trabalho tem como destinatários os Magistrados do Ministério Público e Judiciais, os Auditores de Justiça, os demais operadores judiciários e os órgãos de polícia criminal.

Os objetivos devem estar claros de maneira a que quem consulte o documento perceba imediatamente que conhecimento poderá obter através da consulta do mesmo.

III. Resumo

Constitui objeto do presente trabalho analisar os crimes de coação sexual e de violação, previstos nos artigos 163.º e 164.º, respetivamente, do Código Penal.

Num primeiro momento mediante uma análise teórica, enquadrando juridicamente os tipos criminais em apreço e analisando as principais questões que os mesmos colocam; num segundo momento, de carácter eminentemente prático, analisar e fornecer pistas daquela que deve ser a investigação a realizar pelos Magistrados do Ministério Público no que toca a este tipo de crimes.

1. Crimes de coação sexual

1.1. Breve evolução histórica

Em momento anterior à reforma de 1995, o Código Penal apresentava no seu artigo 205.º do crime de atentado ao pudor com violência.

Era a seguinte a redação da aludida norma:

“1 - Quem, por meio de violência, ameaça grave ou depois de, para esse fim, a tornar inconsciente ou a ter posto na impossibilidade de resistir, praticar contra outra pessoa atentado ao pudor, será punido com pena de prisão até 3 anos.

2 - Na mesma pena incorre quem, independentemente dos meios empregados, praticar atentado ao pudor contra menor de 14 anos.

3 - Entende-se por atentado ao pudor o comportamento pelo qual outrem é levado a sofrer, presenciar ou praticar um ato que viola, em grau elevado, os sentimentos gerais de moralidade sexual”.

Com aquela reforma, operada essencialmente pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março, não só surgiu pela primeira vez o crime de coação sexual, como o Código sofreu profundas

alterações na sua estrutura, surgindo então um capítulo autónomo para os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual.

Posteriormente, em 1998¹, foi aditado o n.º 2 àquele normativo de modo a prever as situações em que o agente abusava da autoridade resultante da relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho.

Em 2007², à semelhança do que aconteceu com o crime de violação, também o legislador passou a prever que o abuso de autoridade na coação sexual se podia dever a relações familiares, de tutela ou curatela, bastando-se com a criação de uma situação de temor, alterando assim o referido n.º 2.

Finalmente, em 2015³, o crime de coação sexual foi objeto de profundas alterações.

Por um lado, eliminou-se do n.º 2 a tipificação dos meios de constrangimento da vítima. Por outro lado, também a moldura penal do n.º 2 sofreu alterações, passando a prever a pena de prisão até aos cinco anos.

Também se procedeu à alteração do artigo 178.º no sentido de permitir ao Ministério Público dar início ao processo sem a prévia apresentação de queixa e sempre que o interesse da vítima assim aconselhar.

1.2. O bem jurídico protegido

O crime de coação sexual, p. e p. pelo artigo 163.º do Código Penal, insere-se no Capítulo V, secção II daquele diploma, com o título “*Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual*”.

A inserção sistemática deste tipo de crime fornece assim pistas no que concerne à determinação do bem jurídico protegido.

Para PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE⁴ e JORGE DE FIGUEIREDO DIAS⁵, o bem jurídico protegido por esta norma é a liberdade de determinação sexual, exatamente como sucede com a violação e como se verá *infra*.

Os crimes contra a liberdade sexual⁶ caracterizam-se, essencialmente, pela utilização de ameaça grave ou violência por forma a constranger a vítima a sofrer ou a praticar, com o agente ou com outrem, atos de natureza sexual. Diferentemente, nos crimes contra a autodeterminação sexual⁷ está em causa o cometimento de atos sexuais sem violência os quais podem prejudicar o livre desenvolvimento dos menores no campo da sexualidade.

¹ Alteração provocada pela Lei n.º 65/98, de 02 de setembro.

² Alteração provocada pela Lei n.º 59/2007, de 04 de setembro.

³ Alterações provocadas pela Lei n.º 83/2015, de 05 de agosto.

⁴ Cfr. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *A coação sexual e a violação no Código Penal Português*, p. 906.

⁵ Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra Editora, p. 466.

⁶ Aqui insere-se a coação sexual (artigo 163.º), violação (artigo 164.º), abuso sexual de pessoa incapaz de resistência (artigo 165.º), abuso sexual de pessoa internada (artigo 166.º) e importunação sexual (artigo 170.º).

⁷ Estão em causa os crimes de abuso sexual de crianças (artigo 171.º), abuso sexual de menores dependentes (artigo 172.º), atos sexuais com adolescentes (artigo 173.º), recurso à prostituição de menores (artigo 174.º), lenocínio de menores (artigo 175.º), pornografia de menores (artigo 176.º) e aliciamento de menores para fins sexuais (artigo 176.º-A).

Todavia, enquanto a violação protege uma versão “especial” do bem jurídico, a coação sexual protege a dimensão base daquele, o que melhor se compreenderá se analisarmos os atos que cabem no tipo.

1.3. Elemento objetivo e elemento subjetivo

O crime de coação sexual é um crime de dano⁸ e, no que concerne à forma de consumação, é um crime de mera atividade⁹.

A coação sexual tipificada no n.º 1 é um crime de execução vinculada na medida em que tem de ser cometido por meio de violência, ameaça grave ou ato que coloque a vítima em estado de inconsciência ou na impossibilidade de resistir. Por seu turno, a coação sexual prevista no n.º 2 já é um crime de execução livre porquanto pode ser cometido por qualquer meio que não esteja compreendido no número anterior.

O elemento objetivo, isto é, a ação típica, “(...) consiste no constrangimento da vítima a sofrer ou praticar, consigo ou com outrem, uma ou mais atos sexuais de especial relevo (...)”¹⁰.

No que concerne a este primeiro aspeto – o do constrangimento – o tipo legal exige que o mesmo se efetive mediante violência, ameaça grave, colocação da vítima em estado de inconsciência ou impossibilidade de resistir.

Quanto à violência, o conceito foi, desde sempre, perspetivado como o uso da força física sobre a vítima em ordem a levá-la a praticar ou sofrer o ato pretendido¹¹.

Atualmente, porém, a doutrina tem vindo a abrir a porta ao entendimento de que aqui cabem, também, os casos de violência psicológica, abrangendo-se quer as condutas ativas ou omissivas, desde que adequadas à realização do resultado pretendido^{12 13}.

Por outro lado, a violência existe mesmo que não haja reação ou resistência por parte da vítima desde que, repete-se, os meios utilizados sejam suscetíveis de impedir a sua liberdade de determinação sexual¹⁴.

Quanto à ameaça, esta deve ser entendida como a “(...) perturbação da liberdade interior de decisão e da liberdade de ação da vítima”¹⁵. Deve, por outro lado, ser “grave”, sendo que a

⁸ Porque se verifica uma efetiva lesão do bem jurídico. Cfr. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 3.ª ed. Atualizada, p. 114.

⁹ Porquanto a consumação se verifica apenas peça mera execução de um comportamento humano. Cfr. *idem* p. 113

¹⁰ Cfr. *idem*, p. 654.

¹¹ Era esse o entendimento seguido no Código Penal de 1886 onde se fazia uma referência expressa ao uso de violência física.

¹² Cfr. DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *A propósito do crime de violação: ainda faz sentido a sua autonomização?*, In Revista do Ministério Público, ano 21, n.º 81, p. 68.

¹³ Cfr. a título de exemplo o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 17.12.2014, proc. n.º 465/11.STALRA.C1, relatora Maria José Nogueira, disponível em www.dgsi.pt, que refere que “relevante para o preenchimento do conceito de violência (...) é a idoneidade dos atos praticados sobre a vítima para cercear a sua liberdade sexual, sendo, consequentemente, decisivo que esses atos, pelo seu modo de execução, denotem ausência de consentimento daquela, em nexos causal com a violência sobre o corpo ou psiquismo da mesma, uma e outra aferidas segundo as condições pessoais e particulares da visada”.

¹⁴ Cfr. DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *idem*, pp. 68 e 69.

¹⁵ Cfr. *idem*, p. 70.

jurisprudência¹⁶ entende que esta qualificação da ameaça deve ser aferida pelos padrões da vítima cabendo a esta, a quem é dirigida a ameaça, interpretá-la como sendo grave, ou não.

Noutro plano, o constrangimento pode ser levado a cabo mediante a colocação da vítima num estado de inconsciência. Aqui avultam as situações em que a vítima é colocada a dormir, encontra-se alcoolizada ou drogada ou, mais remotamente, sob o efeito de hipnose.

Por fim, a colocação da vítima em situação de impossibilidade de resistência ocorre quando, por meios físicos ou psicológicos, a vítima é colocada numa posição em que não consegue se opor aos intentos do agressor.

A pedra de toque na análise do crime de coação sexual, e essencial para traçar a distinção do crime de violação, é a de perceber o que se pode entender por *ato sexual de relevo*. Como se verá *infra*, na violação são atos sexuais de relevo a cópula, coito anal ou coito oral e que, por isso, aquele tipo legal se assume como especial face a este, o que significa que cabem aqui todos os atos sexuais de relevo que não aqueles.

No entendimento de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE¹⁷ constituem atos sexuais de relevo, para efeitos do preenchimento do tipo de coação sexual, a cópula vulvar, o toque, com objetos ou partes do corpo, nos órgãos genitais, seios, nádegas, coxas e boca. Integra assim o tipo os atos sexuais que, embora não assumam a *gravidade e intensidade* dos atos sexuais do tipo de violação são, também eles, conotados de uma gravidade acrescida por oposição, por exemplo, aos atos que integram o crime de importunação sexual¹⁸.

Aliás, atendendo a todas essas semelhanças e ao facto de a diferença entre ambos os crimes residir, essencialmente, no tipo de atos sexuais de relevo que cada um deles abrange, cremos que assiste razão a MARIA DO CARMO SARAIVA DE MENEZES DA SILVA DIAS¹⁹ quando refere que *“sendo o mesmo o bem jurídico protegido nos crimes de coação sexual e de violação (...), cremos que não se justifica a especialização, em termos autónomos, do crime de violação. O resultado cópula, coito anal ou coito oral deveria funcionar apenas como circunstância qualificativa do crime de coação sexual”*.

2. Crimes de violação

2.1. Breve evolução histórica

O crime de violação foi conhecendo, ao longo dos anos, diversas modificações operadas pelo legislador, delas se destacando a reforma de 1998, de 2007 e de 2015.

Importa, porém, recordar o teor do artigo antes daquela primeira reforma.

“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,

¹⁶ Cfr. acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 25.06.2014, proc. n.º 238/13.0JACBR.C1., relator Jorge Dias, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁷ Cfr. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *idem*, p. 646

¹⁸ Aqui cabem os atos exibicionistas, a formulação de propostas de teor sexual e o contacto de natureza sexual, sendo este último entendido como *“(...) a ação com conotação sexual realizada na vítima [e] que não tem a gravidade do ato sexual de relevo”*.

¹⁹ Cfr. ob. Cit. p. 84.

ainda, pelos mesmos meios, a constranger a tê-la com terceiro, é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos.

2. Com a mesma pena é punido quem, nos termos previstos n.º número anterior, tiver coito anal com outra pessoa, ou a constranger a tê-lo com terceiro”.

A grande alteração provocada pela reforma de 1998²⁰ é a que se reporta à possibilidade de, a partir de então, poder ser agente e vítima do crime tanto uma mulher como um homem. Igualmente com aquela reforma passou a prever-se o coito oral enquanto ato sexual de relevo, equiparando-se assim à cópula tal como o coito anal.

Também a reforma de 1998 reformulou o n.º 2 passando a prever como formas de constrangimento o abuso “(...) de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho (...)” e exprimidas por meio de “ordem ou ameaça” que não as compreendidas no n.º 1.

Posteriormente, em 2007²¹, o legislador passou a equiparar a introdução de objetos e partes do corpo ao coito vaginal, anal ou oral. Por outro lado, no n.º 2, alargou as situações de dependência às relações de curatela e tutela bastando-se com a criação de uma situação de temor, eliminando-se assim a exigência de uma “ordem ou ameaça”.

Por fim, em 2015²², a alteração de relevo²³ ocorreu com a eliminação, no n.º 2, da tipificação dos meios de constrangimento. Igualmente procedeu-se a um agravamento da moldura penal – anteriormente, de pena de prisão até um máximo de 3 anos -, passando esta a estar fixada entre 1 a 6 anos de prisão.

2.2. O bem jurídico protegido

O crime de violação, p. e p. pelo artigo 164.º do Código Penal, insere-se no Capítulo V, secção II daquele diploma, com o título “*Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual*”.

A inserção sistemática deste tipo de crime fornece assim pistas no que concerne à determinação do bem jurídico protegido.

Para PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE²⁴ e JORGE DE FIGUEIREDO DIAS²⁵, o bem jurídico protegido por esta norma é a liberdade de determinação sexual, exatamente como sucede com a coação sexual e como se viu *supra*.

Porém, diferentemente do que se passa com o crime de coação sexual, e uma vez que o crime de violação se assume como uma forma especial daquele outro crime, também aqui se protege uma versão “especial” do bem jurídico liberdade de determinação sexual.

Com especial acuidade surgem as palavras de MARIA DO CARMO DIAS²⁶ que refere que “o bem jurídico protegido é o mesmo, ou seja, a liberdade da pessoa escolher o seu companheiro

²⁰ Alteração provocada pela Lei n.º 65/98, de 02 de setembro.

²¹ Alteração provocada pela Lei n.º 59/2007, de 04 de setembro.

²² Alteração provocada pela Lei n.º 83/2015, de 05 de agosto.

²³ A lei n.º 103/2015, de 24 de agosto provocou uma alteração com repercussões neste crime ao prever a sua agravação no caso em que é cometido por duas ou mais pessoas.

²⁴ Cfr. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *A coação sexual e a violação no Código Penal Português*, p. 906.

²⁵ Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra Editora, p. 466.

ou parceiro sexual e de dispor livremente do seu corpo” e que a especialidade consiste, como se disse, no facto de a violação ser marcada “(...) por particulares atos sexuais de relevo, considerados os mais graves, cujo relevo é determinado e represente a mais importante limitação da liberdade sexual da vítima”.

Para compreender essa dimensão “especial” do bem jurídico importa atentar no tipo objetivo e subjetivo do crime de violação.

2.3. Elemento objetivo e subjetivo

O crime de violação é um crime de dano²⁷ e, no que concerne à forma de consumação, é um crime de mera atividade²⁸. Trata-se ainda de um crime de execução vinculada na medida em que apenas se preenche se forem utilizados certos meios ou formas específicas de atuação.

O elemento objetivo, isto é, a ação típica, “(...) consiste no constrangimento da vítima a sofrer ou praticar, consigo ou com outrem, uma ou mais atos sexuais de especial relevo (...)”²⁹. Em concreto, consiste em a vítima sofrer ou praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral, ou a sofrer (e já não a praticar) introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos, havendo para tanto o recurso à violência, ameaça grave ou colocação da vítima em estado de inconsciência ou incapacidade de resistir.

Relativamente à análise dos meios de constrangimento, remete-se para tudo quanto se disse a propósito do crime de coação sexual por ser em tudo idêntico.

Analisemos agora os modos de atuação do agressor. No que concerne à primeira parte do tipo objetivo - sofrer ou praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral – importa ter presente que em cada uma das situações se exige a introdução, completa ou incompleta, do órgão sexual masculino na vagina, ânus ou boca, consoante a situação, sendo indiferente a *emissio seminis* para efeitos de consumação do crime³⁰.

Fica de fora da noção de cópula para efeitos de preenchimento do tipo de ilícito de violação a denominada cópula vestibular ou vulvar e que se consubstancia no contacto externo dos órgãos sexuais sem que ocorra a penetração. A doutrina entende que este ato, pese embora configure um ato sexual de relevo, não assume a gravidade que se exige para os atos sexuais de relevo integradores do tipo objetivo do crime de violação.

No que diz respeito à segunda parte do tipo objetivo - sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos – são várias as questões que se colocam.

Desde logo salta a vista que apenas é punido o ato de “sofrer” a introdução e não o de “praticar, consigo ou com outrem”. Não se vislumbra qualquer razão para ser assim, restando, um esforço de interpretação teleológica, conduzir o ato de “praticar, consigo ou com outrem”

²⁶ Cfr. DIAS, Maria do Carmo, *Repercussões da Lei n.º 59/2007, de 4/9 nos crimes contra a liberdade sexual*, Revista do CEJ, n.º 8, p. 223.

²⁷ Porque se verifica uma efetiva lesão do bem jurídico. Cfr. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 3.ª ed. Atualizada, p. 114.

²⁸ Porquanto a consumação se verifica apenas peça mera execução de um comportamento humano. Cfr. *idem* p. 113.

²⁹ Cfr. *idem*, p. 654.

³⁰ Cfr., por todos, acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24.09.2003, proc. n.º 97P342, relator Virgílio Oliveira, disponível em www.dgsi.pt.

uma introdução de partes do corpo ou objetos ao preenchimento do tipo do crime de coação sexual³¹.

Por outro lado, a norma apenas prevê a introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos, deixando de fora a introdução bucal. Cremos que estes casos se poderão reconduzir à prática de um crime de coação sexual, desde que revestidos de uma especial conotação sexual, o que se poderá aferir pelo contexto em que sejam praticados.

Em relação aquilo que se deve entender como *objetos*, a doutrina vem defendendo que cabem aqui não só os objetos com conotação sexual (v.g. vibradores) como quaisquer outros com “(...) aptidão para entrar nas cavidades vaginal ou anal³²”.

Relativamente às partes do corpo, dúvidas não parecem existir de que se trata de mãos, dedos, braços, pernas, pés, língua ou até mesmo o nariz.

Relativamente ao tipo subjetivo, o crime de violação só admite a sua imputação a título doloso, o que resulta da inexistência de previsão da sua punição a título de negligência, como se exige no artigo 13.º do Código Penal.

No que diz respeito ao dolo, são admissíveis todas as modalidades devendo o agente representar a oposição da vontade da vítima.

Sobre este aspeto – o de oposição da vítima – importa referir que atualmente não se exige que essa oposição se exprima unicamente por meios físicos, admitindo-se, ao invés, que a vítima o faça por palavras, gestos ou qualquer outro meio perceptível³³.

Também CLARA SOTTOMAYOR³⁴ se pronunciou relativamente a este aspeto referindo que “*a ausência de consentimento pode ser expressa por qualquer meio: de forma verbal ou não verbal, por gestos ou expressões de medo ou de repulsa. Não tem de ser acompanhada por atos físicos de resistência ou oposição. A noção de consentimento pressupõe, em regra, atos positivos e de colaboração, ou uma conduta ativa. O silêncio não pode ser identificado com consentimento. Nestes contextos, o silêncio resulta do medo e do estado de terror da vítima, da dissociação de personalidades, da paralisia, ou da consciência da inutilidade de qualquer reação*”.

Tal entendimento não é acompanhado por FIGUEIREDO DIAS³⁵ que entende que age 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”.

É, aliás, mercê deste entendimento que a jurisprudência se encontra repleta de decisões questionáveis do ponto de vista da interpretação daquilo que se deve entender por dissentimento, destacando-se a título de curiosidade o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18.10.1989³⁶ e, mais recentemente, do Tribunal da Relação do Porto de 13.04.2011.

³¹ Cfr. entendimento seguido por JOSÉ MOURAZ LOPES e TIAGO CAIADO MILHEIRO, *Crimes Sexuais*, p. 62.

³² Cfr. MARIA DO CARMO SILVA DIAS, *Repercussões da Lei n.º 59/2007...*, p. 240.

³³ Cfr. acórdão do TEDH M.C. v. Bulgária de 04.12.2003 disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22m.c.%20bulgaria%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22G-RANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-61521%22%5D%7D>.

³⁴ SOTTOMAYOR, Maria Clara, “A convenção de Istambul e o novo paradigma da violência de género”.

³⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, p. 729.

³⁶ Entendeu este acórdão que “*contribui para a realização de um crime de violação a ofendida, rapariga nova mas mulher feita que: a) Sendo estrangeira, não hesita em vir para a estrada pedir boleia a quem passa; b) Sendo impossível que não tenha previsto o risco em que incorre; c) Se mete num carro, com outra e com dois rapazes,*

Importa ainda ter em consideração o ensinamento de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE³⁷ quando refere que ainda que a vítima consinta, de forma livre e esclarecida, num primeiro momento, com a prática de qualquer ato de natureza sexual, não quer dizer que consinta nos demais, porque a partir do momento em que o agente conhece a oposição da vítima, e impõe a sua vontade, a sua ação é ilícita³⁸.

3. Natureza dos crimes, agravação e registo criminal

Conforme decorre do artigo 178.º, n.º 10, do Código Penal, os crimes de violação e de coação sexual são crimes semipúblicos porquanto o procedimento depende do prévio exercício do direito de queixa pelo ofendido, considerando-se como tal o titular dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação (cfr. artigos 48.º e 49.º do Código de Processo Penal e artigo 113.º, n.º 1, do Código Penal).

Todavia, o n.º 2 do artigo 178.º do Código Penal permite que o Ministério Público possa, no prazo de seis meses a contar da data do conhecimento do facto e dos seus autores, dar início ao procedimento, sempre que a tal aconselhe o interesse da vítima.

Os referidos crimes transmutam-se em crimes públicos caso sejam praticados contra menor ou se deles resultar o suicídio ou morte da vítima.

Importa, a este propósito, fazer uma breve referência ao Projeto de Lei n.º 1058/XIII/4.ª, apresentado pelo Bloco de Esquerda, que prevê, entre outras situações, a alteração da natureza dos crimes de coação sexual e violação para crimes públicos.

Destaca-se, apenas a título de curiosidade, o entendimento do Conselho Superior do Ministério Público que defende que com “(...) o atual regime híbrido, mostra-se salvaguardado o equilíbrio entre o interesse do Estado e da comunidade no exercício da ação penal, quanto a crimes sexuais de manifesta gravidade, e o respeito pelos interesses da vítima – que, muitas vezes, enfrenta consequências perniciosas e de «revitimização» com a investigação criminal”.

Apenas umas breves palavras acerca da agravação dos aludidos crimes.

Prevista no artigo 177.º do Código Penal a agravação dos crimes tem consequências ao nível da moldura penal e encontra o seu fundamento nas características da vítima, da relação com o agente ou, ainda, nas características deste.

Com efeito, compulsado o corpo do aludido normativo, verificamos que os crimes sofrem agravação quando a vítima:

*ambas conscientes do perigo que corriam, por estarem numa zona de turismo de fama internacional, **onde abundam as turistas estrangeiras com comportamento sexual muito mais liberal do que o da maioria das nativas;** d) E conduzida durante alguns quilómetros pelo agente, que se desvia da estrada para um sitio ermo; e) E puxada para fora do carro e tenta fugir, mas e logo perseguida pelo agente, que a empurra e faz cair no chão; f) Sendo logo agredida por ele com pontapés, agarrada pela blusa e arrastada pelo chão cerca de 10 metros; g) Tentando ainda libertar-se, e esbofeteada, agarrada por um braço e ameaçada pelo agente com o punho fechado; h) E intimidada assim, pelo agente, que lhe tira os calções e as cuecas, **não oferece mais resistência** e, contra a sua vontade, e levada a manter relações sexuais completas pelo primeiro; e i) Apos ter mantido, a força, relações sexuais, com medo de que o agente continuasse a maltrata-la, torna-se amável para com ele, elogia-o, dizendo-lhe que era muito bom no desempenho sexual e assim consegue que ele a leve ao local de destino, onde a deixou.” (negrito e sublinhado nossos).*

³⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal Anotado (...)*, p. 642.

³⁸ V.g. quando a vítima aceita praticar coito oral mas já não cópula vaginal.

- (i) for ascendente, descendente, adotante, adotada, parente ou afim até ao segundo grau do agente,
- (ii) se encontrar numa relação familiar, de coabitação, de tutela ou curatela, de dependência hierárquica, económica ou de trabalho do agente e o crime for praticado com aproveitamento da mesma,
- (iii) se o agente for portador de doença sexualmente transmissível,
- (iv) se dos factos resultar a gravidez, ofensa à integridade física grave, transmissão de agente patogénico que crie perigo para a vida, suicídio ou morte da vítima,
- (v) se a vítima for menor de 16 anos,
- (vi) se a vítima for menor de 14 anos ou, ainda,
- (vii) se o crime for praticado conjuntamente por duas ou mais pessoas.

A verificação das referidas situações pode importar, no limite, uma agravação até um máximo de metade da pena.

Importa salientar que, de acordo com o disposto no n.º 8 do artigo 177.º do Código Penal, que *“se no mesmo comportamento concorrerem mais do que uma das circunstâncias (...) só é considerada para efeitos de determinação da pena aplicável a que tiver efeito agravante mais forte, sendo a outra ou outras valoradas na medida da pena”*.

Relativamente ao registo criminal oferece-nos dizer que, atento o disposto no artigo 4.º, n.º 1 da Lei n.º 113/2009, de 17 de setembro, e estando em causa a prática de um crime contra a liberdade e autodeterminação sexual, *“(...) o cancelamento previsto na alínea a) do n.º 1 do artigo 11.º da Lei n.º 37/2015, de 5 de maio, ocorre decorridos 25 anos sobre a extinção da pena, principal ou de substituição, ou da medida de segurança, e desde que entretanto não tenha ocorrido nova condenação por crime”*.

4. Concurso de infrações

Conforme já referimos, o crime de violação encontra-se numa relação de especialidade face ao crime de coação sexual, assumindo-se este como o crime matriz.

Analisemos agora apenas algumas das questões de concurso de infrações que se podem colocar e que são comuns aos crimes que vimos de analisar.

Comete apenas um crime – de violação ou de coação sexual - o agente que, na mesma ocasião, realiza mais do que um ato sexual de relevo com a vítima; ao invés, comete tantos crimes – de violação ou de coação sexual - quantas as vítimas com quem praticar aqueles atos.

Por outro lado, os referidos crimes encontram-se – cada um deles - numa relação de concurso aparente, por consunção, relativamente ao crime de ofensa à integridade física simples se estas forem realizadas com vista à execução do ato sexual de relevo. Já assim não será se as ofensas extravasarem o necessário à consumação do crime - de violação ou de coação sexual -, caso em que estaremos perante um concurso efetivo.

O mesmo se passa com o crime de sequestro – concurso aparente, por consunção – apenas e só quando este se destina a efetivar o ato sexual de relevo, caso em que, extravasando, estamos perante um concurso efetivo.

Já estaremos perante um concurso efetivo entre os referidos crimes e o crime de homicídio, mesmo que este tenha sido cometido como forma de ocultar aquele outro. Caso o homicídio

resulte da prática do ato sexual de relevo, estaremos então perante um crime de coação sexual ou de violação, consoante o caso, com a agravação constante do artigo 177.º, n.º 4, do Código Penal.

O mesmo se passa com o concurso entre o crime de violação e o de violência doméstica³⁹ se se considerar que os factos assumem uma gravidade tal que permitam a sua autonomização⁴⁰.

Por fim, não se admite a figura do crime continuado atento o disposto no artigo 30.º, n.º 3, do Código Penal.

5. Penas acessórias

Encontram-se previstas nos artigos 69.º-B e 69.º-C do Código Penal as penas acessórias aplicáveis a quem for punido pela prática, entre outros, dos crimes de coação sexual e violação.

Assim, e com reporte ao artigo 69.º-B, são as seguintes as penas acessórias suscetíveis de ser aplicadas, a saber:

- Proibição de exercício de profissão, emprego, funções ou atividades, públicas ou privadas, ainda que não remuneradas, e cujo exercício envolva contacto regular com menores, por período entre 2 a 20 anos, quando o agente praticar crime previsto nos artigos 163.º a 176.º-A e a vítima seja menor, tendo em consideração a concreta gravidade do facto e a sua conexão com a função exercida pelo agente; e,
- Proibição de exercer profissão, emprego, funções ou atividades, públicas ou privadas, cujo exercício envolva contacto regular com menores, por período entre 5 a 20 anos, quando o agente praticar crime previsto nos artigos 163.º a 176.º-A e a vítima seja menor.

Já o artigo 69.º-C prevê as seguintes penas acessórias, a saber:

- Proibição de assumir a confiança de menor, em especial a adoção, tutela, curatela, acolhimento familiar, apadrinhamento civil, entrega, guarda ou confiança, por período entre 2 a 20 anos, quando o agente praticar crime previsto nos artigos 163.º a 176.º-A e a vítima seja menor, tendo em consideração a concreta gravidade do facto e a sua conexão com a função exercida pelo agente;
- Proibição de assumir a confiança de menor, em especial a adoção, tutela, curatela, acolhimento familiar, apadrinhamento civil, entrega, guarda ou confiança, por período entre 5 a 20 anos, quando o agente praticar crime previsto nos artigos 163.º a 176.º-A e a vítima seja menor; e,
- Inibição do exercício das responsabilidades parentais, por período entre 5 a 20 anos, quando o agente praticar crime previsto nos artigos 163.º a 176.º-A e a vítima

³⁹ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13.12.2016, proc. n.º 1152/15.OPBAMD-5, relator Cid Geraldo, disponível em www.dgsi.pt.

⁴⁰ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18.09.2018, proc. n.º 974/16.OPEOER-A.L1-5, relator José Adriano, disponível em www.dgsi.pt.

seja seu descendente, do seu cônjuge ou de pessoa com quem mantenha relação análoga à dos cônjuges.

6. Prática e gestão do inquérito

6.1. A vítima: especificidades

Seguindo de perto o entendimento de José Mouraz Lopes e Tiago Caiado Milheiro⁴¹, na análise e compreensão da criminalidade sexual – e, sobretudo, do papel da vítima – importa ter presentes as concretas características desta realidade.

Por um lado, a realidade intimista e reservada que é a sexualidade do ser humano permite que o agressor negue a prática do crime que, regra geral, é praticado em local reservado.

Por outro lado, surge-nos a dimensão dualista deste tipo de criminalidade. Regra geral, e mesmo que possa ocorrer a intervenção de terceiros no crime, a criminalidade sexual gira em torno do agressor e vítima, sendo por isso relevante analisar o tipo de relação existente entre aqueles e que poderá ter servido de motivação na forma de execução do crime.

Noutro plano surge-nos a relação de poder existente entre o agressor e a vítima. Esta relação pode assumir uma dimensão de domínio pela violência ou de domínio psicológico, sendo também ela elemento fundamental do processo de planeamento e execução do crime por parte do agressor.

Uma quarta característica assenta na dificuldade de constatar a existência de evidências físicas da perpetração daqueles crimes. Essa dificuldade surge por duas ordens de razões: da parte do agressor há um evidente cuidado em não deixar um “rasto” biológico que permita chegar à sua identidade; da parte da vítima há, compreensivelmente, uma tendência a refugiar-se e a esconder ou eliminar os vestígios daquilo que, contra a sua vontade, se verificou.

Por fim, surge-nos o trauma decorrente da vivência desses factos. É inegável que a concretização de um crime sexual – regra geral praticado sobre uma mulher – é fonte de diversos e evidentes traumas psicológicos, os quais, no campo da investigação, se traduzem em sérios problemas como as perdas de memória, os ataques de ansiedade ou quaisquer outras manifestações relacionadas com o stresse pós-traumático.

Todas estas características conjugadas entre si conduzem à conclusão de que a investigação deste tipo de crimes – centrada, sobretudo, no papel da vítima e na importância que esta assume para a aquisição de provas – enfrenta sérias dificuldades.

Com efeito, a inquirição da vítima enquanto testemunha assume o papel central neste tipo de investigação, sendo assim *mister* a consciencialização, por parte de todos os operadores, da essencialidade deste depoimento e dos cuidados a ter na abordagem da vítima.

Em razão das características *supra* explanadas – mormente o facto de ser algo que se insere na esfera privada do ser humano e o trauma que pode daí decorrer – a postura muitas vezes adotada pela vítima é a da negação como meio de defesa e reação ao trauma e exposição que sofreu.

⁴¹ LOPES, José Mouraz e MILHEIRO, Tiago Caiado, *Crimes Sexuais – Análise substantiva e processual*, Coimbra Editora, pp. 18 a 22.

Acresce que, como vimos, esta negação pela vítima é seguida de uma negação pelo agressor que, não raras as vezes, procura também o descrédito da vítima questionando a veracidade do seu depoimento – quer por via da referência à sua idade, quando menores, ou fazendo referência a depoimentos “imaginários” e fabulados – ou sugerindo que a vítima teve algum grau de “comparticipação” nos factos - mediante referência a uma eventual “sedução” da sua parte ou até a aspetos da sua vida particular como o facto de ter diferentes parceiros sexuais ou comportamentos viciosos de outra índole.

Tudo isto concorre para que a vítima que, inicialmente, “apenas” sofreu uma lesão no seu corpo e integridade física, veja agora a sua honra e carácter atingidos o que poderá contribuir para a sua revitimização.

Sempre se dirá que a essencialidade do depoimento da vítima pode ser mitigada pela existência de evidências físicas do cometimento do crime. Todavia, nem sempre assim é.

Como vimos, mercê do facto de ser um crime que belisca com aquilo que de mais íntimo existe na vida do ser humano, da parte do agressor há um evidente cuidado em não deixar um “rasto” biológico que permita chegar à sua identidade e da parte da vítima há uma tendência a refugiar-se e a esconder ou eliminar os vestígios daquilo que, contra a sua vontade, se verificou. Deste modo, só um exame pericial realizado imediatamente após a prática dos factos permite conduzir a resultados satisfatórios.

Aqui chegados, importa questionar de que modo é que o processo penal português protege as vítimas, sem descurar a preocupação com a descoberta da verdade material.

A Lei n.º 130/2015, de 04 de setembro veio consagrar o estatuto da vítima e com ela procedeu-se a uma alteração no Código de Processo Penal que passou a prever, no artigo 67.º-A a figura da vítima.

Coloca-se então a questão de saber se, em virtude dessa inclusão no Código de Processo Penal, a vítima pode ser considerada um verdadeiro sujeito processual.

Nas palavras de Germano Marques da Silva⁴² “(...) importa distinguir aqueles participantes processuais que conduzem ativamente o processo, cuja atividade tem função determinante da decisão final, e que se denominam sujeitos processuais, daqueles outros que apenas colaboram no processo, mas não têm faculdades de iniciativa ou de decisão com respeito ao processo, que denominaremos de meros participantes no processo”.

Um dos principais direitos processuais que o nosso sistema atribui à vítima é o de poder participar no processo sem que para tal tenha de se constituir assistente. Tal direito, vertido no n.º 5 do artigo 67.º-A do CPP, confere à vítima o direito de, no inquérito, colaborar com o Ministério Público e com os OPC, e de na instrução e julgamento colaborar com o Tribunal na descoberta da verdade material.

Por outro lado, todas as decisões a tomar no decurso da investigação devem visar sempre o interesse da vítima, ao lado da descoberta da verdade, o que inculca a ideia de que esta pode, de alguma forma, influenciar o desfecho do processo.

⁴² SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal I*, 5ª edição, 2008, Verbo, pp. 147 e 148.

Acresce que, num esforço de interpretação sistemática, é de salientar que o legislador teve o cuidado de inserir a figura da vítima logo após o defensor do arguido e antes do assistente, o que bem demonstra a importância que tem na estrutura do processo penal português.

6.2. Competência para a investigação

Dispõe o artigo 1.º do Estatuto do Ministério Público (aprovado pela Lei n.º 47/86, de 15 de outubro) que “o Ministério Público representa o Estado, defende os interesses que a lei determinar, participa na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, ***exerce a ação penal orientada pelo princípio da legalidade e defende a legalidade democrática, nos termos da Constituição, do presente Estatuto e da lei***” (negrito e sublinhado nossos). Tal competência é reforçada nas alíneas c) e h) do n.º 1 do artigo 3.º do mesmo diploma legal.

Porém, determina o n.º 3 daquele artigo que o Ministério Público pode ser coadjuvado, no exercício das suas funções, pelos órgãos de polícia criminal, cuja atividade processual fiscaliza (cfr. alínea n), do n.º 1 do artigo 3.º).

Já o Código de Processo Penal, mormente no artigo 263.º, n.º 1, estabelece que “a direção do inquérito cabe ao Ministério Público, assistido pelos órgãos de polícia criminal”. Mais se estabelece nesse normativo que os referidos órgãos atuam sobre a direta orientação e dependência funcional do Ministério Público.

Significa isto que o legislador entendeu que o pleno exercício da ação penal por parte do Ministério Público só é possível com a coadjuvação por parte dos órgãos de polícia criminal.

Assim, e na sequência do que se vem expondo, as Circular da PGR n.º 6/02 e Diretiva da PGR 1/2002 determinam que haja intervenção direta do Ministério Público “nos inquéritos relativos a crimes puníveis com pena de prisão superior a 5 anos analisando a notícia do crime e, em princípio, definindo as diligências de investigação a levar a cabo ou participando diretamente na sua realização, quando o julgarem oportuno, sem prejuízo da delegação genérica de competências para a investigação, na Polícia Judiciária (...)”.

Tomando como referência os crimes que por ora nos ocupam – coação sexual e violação – e tendo em conta que são punidos com pena de prisão superior a 5 anos, temos que, de acordo com o disposto naqueles instrumentos hierárquicos e no artigo 7.º, n.º 3, alínea a), da Lei de Organização da Investigação Criminal (aprovada pela Lei n.º 49/2008, de 27 de agosto), a competência para a investigação pertence à Polícia Judiciária.

Todavia, como *infra* se explicitará, entendemos que o primeiro despacho a proferir nestes inquéritos não deve ser um despacho de delegação genérica de competência devendo, ao invés, pormenorizar as diligências que pretendemos que sejam levadas a cabo.

Acresce que, atento o disposto na Lei n.º 96/2017, de 23 de agosto, que define os objetivos, prioridades e orientações de política criminal para o biénio de 2017-2019, os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual são crimes de investigação prioritária (cfr. artigo 3.º, alínea c)).

6.3. Aquisição da notícia do crime e abertura do inquérito

Dispõe o artigo 241.º do Código de Processo Penal que “o Ministério Público adquire notícia do crime por conhecimento próprio, por intermédio dos órgãos de polícia criminal ou mediante denúncia”.

Atenta a natureza dos crimes de coação sexual e violação, mormente o facto de se tratar de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, tal significa que os mesmos encerram especificidades no que a este aspeto diz respeito.

Com efeito, apenas nos parece como provável a aquisição da notícia do crime mediante denúncia efetuada pela própria vítima, atentas as concretas características deste tipo de criminalidade que *infra* se irão expor.

Acresce que, atento o disposto no artigo 178.º do Código de Processo Penal, os crimes de coação sexual e violação têm natureza semipública, exceto se forem praticados contra menor ou se deles resultar o suicídio da vítima. Por outro lado, se o interesse da vítima assim o aconselhar, o Ministério Público pode, mesmo nos casos em que os crimes assumem a natureza semipública, dar início ao processo no prazo de seis meses a contar da data em que tiver tido conhecimento dos factos e dos seus autores⁴³.

Assim, e de acordo com o disposto no artigo 49.º do Código de Processo Penal, regra geral, o Ministério Público apenas pode promover o processo a impulso do ofendido.

Caso tal suceda, dispõe o artigo 264.º, n.º 1, do Código de Processo Penal que será competente para a realização do inquérito o Ministério Público que exerça funções no local em que o crime tiver sido cometido⁴⁴.

Algumas palavras se impõem relativamente ao momento de aquisição da notícia do crime. Tratando-se de crimes em que, como se disse, a aquisição da notícia do crime ocorrerá mediante denúncia efetuada pela própria vítima, algumas medidas cautelares e de polícia podem, desde logo, ser tomadas.

Com efeito, e sempre tendo em consideração os elementos facultados pela denunciante, pode ser efetuado um exame ao local que vier a ser indicado (cfr. artigo 249.º, n.ºs 1 e 2, alínea b, do Código de Processo Penal) tendo em vista a recolha de vestígios biológicos ou de outra índole.

Pode ainda impor-se a realização de uma perícia médico-legal de carácter urgente à vítima para recolha de vestígios suscetíveis de se “(...) perderem ou alterarem rapidamente (...)”, conforme resulta do disposto no artigo 13.º da Lei n.º 45/2004, de 19 de agosto.

⁴³ O legislador pretendeu, com a reforma operada pela Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto, conferir natureza pública ao aludido crime por entender que o bem jurídico protegido – liberdade sexual – justificava o desencadeamento do processo criminal pelo Estado. Porém, considerando os interesses pessoais da vítima, mormente o seu interesse em simplesmente não querer o prosseguimento do procedimento criminal, entendeu-se ser de manter a natureza semipública.

⁴⁴ É importante ter em consideração que esta é a regra geral, podendo suceder que não se saiba, em concreto, qual o local onde o crime foi cometido ou este ter sido cometido no estrangeiro, situações em que se observará o disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 264.º do Código de Processo Penal.

6.4. O planeamento da investigação e o primeiro despacho

Num momento prévio à delegação de competências, e após ser recebida a notícia do crime, o Magistrado deve determinar a realização de pesquisas nas bases de dados existentes acerca de processos pendentes relativos ao suspeito que se possa encontrar, desde logo, identificado. Tal visa evitar a pendência desnecessária de diversos inquéritos com o mesmo objeto, permitindo desde logo ponderar a eventual conexão processual.

Após, segue-se a prolação do primeiro despacho de inquérito propriamente dito, nos termos do qual, pese embora delegue a competência para a investigação, o Magistrado deve, desde logo, definir a estratégia de investigação que pretende ver trilhada.

Como *infra* se irá expor, as concretas características deste tipo de criminalidade sexual condicionam a obtenção de prova pelo que, deve o Magistrado especificar quais as concretas diligências que devem ser realizadas e, nos casos em que tal se afigure necessário, especificar quais as questões que devem ser colocadas à vítima.

O objetivo com a prolação do primeiro despacho é concentrar no mesmo todas as diligências que se pretendem ver realizadas, com a especificação de tudo o que se pretende obter com as mesmas, por forma a evitar constantes devoluções do inquérito.

Sugere-se, assim, que o Magistrado faça, desde logo, uma breve síntese dos factos noticiados e o respetivo enquadramento jurídico-penal.

Por outro lado, o Magistrado deve ponderar se a definição da estratégia a adotar deve constar daquele despacho.

Nesta fase deve ainda ser ponderada a sujeição do inquérito a segredo de justiça (cfr. artigo 86.º do Código de Processo Penal), sendo que nesse juízo devem assumir preponderância os interesses da vítima conjugados com os da investigação a desenvolver.

Deve, por fim, definir quais as diligências probatórias a levar a cabo, pese embora possa vir a delegar a sua execução na Polícia Judiciária.

No fundo, aquilo que se pretende é que o primeiro despacho seja o momento de eleição para o primeiro saneamento do inquérito e das questões que o mesmo, desde logo, levanta.

Noutro plano, é importante que o Magistrado, em obediência à direção efetiva do inquérito e controlo do processado, fixe prazos concretos para a conclusão das diligências ordenadas e controlar o seu cumprimento.

6.5. Recolha de prova

No domínio da recolha da prova também são variadas as questões que se colocam quando estamos perante crimes de natureza sexual, porém centraremos a nossa análise em apenas alguns aspetos.

Previstas no artigo 271.º do Código de Processo Penal, as declarações para memória futura são uma importante exceção ao princípio da imediação e constituem o grande *trunfo* dos processos em que se investigam crimes sexuais

A sua utilização é obrigatória nos casos em que a vítima seja menor e *desejável* nos demais. Com efeito, os benefícios que se alcançam em matéria de proteção da vítima, mormente ao evitar a revitimização⁴⁵⁴⁶, demandam que o Magistrado recorra a este modo de produção de prova.

Esta é, igualmente, uma questão a ponderar em sede de primeiro despacho. Nos casos em que a vítima é maior o Magistrado deve, recorrendo à experiência que tem enquanto tal e também enquanto cidadão, ponderar se, naquele caso concreto, se justifica a tomada de declarações para memória futura.

Nos casos em que a vítima seja menor, a tomada de declarações deve ocorrer, preferencialmente, num ambiente informal e sem a solenidade habitual de uma sala de audiência, sendo aconselhado que os magistrados e advogados presentes não utilizem o traje profissional. Por outro lado, o n.º 4 do artigo 271.º obriga que o menor seja acompanhado por um técnico⁴⁷ especialmente habilitado para o efeito.

Caso não sejam tomadas declarações para memória futura à vítima o Magistrado deve ponderar se no caso se mostra necessário requerer o afastamento do arguido durante a prestação de declarações da vítima e sempre que tiver razões para crer que a presença daquele poderá inibi-la de dizer a verdade ou que possa prejudicar gravemente (cfr. artigo 352.º, n.º 1 do Código de Processo Penal).

Também o reconhecimento de pessoas (cfr. artigo 147.º do Código de Processo Penal) se assume como um relevante meio de prova, sendo admissível o reconhecimento por descrição⁴⁸ ou através de seleção de uma pessoa⁴⁹. É de salientar que não se exige o reconhecimento do corpo inteiro do agressor, bastando que a vítima seja capaz de descrever alguma parte do corpo.

Por outro lado, também a prova datiloscópica pode assumir importância neste domínio caso seja possível, por exemplo, recolher vestígios desta índole no local do crime e, posteriormente, compará-los com as impressões digitais do arguido⁵⁰, ou, ainda, com os vestígios de ADN.

A este propósito assume particular importância o que resulta da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro que aprova a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal.

Com efeito, dispõe o artigo 8.º, n.º 2, daquele diploma legal que *“a recolha de amostra em arguido condenado por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos, ainda que esta tenha sido substituída, com a consequente inserção do respetivo perfil de ADN na base de dados, é sempre ordenada na sentença”*.

⁴⁵ Cfr. Artigo 17.º, n.º 2, da Lei n.º 130/2015, de 04 de setembro que nos diz que *“a inquirição da vítima e a sua eventual submissão a exame médico devem ter lugar, sem atrasos injustificados, após a aquisição da notícia do crime, apenas quando sejam estritamente necessárias às finalidades do inquérito e do processo penal e deve ser evitada a sua repetição”*.

⁴⁶ Veja-se que o legislador, no artigo 24.º, n.º 1, da Lei n.º 130/2015, de 04 de setembro, a possibilidade de a vítima especialmente vulnerável requerer a prestação de declarações para memória futura.

⁴⁷ Regra geral, um psicólogo indicado pelas equipas da Segurança Social ou da DGRSP.

⁴⁸ Cfr. artigo 147.º, n.º 1, do Código de Processo Penal: a vítima deve descrever pormenoradamente tudo aquilo de que se recorda acerca do agressor para que depois se possa fazer a devida comparação.

⁴⁹ Cfr. artigo 147.º, n.º 2.

⁵⁰ Sendo supriável o seu consentimento mediante decisão judicial que pondere os seus interesses e direitos, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 61.º, n.º 3, alínea d), 154.º, n.º 3, e 172.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Penal.

Tal permite, obtendo-se o perfil de ADN do suspeito, efetuar uma comparação com os perfis existentes na base de dados por forma a obter uma coincidência (cfr. artigo 13.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro).

Assim, a par da ponderação da realização desta diligência de investigação (a qual, como vimos, pode ser logo realizada no âmbito das medidas cautelares e de polícia), o Magistrado deve igualmente, no momento da prolação do despacho de acusação, pronunciar-se acerca da recolha de ADN do arguido caso venha a ser condenado.

Por fim, a rainha das provas neste campo de criminalidade é a perícia. Falamos, evidentemente, da perícia a efetuar às lesões que a vítima apresente ou aos eventuais vestígios que sejam encontrados no corpo e roupa, mormente sémen, pelos púbicos ou sangue.

As perícias médico-legais são da competência do Instituto Nacional de Medicina Legal⁵¹ e, conforme resulta do artigo 17.º, n.º 2, da Lei n.º 130/2015, de 04 de setembro devem ser realizadas logo após a notícia do crime.

O desejável é que, após a apresentação de queixa, a vítima seja, de imediato, encaminhada para o hospital a fim de realizar os competentes exames médico-legais. Caso tal não suceda, ou pelo menos não resulte do expediente, deve o Magistrado, no momento da prolação do primeiro despacho, pronunciar-se quanto a esta questão.

Deve ainda, nos casos em que a vítima seja menor, ser ponderada a realização de uma perícia à personalidade (cfr. artigo 131.º, n.º 3, do Código de Processo Penal) a qual servirá, nomeadamente, para interpretar os resultados obtidos nas declarações para memória futura e para aferir do grau de desenvolvimento e maturidade da criança, da capacidade de se exprimir e de compreender os conceitos básicos no domínio da sexualidade e, ainda, para aferir a extensão do dano.

6.6. Das medidas de coação e garantia patrimonial

No decurso da investigação pode surgir a necessidade de aplicar uma medida de coação ao arguido. No caso da criminalidade sexual, em específico, e para além da observância de todos os requisitos aplicáveis nesta matéria, o Magistrado deve ter em mente a proteção da vítima.

Atenta a moldura penal dos crimes em estudo poderá ser aplicada ao arguido qualquer uma das medidas de coação previstas nos artigos 196.º a 202.º do Código de Processo Penal.

No que concerne aos requisitos gerais, constantes do artigo 204.º do Código de Processo Penal, verificamos que no caso da criminalidade sexual os constantes das alíneas b) e c) são os que tendem, com maior frequência, a verificar-se.

Com efeito, o perigo de perturbação do inquérito, nomeadamente na modalidade de aquisição da prova, tende a manifestar-se de forma exuberante atenta a relação de poder existente entre o agressor e a vítima e, por outro lado, a situação de fragilidade emocional em que esta se pode sentir em virtude do crime.

⁵¹ Cfr. Lei n.º 45/2004, de 19 de agosto que estabelece o regime jurídico das perícias médico legais e forenses.

Do mesmo modo, o perigo de continuação da atividade criminosa também se pode manifestar com frequência neste tipo de criminalidade porquanto, precisamente atenta a relação de poder existente entre o agressor e a vítima, aquele pode procurar repetir factos. Por outro lado, e porque o agressor é sabedor da atitude que muitas vítimas tomam – a de se remeterem ao silêncio – pode procurar praticar os factos com outras.

O que se acaba de dizer não significa que neste tipo de criminalidade não se verifique, também, o perigo de fuga. Com efeito, sempre que os factos sejam cometidos por estrangeiro que se encontre ilegal em território nacional ou que, pese embora legal, tenha poucos vínculos com o país, deve ser ponderada a verificação deste perigo.

Algumas considerações se impõem relativamente a cada uma delas, sempre com reporte ao tipo de crimes que vimos de analisar.

A medida de coação de suspensão do exercício de profissão, de função, de atividade ou de direitos, prevista no artigo 199.º do Código de Processo Penal, reveste-se de interesse quando, sendo o crime praticado sobre um menor, o arguido exerça alguma atividade profissional que implique o contacto com crianças. Acresce que, sendo, como vimos *supra*, aplicada aos dois crimes a pena acessória de proibição de exercício de profissão, emprego, funções ou atividades, públicas ou privadas, mostra-se preenchido o requisito constante da parte final do n.º 1 daquele normativo.

Noutro plano, a medida de coação prevista no artigo 200.º também se mostra, em abstrato, suscetível de satisfazer as necessidades cautelares na medida em que pode, por exemplo, impedir o contacto entre o arguido e a vítima ou, por outro, obriga-lo a sujeitar-se ao tratamento de dependências de que padeça e que tenham favorecido a prática do crime.

De resto, as medidas de coação de obrigação de permanência na habitação com vigilância eletrónica e de prisão preventiva também se mostram inteiramente aptas a satisfazer as necessidades cautelares, sobretudo se cumuladas com a obrigação de não contactar com a vítima.

6.7. Encerramento do inquérito

6.7.1. Generalidades

Dispõe o artigo 276.º do Código de Processo Penal que *“o Ministério Público encerra o inquérito, arquivando-o ou deduzindo acusação, nos prazos máximos de seis meses, se houver arguidos presos ou sob obrigação de permanência na habitação, ou de oito meses, se os não houver”*.

Ignorando as hipóteses de alargamento daqueles prazos, previstas no n.º 2, importa reter que, neste momento processual, o Magistrado é confrontado com duas hipóteses: o arquivamento ou a acusação.

Exige-se assim que o Magistrado, chegado a este momento, proceda a *“(…) um juízo sobre a plenitude da atividade investigativa, ou seja, sobre o esgotamento de todas as vias de investigação em ordem ao apuramento da verdade dos factos denunciados ou de qualquer outros de relevância criminal revelados no decurso da investigação tanto na perspetiva da*

*recolha de indícios do crime e da identidade do seu autor, como na da averiguação das causas de justificação do facto*⁵²”.

Esse juízo traduzir-se-á, necessariamente, na cuidada e exigente análise dos meios de prova recolhidos em ordem a apreciar se os mesmos se traduzem em indícios suficientes de se ter verificado crime e de quem foi o seu agente (cfr. n.º 1 do artigo 283.º do Código de Processo Penal).

Seguindo o entendimento de HENRIQUES GASPAR⁵³, “constituem indícios suficientes os elementos que, relacionados e conjugados, persuadem da culpabilidade do agente, traduzidos em vestígios, suspeitas, presunções, sinais e indicações aptos para convencer que existe um crime e de que alguém determinado é responsável”. Tais elementos terão de ser suscetíveis de formar a convicção de que, submetendo-se o arguido a julgamento, o mesmo será condenado.

Feito este juízo, o Magistrado estará apto, consoante o que do mesmo resultar, a proferir despacho de arquivamento ou de acusação.

É de salientar que, estando em causa um crime punido com pena de prisão superior a cinco anos, impõe-se a comunicação do despacho de arquivamento ao superior hierárquico imediato, conforme determina a Circular n.º 6/2002 da PGR.

No caso de ser proferido despacho de acusação, para além dos elementos elencados no n.º 3 do artigo 283.º do Código de Processo Penal, o Magistrado deve tomar posição sobre algumas questões.

Já vimos *supra* que deve promover que seja recolhida uma amostra de ADN ao arguido em caso de condenação, por forma a operacionalizar o que se encontra disposto na Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, relativa à base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal.

Por outro lado, o Magistrado deve também pronunciar-se acerca do registo de identificação criminal de condenados por crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual, caso sejam praticados contra menor.

Com efeito, a Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto, que transpôs a Diretiva 2011/93/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13.12.2011, criou o sistema de registo de identificação criminal de condenados pela prática de crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menor e, pese embora a competência para a promoção desse registo seja da Direção-Geral da Administração da Justiça, após o registo dos boletins do registo criminal (cfr. artigo 8.º, n.º 1, do referido diploma legal), nada impede que o Ministério Público tome, desde logo, posição sobre este aspeto.

É ainda de salientar que a criação deste sistema de registo, que assenta essencialmente em três finalidades elencadas no artigo 3.º⁵⁴, não mereceu acolhimento de grande parte da doutrina, avultando a posição de JOSÉ MOURAZ LOPES e TIAGO CAIADO MILHEIRO⁵⁵ quando

⁵² Cfr. COSTA, Maia, *Código de Processo Penal Comentado*, Almedina, 2.ª ed., 2016, p. 925.

⁵³ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21.05.2003, proc. n.º 03P1493, relator Henriques Gaspar, disponível em www.dgsi.pt.

⁵⁴ As referidas finalidades são (i) o acompanhamento da reinserção do agente na sociedade, (ii) o zelo pelo interesse superior das crianças e dos jovens, em ordem à concretização do direito destes a um desenvolvimento pleno e harmonioso e (iii) o auxílio à investigação criminal.

⁵⁵ Ob. cit., pp. 430 e 431.

referem que os deveres impostos no regime “(...) colidem com a liberdade ambulatoria e com a reserva da vida privada” e que o regime “(...) colide com os princípios da culpa, da igualdade e da reinserção social do agente, enquanto direitos fundamentais (...)”.

6.7.2. As soluções de consenso

Como vimos, a atuação do Ministério Público é orientada pelo estrito cumprimento do princípio da legalidade, significando tal que não existe margem de discricionariedade nas decisões de instaurar procedimento criminal, promover a investigação ou deduzir acusação ou arquivamento.

Porém, tal não significa que este princípio seja absoluto, existindo casos em que o legislador confere a possibilidade de o Magistrado agir consoante critérios de oportunidade. São os casos do arquivamento em caso de dispensa da pena, a suspensão provisória do processo, o processo sumaríssimo e a mediação penal.

Estas soluções estão previstas para os casos de pequena e média criminalidade, onde se incluem os crimes punidos com pena de prisão até cinco anos.

Porém, no caso que ora nos ocupa – a criminalidade sexual – são diversas as especificidades que importa ter em consideração.

Desde logo cremos ser de afastar o recurso à mediação penal. O regime da mediação penal encontra-se previsto na Lei n.º 21/2007, de 12 de junho e visa, como o próprio nome indica, a promoção da aproximação entre o arguido e a vítima com o intuito de encontrarem um acordo que permita a reparação dos danos causados pelo facto ilícito e contribua para a restauração da paz social.

Como vimos, a criminalidade sexual é marcada por características que se prendem com a postura da vítima que se vê atacada naquilo que tem de mais íntimo ou na relação de poder existente entre o agressor a vítima. Tais circunstâncias, cremos, são o bastante para que o recurso a esta solução de consenso não seja possível quando estamos perante a criminalidade sexual.

Relativamente ao arquivamento em caso de dispensa da pena, conforme resulta do artigo 280.º tal só é possível se se encontrar expressamente prevista essa possibilidade no tipo legal.

Compulsado o teor dos artigos 163.º e 164.º do Código Penal verificamos que o legislador não previu a possibilidade de dispensa da pena pelo que se encontra vedado o recurso a esta solução de consenso.

Restam, assim, a suspensão provisória do processo e o processo sumaríssimo.

A suspensão provisória do processo, prevista no artigo 281.º do Código de Processo Penal, pode ser determinada oficiosamente pelo Ministério Público ou requerida pelo assistente ou arguido, pelo período máximo de dois anos, nos casos em o crime for punido com pena de prisão não superior a cinco anos e depende do preenchimento dos seguintes pressupostos:

- i. Concordância do arguido e do assistente;
- ii. Ausência de condenação anterior por crime da mesma natureza;
- iii. Ausência de aplicação anterior do instituto por crime da mesma natureza;
- iv. Não haver lugar a medida de segurança de internamento;

- v. Ausência de um grau de culpa elevado; e,
- vi. Ser de prever que o cumprimento das injunções e regras de conduta responde suficientemente às exigências de prevenção que se fazem sentir no caso concreto.

Caso se esteja perante um processo por crime contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor não agravado pelo resultado, o n.º 8 do artigo 281.º do Código de Processo Penal determina que sejam observados os requisitos acima elencados sob os pontos (ii) e (iii), que haja a concordância do juiz de instrução e do arguido e desde que o interesse da vítima assim o aconselhe.

No que concerne à duração da suspensão, nesta última hipótese – a de crime praticado contra menor não agravado pelo resultado – a suspensão pode ir até aos cinco anos, sendo que na hipótese regra o prazo é de dois anos.

A fixação do prazo e a escolha das injunções encontra-se sujeita a juízo de ponderação entre a censurabilidade da conduta e as necessidades de prevenção geral, devendo aquelas ser suscetíveis de, por um lado, reforçar a segurança da comunidade na vigência da norma e, por outro, dissuadir o arguido de comportamentos futuros da mesma índole.

No que concerne aos crimes sexuais, a atuação do Ministério Público neste domínio encontra-se ainda sujeita à observância de um outro aspeto: o interesse da vítima.

Assim o determina a Diretiva n.º 1/2014 da PGR que estabelece que *“a vítima que não se constituiu assistente, de cuja concordância não depende a suspensão provisória, não deve ser excluída deste diálogo, impondo-se a sua audição tendo em vista, nomeadamente, quando se mostrarem pertinentes, assegurar a reparação de danos provocados pelo crime e a prestação de satisfação moral adequada”*.

Salienta-se assim, uma vez mais, a importância que a figura da vítima assume no contexto dos crimes sexuais, impondo esta orientação hierárquica que a mesma seja ouvida a fim de se maximizarem, em termos de justiça material, os resultados a obter com a suspensão provisória do processo.

Por fim, e no que concerne às injunções que podem ser objeto de escolha – as quais devem ser adequadas, proporcionais e suficientes⁵⁶ –, no domínio da criminalidade sexual surgem com relativa importância o pedido de desculpas, a frequência de programas para agressores sexuais – proporcionados pela DGRSP –, o tratamento médico adequado ou a proibição de contactar a vítima.

Relativamente ao processo sumaríssimo, previsto nos artigos 392.º e seguintes do Código de Processo Penal, importa dizer que o recurso a esta forma processual é admissível quando estamos perante um crime punido com pena de prisão não superior a cinco anos – no caso, a coação sexual na prevista no artigo 163.º, n.º 2, do Código Penal - e o Ministério Público, a requerimento do arguido ou oficiosamente⁵⁷, entender que ao caso deve ser aplicada uma pena ou medida de segurança não privativas da liberdade.

⁵⁶ Cfr. capítulo III, ponto 1 da Diretiva n.º 1/2014 da PGR: *“(…) adequadas à natureza dos factos em questão, às circunstâncias e consequências da sua prática, bem como à conduta anterior e posterior e à situação socioprofissional do arguido; (...) proporcionais à intensidade da concreta conduta criminosa e aos seus efeitos, tendo em conta a gravidade da pena com que seria punido o respetivo crime (...) suficientes em face das exigências de prevenção do caso concreto (...)”* (negrito nosso)

⁵⁷ A Diretiva n.º 1/2016 da PGR estabelece, no capítulo II, ponto 2 que *“no seu interrogatório, seja este realizado pelo Ministério Público ou por órgão de polícia criminal, o arguido é informado da possível aplicação desta forma de*

Com especial relevo para os casos de criminalidade sexual surge a norma constante do artigo 394.º, n.º 2, alínea b), do Código de Processo Penal. Nos termos daquela, o Ministério Público, para além da sanção, propõe também o arbitramento de uma quantia a título de reparação, ao abrigo do disposto no artigo 82.º-A do mesmo diploma legal.

Dispõe aquele normativo no seu n.º 1 que “*não tendo sido deduzido pedido de indemnização civil no processo penal ou em separado, nos termos dos artigos 72.º e 77.º, o tribunal, em caso de condenação, pode arbitrar uma quantia a título de reparação pelos prejuízos sofridos quando particulares exigências de proteção da vítima o imponham*”.

Mostra-se assim curial, à semelhança do que se passa na suspensão provisória do processo, ouvir a vítima de modo a, por um lado, propor a pena que melhor se ajuste ao caso concreto, e, por outro, ajustar o valor da reparação arbitrar⁵⁸.

É ainda de salientar que o Ministério Público pode propor, se assim o entender, que seja aplicada uma pena de prisão suspensa com imposição de regras de conduta ou regime de prova, sendo aqui de frisar a possibilidade de sujeitar o arguido à frequência de programas específicos para agressores sexuais, tratamento médico ou, nos casos em que a vítima seja menor, a proibição do exercício de funções que impliquem o contacto com menores.

Em suma, entendemos que o recurso às soluções de consenso quando estamos perante a criminalidade sexual deve ser pensado, em primeiro lugar, sob a perspetiva de proteção da vítima e, depois, tendo em vista a obtenção dos melhores resultados em termos de prevenção geral e especial.

IV. Hiperligações e referências bibliográficas

Hiperligações

[Assembleia da República](#)
[Base de dados jurídico-documentais](#)
[Centro de Estudos Judiciários](#)
[Ministério Público](#)
[Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa](#)

Referências bibliográficas

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2008.

processo, esclarecido sobre a sua tramitação e sobre as diferenças relativamente ao processo comum”. Por outro lado, no capítulo II das notas complementares, esclarece-se que o cumprimento desse dever “(...) mostra-se essencial para o alertar de que esta forma processual pode ser utilizada no caso e para que melhor possa decidir quando lhe for comunicado o eventual requerimento do Ministério Público nos termos do n.º 2 do art. 396º do CPP, tanto mais que o seu silêncio legítima a aplicação da sanção (n.º 1 do art. 397º do CPP)”.

⁵⁸ Assim o impõe a Diretiva n.º 1/2016 da PGR quando, no capítulo V, ponto 5, refere que “nos processos respeitantes ao crime de violência doméstica, ou a vítimas especialmente vulneráveis, o Ministério Público indica a quantia a atribuir à vítima a título de reparação, exceto se esta a isso se opuser. Com este objetivo, o magistrado titular do inquérito procede à audição da vítima, podendo a oposição desta ser apresentada por qualquer forma”.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, «A Coacção Sexual e a Violação no Código Penal Português», AA. VV., *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70.º aniversário*, Coimbra: Almedina, 2009.

ALVES, Sénio Manuel dos Reis, *Crimes sexuais – notas e comentários aos artigos 163.º a 179.º do Código Penal*, Coimbra: Almedina, 1995.

BELEZA, Tereza Pizarro, «Consent – It's as simple as tea: notas sobre a relevância do dissentimento nos crimes sexuais, em especial na violação», *Combate à violência de género. Da convenção de Istambul à nova legislação penal*, Porto: Universidade Católica Editora, 2016.
DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal: Parte Geral*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DIAS, Maria do Carmo Silva, «A propósito do crime de violação: ainda faz sentido a sua autonomização?», *Revista do Ministério Público*, Ano 21, n.º 81 (janeiro-março 2000), pp. 57-90.

DIAS, Maria do Carmo Silva, «Repercussões da Lei n.º 59/2007, de 4/9 nos crimes contra a liberdade sexual», *Revista do CEJ*, n.º 8, 2008.

GARCIA, M. Miguez e RIO, J. M. Castela, *Código Penal. Parte geral e especial*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2014.

GASPAR, António Henriques, CABRAL, José António Henriques dos Santos, E outros., *Código de Processo Penal comentado*, 2.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2015.

GONÇALVES, M. Maia, *Código Penal Português anotado e comentado*, 12.ª edição, Coimbra: Almedina, 1998.

HENRIQUES, Manuel de Oliveira Leal, e SANTOS, Manuel José Carrilho de Simas, *Código Penal*, 2.º volume, Lisboa: Reis dos Livros, 1996.

LOPES, José Mouraz e MILHEIRO, Tiago Caiado, *Crimes Sexuais. Análise substantiva e processual*, Coimbra: Coimbra Editora, 2016.

PEREIRA, Victor de Sá e LAFAYETTE, Alexandre, *Código Penal Anotado e Comentado*, Lisboa: Quid Juris, 2008.

REBOCHO, Maria Francisca, *Caracterização do violador português: um estudo exploratório*, Coimbra: Almedina, 2007.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, “A convenção de Istambul e o novo paradigma da violência de género”. Ex aequo [online]. 2015, n.º 31 [citado 2019.04.18]. Disponível em http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0874-5560201500010009.

Violência doméstica [em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2018. [Consult. 10 abr. 2019]. Disponível na internet: <URL: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_ViolenciasDomesticas.pdf. ISBN 978-989-8908-48-3.

3. CRIMES DE VIOLAÇÃO E COAÇÃO SEXUAL

**Enquadramento jurídico, aspetos práticos
e gestão processual**

Manuel Maria Horta

e

Vale Otero dos Santos



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

3. CRIMES DE COACÇÃO SEXUAL E VIOLAÇÃO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO, ASPECTOS PRÁTICOS E GESTÃO PROCESSUAL

Manuel Maria Horta e Vale Otero dos Santos

I. Introdução

II. Objectivos

III. Resumo

1. Enquadramento sistemático dos crimes de coacção sexual e de violação. Bem jurídico e tratamento unitário

2. Da Convenção de Istambul à Lei n.º 83/2015, de 05 de Agosto

3. Sobre (alguns) dos elementos objectivos do tipo: acto sexual de relevo, meios de acção e meios de constrangimento

3.1. O conceito de acto sexual de relevo

3.2. As modalidades de acção

3.3. Os meios típicos de constrangimento: da violência em especial

3.3.1. Constrangimento vs não consentimento

3.3.2. A eliminação dos meios típicos de constrangimento

4. Punição

5. Concurso

6. Aspectos processuais

6.1. Natureza dos crimes de coacção sexual e de violação

6.2. Dos exames e perícias à vítima em particular

IV. Hiperligações e referências bibliográficas

I. Introdução

Os comumente designados crimes sexuais têm sido perspectivados das mais diversas formas, verificando-se constantes mudanças na sua abordagem consoante o conjunto de valores socialmente prevalente em determinados períodos da história.

Neste conspecto, o direito penal sexual tem sido marcado por sucessivos marcos históricos, dos quais se destacam o Código Penal de 1982 (que operou uma salutar cisão com o Código Penal de 1886, mantendo porém a concepção oitocentista dos fundamentos ético-sociais associados aos crimes sexuais), a Reforma de 1995 (com a inserção sistemática dos crimes sexuais no Título I referente aos crimes contra as pessoas, erigindo-se concomitantemente a liberdade e autodeterminação sexual em bens jurídicos individuais carecidos de tutela penal), a Reforma de 1998 (que tipificou pela primeira vez a conduta do chamado “assédio sexual”, inserindo-a nos n.ºs 2 dos artigos 163.º e 164.º), a Revisão de 2007 (que alargou a área de tutela típica do assédio, ao desprender a conduta da utilização de meios de coacção), e finalmente a Lei n.º 83/2015, de 05 de Agosto (que, além do mais, alterou significativamente o desenho característico dos crimes de coacção sexual e de violação ao eliminar dos respectivos n.ºs 2 dos artigos 163.º e 164.º as formas de realização típica).

A *leitmotif* da Revisão de 2015 derivou inequivocamente da aprovação da Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, adoptada em Istambul a 11 de Maio de 2011 (vulgarmente conhecida como Convenção de Istambul)¹, procurando dar-lhe cumprimento.

¹ Convenção aprovada e ratificada por Portugal em 21 de Janeiro de 2013, através da Resolução da Assembleia da República n.º 4/2013 e do Decreto do Presidente da República n.º 13/2013, e que entrou em vigor na ordem jurídica nacional em 01 de Agosto de 2014.

A Convenção “*analisa a violência contra as mulheres numa perspectiva específica, que a distingue da violência dirigida contra os homens. Ela é composta por elementos históricos e culturais, que lhe conferem o significado político e ideológico de mecanismo social pelo qual as mulheres são forçadas a assumir uma posição de subordinação em relação aos homens (...). Por outro lado, confere às mulheres o estatuto de «credoras» do Estado e da sociedade, que ficam onerados com o dever de instituir medidas específicas para a construção da igualdade material ou de resultados*”².

Assim, a Convenção de Istambul, reconhecendo sem tibieza que a violência sexual atinge sobretudo mulheres e crianças e que configura um ostensivo atentado aos direitos humanos, insta os Estados signatários a adoptarem medidas legislativas contra a violência sexual, incluindo a violação e outros actos de carácter sexual não consentidos.

Dito isto, cremos que não será inusitado afirmar que a mudança clara de paradigma na abordagem aos crimes de coacção sexual e de violação, apesar de reiteradamente anunciada e sucessivamente protelada, está agora iminente. Com efeito, relativamente a estes e outros crimes sobre que incide a Convenção de Istambul, encontramos várias iniciativas parlamentares com especial incidência nos últimos anos: antes da Lei n.º 83/2015, o Projecto de Lei n.º 522/XII/3.ª (BE), o Projecto de Lei n.º 664/XII/4.ª (BE) e Projecto de Lei n.º 665/XII/4.ª (BE); já depois da Lei n.º 83/2015, o Projecto de Lei n.º 1047/XIII/4ª (PAN), o Projecto de Lei n.º 1058/XIII/4.ª (BE), e o mais recente Projecto de Lei n.º 1155/XIII/4.ª (PS).

Como está bom de ver, o novo Projecto de Lei do Partido Socialista de 08 de Março de 2019 – que visa, além do mais, reformular os crimes de coacção sexual e de violação ao abrigo do disposto na Convenção de Istambul, trazendo de novo à discussão a consagração do “não consentimento” como elemento do tipo dos crimes de coacção sexual e de violação –, contará decerto com o apoio, pelo menos, do PAN e do BE. Quer-se com isto significar, bem entendido, que se perspectiva uma significativa mudança de paradigma nos crimes de coacção sexual e de violação, passando os mesmos definitivamente a centrar-se não em torno dos meios de constrangimento através dos quais se manifesta a falta de consentimento da vítima, mas na falta de consentimento em si mesma.

Negar esta evidência redundaria em incorrigível alheamento da mudança há muito reclamada, a que a Convenção de Istambul veio dar corpo. E negar esta mudança representaria um retrocesso civilizacional no progressivo combate à violência sexual, deixando incólume a mentalidade misógina ainda enraizada na nossa sociedade.

II. Objectivos

Com o presente trabalho visa-se reflectir criticamente sobre as normas relativas aos crimes de coacção sexual e de violação, procurando-se dar um contributo despretensioso no sentido de resolver algumas das problemáticas que hoje se levantam em torno daqueles crimes.

Sem descurar a análise de alguns dos mais relevantes aspectos substantivos e processuais dos crimes de coacção sexual e de violação à luz da lei interna vigente, o desiderato precípuo do nosso estudo, mais do que (mais) uma mera abordagem rígida e teórica sobre a tradicional configuração dogmático-penal dos crimes de coacção sexual e de violação, qual descrição

² SOTTOMAYOR, Maria Clara, “A Convenção de Istambul e o novo paradigma da violência de género”, *Ex Aequo, Dossier: Violências de Género e Direito(s): Diálogos Feministas*, n.º 31, APEM, 2015, pp. 105-121, disponível em http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0874-55602015000100009&lng=pt&nrm=iso#3.

singela dos respectivos regimes legais, consiste em analisar os tipos de crime em causa à luz dos instrumentos internacionais aplicáveis, *maxime* da Convenção de Istambul.

III. Resumo

No presente trabalho os crimes de coacção sexual e de violação são tratados de forma unitária, quer porque estas incriminações tutelam o mesmo bem jurídico, quer porque a violação se apresenta como uma espécie de coacção sexual especial. Ademais, porque o conteúdo típico de ambos os crimes é muito semelhante (pressupondo o não consentimento da vítima e exigindo que a prática de actos sexuais de relevo decorra dos mesmos meios de constrangimento), não se exige nesta sede, a nosso ver, uma apreciação individualizada dos mesmos.

Assim, encetaremos a nossa análise pela densificação, necessariamente breve, do actual conteúdo dos crimes de coacção sexual e de violação após a aprovação da Convenção de Istambul e da subsequente Lei n.º 83/2015, de 05 de Agosto, que lhe procurou dar (parcialmente) cumprimento.

Depois, passaremos à análise de alguns dos mais relevantes elementos objectivos dos tipos de ilícito em questão que, estando sedimentados com maior ou menor grau na jurisprudência e na doutrina, são (ainda) fonte de controvérsia, com especial incidência no conceito de acto sexual de relevo, nas modalidades de acção e nos meios de constrangimento. Quanto a estes concede-se especial relevância à violência, por ser o meio típico de constrangimento que mais polémica tem causado ao longo dos anos.

Tendo como pano de fundo a Convenção de Istambul, dos meios de constrangimento seguiremos para a (des)necessidade de, no plano legislativo, se substituir o constrangimento pelo não consentimento, rematando-se com a solução que consideramos satisfazer as exigências da Convenção sem descurar a coerência do direito interno.

Finalmente, ainda no que tange ao exame das questões relacionadas com o direito material, teceremos algumas considerações em torno da punição (molduras penais, circunstâncias agravantes e atenuantes) e do concurso.

Por último, faremos uma brevíssima incursão sobre aspectos processuais, delimitando esta apreciação a dois pontos que, entre tantos outros, consideramos relevantes, ainda que por motivos diferentes: a natureza dos crimes em apreciação – por ser assunto que, no que toca aos crimes sexuais em geral, está sempre “na ordem do dia” – e a relevância dos exames e perícias psicológicas e psiquiátricas às vítimas no contexto do novo paradigma, que se adivinha assente no não consentimento.

1. Enquadramento sistemático dos crimes de coacção sexual e de violação. Bem jurídico e tratamento unitário

Os crimes de coacção sexual e de violação, previstos nos artigos 163.º e 164.º do Código Penal, surgem sistematicamente inseridos na Secção I (Dos crimes contra a liberdade sexual) do Capítulo V (Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual) do Título I (Dos crimes contra as pessoas) da Parte Especial do Código Penal.

O **bem jurídico** tutelado por ambos os tipos de crime consiste, pois, na liberdade e autodeterminação sexual de todas as pessoas³, entendida como a liberdade de autoconformação da vida e prática sexuais de cada um⁴.

Comparando o conteúdo de ilícito próprio dos crimes de coacção sexual e de violação, parece-nos admissível concluir que a violação, por se distinguir da coacção sexual somente pelo tipo de actos sexuais de relevo (especiais ou qualificados) que especificamente prevê, apresenta-se como uma *coacção sexual especial*⁵.

Destarte, constituindo a coacção sexual do artigo 163.º o tipo fundamental e a violação do artigo 164.º o tipo especial, não choca a afirmação de que estes crimes, por constituírem uma **unidade**, merecem tratamento unitário⁶.

Isto posto, não se surpreenda que a abordagem que se seguirá seja essencialmente uma, tratando-se conjuntamente algumas das questões suscitadas pelos crimes de coacção sexual e de violação, sem prejuízo de, quanto a este último, se tecerem algumas considerações que apenas se levantam como decorrência do desenho idiossincrático do mesmo.

2. Da Convenção de Istambul à Lei n.º 83/2015, de 05 de Agosto

Partindo do reconhecimento de que a violência sexual em geral é uma violação da liberdade e autodeterminação sexual, os padrões internacionais de direitos humanos evoluíram no sentido de se reconhecer que actualmente a violência sexual deve ser definida com base na ausência de consentimento em relação a acto de natureza sexual⁷.

Neste conspecto, com o propósito assumido no texto preambular de criar uma Europa livre de violência contra as mulheres e de violência doméstica, a Convenção de Istambul, no que ao direito substantivo nacional diz respeito, exige, no que ora nos ocupa, a criminalização da violação e dos demais actos de natureza sexual **não consentidos**.

Com efeito, estabelece o artigo 36.º, n.º 1, que as Partes signatárias da Convenção devem assegurar a criminalização das condutas de quem, intencionalmente:

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

³ Sobre o equívoco de se considerar os crimes de coacção sexual e de violação como crimes que tutelam apenas o bem jurídico “liberdade sexual”, cfr. DIAS, Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, 2ª ed., Coimbra Editora, 2012, p. 711.

⁴ Densificando o bem jurídico tutelado pelos n.ºs 2 dos artigos 163.º e 164.º, DIAS, Figueiredo, *Comentário Conimbricense...*, cit., pp. 736 e 737, considera que o bem jurídico que se pretende proteger com a coacção sexual/assédio e com a violação/assédio não é tanto a autodeterminação sexual da pessoa, mas antes e principalmente a pureza e incolumidade da esfera sexual.

⁵ Defendendo a desnecessidade de previsão autónoma do crime de violação, cfr. DIAS, Maria Silva, “A propósito do crime de violação: ainda faz sentido a sua autonomização?”, *Revista do Ministério Público*, Ano 21, n.º 81, Jan/Mar 2000, concluindo a Autora que “sendo o mesmo bem jurídico protegido nos crimes de coacção sexual e de violação (...), cremos que não se justifica a especialização, em termos autónomos, do crime de violação” (p. 84).

⁶ Cfr. DIAS, Figueiredo, *Comentário Conimbricense...*, cit., p. 717.

⁷ Assim, cfr. o Contributo da Amnistia Internacional no âmbito do Projecto de Lei n.º 1047/XIII/4ª, disponível em www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailheIniciativa.aspx?BID=43200.

Recolocando, pois, a tónica na **ausência de consentimento** da vítima, o n.º 2 do artigo 36.º estipula que “o consentimento tem de ser prestado voluntariamente, como manifestação da vontade livre da pessoa, avaliado no contexto das circunstâncias envolventes”⁸. Não se exige, pois, qualquer resistência física por parte da vítima contra condutas sexuais indesejadas, pelo que, por maioria de razão, encontra-se igualmente vedada a presunção (ou suposição) de que a vítima deu o seu consentimento por não haver evidências físicas de resistência ao agressor⁹⁻¹⁰.

Visando dar cumprimento às exigências da Convenção de Istambul e pôr cobro a décadas de decisões nos tribunais que, dando como provado a falta de consentimento da vítima, absolviam os arguidos por falta de prova de um dos meios típicos de constrangimento, a Lei n.º 83/2015 alterou os n.ºs 2 dos artigos 163.º e 164.º¹¹, no sentido de evitar dúvidas nas situações em que o tribunal tenha dificuldade em qualificar como coacção sexual ou violação casos em que não há violência (física) ou outro meio típico de constrangimento previsto nos n.ºs 1 dos referidos preceitos.

Ou seja, com a dita alteração, o legislador quis resolver um problema, criando uma modalidade dos tipos de crime em causa em que se mostra claro que, a par dos restantes elementos típicos, a verificação de **qualquer meio de constrangimento** é suficiente para haver coacção sexual ou violação¹².

Mas se assim é, deparamo-nos agora com uma conclusão de validade duvidosa, qual seja a de que uma coacção sexual ou uma violação sem recurso a violência física ou outro dos meios típicos elencados nos n.ºs 1 dos artigos 163.º e 164.º, consubstancia uma violação “não violenta” que, por essa razão, fundamenta a sensível diferença de moldura penal entre os n.ºs 1 e n.ºs 2 dos mencionados preceitos, ainda que num e noutra caso o constrangimento à prática/sofrimento do acto sexual de relevo não tenha sido consentido pela vítima.

Por outro lado, pese embora a actual redacção dos n.ºs 2 dos artigos 163.º e 164.º acatele hoje especificamente os casos em que, tendo havido falta de consentimento da vítima, a prática/sofrimento do acto sexual de relevo não resultou de nenhum dos meios típicos de constrangimento dos n.ºs 1, ou não resultou provado que um desses meios se tenha

⁸ A este propósito, lê-se no *Manual para Deputados sobre a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica*, 2012, p. 34, disponível em http://www.pgdlisboa.pt/docpgd/files/HandbookParliamentarians_PO.pdf, que “os delitos sexuais ficam muitas vezes por punir devido ao descrédito das vítimas, quando estas não conseguem provar que tentaram resistir ao ataque. De forma a colmatar esta lacuna, a Convenção exige que sejam tidas em conta, na avaliação do consentimento, as circunstâncias em que o acto teve lugar, independentemente de a vítima ter tentado resistir fisicamente ou não”.

⁹ Já a Recomendação R (2002) 5 do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados-membros sobre a Protecção de Mulheres contra a Violência, adoptada em 30 de Abril de 2002, instava os Estados-membros a punirem todos os actos não consentidos, incluindo quando a vítima não mostra resistência (cfr. ponto 35).

¹⁰ Com grande relevância nesta sede, cfr. o Acórdão do TEDH (*M.C. v Bulgaria*), de 04.12.2003: “163. In international criminal law, it has recently been recognized that force is not an element of rape and that taking advantage of coercive circumstances to proceed with sexual acts is also punishable. The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia has found that, in international criminal law, any sexual penetration without the victim's consent constitutes rape and that consent must be given voluntarily, as a result of the person's free will, assessed in the context of the surrounding circumstances (...). [T]he above definition (...) also reflects a universal trend towards regarding lack of consent as the essential element of rape and sexual abuse”.

¹¹ A alteração passou pela eliminação do segmento “abusando de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou de curatela ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, ou aproveitando-se de temor que causou”, que já vinha desde a Lei n.º 59/2007, de 04 de Setembro.

¹² Falava DIAS, Figueiredo, *Comentário Conimbricense...*, cit., p. 741, § 55, a propósito do “assédio sexual”, que “necessário será, em qualquer hipótese (...) que a vontade da vítima desprotegida seja vencida; por isso a vítima deve, segundo a situação objectiva, reconhecer a sua desprotecção e só por isso renunciar à resistência”.

verificado, a verdade é que os tribunais estão ainda demasiado amarrados a décadas de decisões em que a centralidade dos elementos do tipo era conferida à violência física e/ou ameaça grave (por serem os meios de constrangimento mais comuns)¹³.

Deste modo, é legítimo equacionar uma ruptura com quaisquer referências a meios típicos de coação, prevendo-se unicamente o constrangimento em geral e/ou a ausência de consentimento como elementos do tipo objectivo de ilícito. Mas legítimo é também perguntarmo-nos se a sobredita eliminação terá algum efeito útil na prática judiciária, na medida em que os tribunais, na tentativa de dissipar incertezas sobre a ausência de consentimento, poderão continuar (compreensivelmente) a recorrer (ainda que de forma sucedânea) a meios de constrangimento que indiciam mais fortemente a quebra do consentimento da vítima¹⁴.

3. Sobre (alguns) dos elementos objectivos do tipo: acto sexual de relevo, meios de acção e meios de constrangimento.

3.1. O conceito de acto sexual de relevo

O que deva entender-se por “acto sexual de relevo” é questão que reveste grande importância, sobretudo porque a prática de um acto desta natureza constitui inequivocamente elemento objectivo do tipo dos crimes de coação sexual e de violação¹⁵, em qualquer uma das suas quatro modalidades (artigos 163.º, n.ºs 1 e 2, e 164.º, n.ºs 1 e 2), dele dependendo a imputação ao agente de algum dos crimes em causa, de outro crime contra a liberdade e autodeterminação sexual (v.g., importunação sexual do artigo 170.º), ou mesmo de um crime que tutele um outro bem jurídico (por exemplo, a coação dos artigos 154.º e 155.º).

Posto isto, impõe-se primeiramente determinar o que deva considerar-se como **acto sexual**. A este propósito, refere Figueiredo Dias que se confrontam três posições, quais sejam:

- i) Interpretação objectivista, segundo a qual “acto sexual” é todo aquele que revela externamente uma conexão com a sexualidade;
- ii) Interpretação mista, que exige não só a assinalada conotação objectivista, mas ainda uma outra subjectivista, traduzida na intenção de o agente despertar a denominada “intenção libidinosa”;
- iii) Uma outra interpretação que entende ser acto sexual tanto aquele objectivamente manifestado como aquele que desperte no agente a excitação sexual (a libido)¹⁶.

¹³ Elucidativo, a este propósito, o Ac. do TRG de 02.05.2016, proc. n.º 73/12.3GAVNC.G1, ao sustentar que o arguido, apesar de ter praticado acto sexual de relevo sem consentimento da ofendida ao “*ter encostado a ofendida à parede, tendo voltado a beijá-la na boca e, acto contínuo, tocado na sua zona vaginal, por cima da roupa, tendo de seguida pegado na mão da ofendida, que encostou, por cima da roupa, aos seus órgãos genitais*”, deu como não provado o requisito referente aos meios típicos de constrangimento (nos dizeres do aresto: “*não se descortina uma forma de comportamento violento do arguido que seja, a um tempo, preexistente ou contemporâneo dos actos sexuais de relevo e idóneo ou apto para vencer a resistência da ofendida*”), condenando assim o arguido pela prática de um crime de importunação sexual em substituição da condenação por coação sexual de que vinha condenado em primeira instância.

¹⁴ Debruçar-nos-emos *infra* sobre estas e outras questões atinentes ao constrangimento e ao não consentimento.

¹⁵ Clarifique-se, como se verá *infra*, que todos os actos descritos no crime de violação, apesar de não serem expressamente qualificados pela lei como actos sexuais de relevo, não podem deixar de ser tidos como tais.

¹⁶ Cfr. DIAS, Figueiredo, *Comentário Conimbricense...*, cit. p. 718; também no Ac. do TRP de 13.03.2013, proc. n.º 1159/11.7JAPRT.P1, se sustentou que “*acto sexual é o comportamento que objectivamente assume um conteúdo ou*

Por nós, cremos que deve ser dada prevalência à interpretação objectivista, de tal sorte que acto sexual será todo aquele que, da perspectiva de um observador externo com a compreensão normal do “homem médio”, tenha objectivamente uma conotação com a sexualidade¹⁷.

Assim sendo, contrariamente ao que ainda vai sendo prática habitual em algumas acusações do Ministério Público e decisões judiciais, julgamos que a vulgarmente designada “intenção libidinosa” mais não é do que uma das muitas possíveis motivações do agente (não integrantes do tipo) que, a par, por exemplo, dos casos em que o agente actua motivado por sentimentos de desprezo, vexatórios ou mesmo de curiosidade mórbida, não contendo em si mesmos qualquer conexão com a libido, não deixa evidentemente de ofender o bem jurídico tutelado¹⁸⁻¹⁹.

Depois, o acto sexual só integrará o tipo objectivo se for de relevo. Apesar de este conceito encerrar em si um certo grau de indeterminação de difícil concretização, tendemos a concordar com os que definem o **acto sexual de relevo** como todo o comportamento que, de um ponto de vista essencialmente objectivo, pode ser reconhecido por um observador comum como possuindo carácter sexual e que em face da *espécie*, *intensidade* ou *duração* ofende em *elevado grau* a liberdade de determinação sexual da vítima²⁰.

Em nossa opinião, só esta definição se compadece com a intervenção subsidiária ou de *ultima ratio* do direito penal que, como é sabido, implica que só seja tutelado o bem jurídico em causa quando este seja violado por acções que revistam certa gravidade²¹.

Destarte, numa lógica subsumível ao princípio de *minimis non curat praetor*, actos bagatelares, insignificantes, enfim, todos os actos que, de uma perspectiva objectiva, não assumam gravidade *em face do bem jurídico protegido*, não podem ser vistos como actos sexuais de relevo, porque não constituem entraves importantes à liberdade sexual da vítima²². Além

significado reportado ao domínio da sexualidade da vítima, podendo estar presente um intuito libidinoso do agente, conquanto a incriminação persista sem esse intuito” (sublinhado nosso).

¹⁷ Também pugnando por uma concepção essencialmente objectivista de acto sexual, cfr. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª ed. actualizada, UCE, 2015, p. 116, DIAS, Figueiredo, *Comentário Conimbricense...*, cit., p. 718, § 9, e LEAL-HENRIQUES, Manuel, SIMAS SANTOS, Manuel de, *Código Penal: Referências Doutrinárias, Indicações Legislativas, Resenha Jurisprudencial*, Vol. II, 2ª ed., Rei dos Livros, 1995, p. 230.

¹⁸ Neste sentido, cfr. DIAS, Figueiredo Dias, *Comentário Conimbricense...*, cit., p. 719, § 9 e 10.

¹⁹ Considerando que a “intenção libidinosa”, a par da conotação objectiva do acto, faz parte do conceito de acto sexual, cfr. GONÇALVES, Manuel Maia, *Código Penal Português Anotado e Comentado*, 12ª ed., Almedina, 1998, p. 536, e SÁ PEREIRA, Victor de, LAFAYETTE, Alexandre, *Código Penal Anotado e Comentado*, 2ª ed., Quid Iuris, 2014, p. 480. Na jurisprudência, entre outros, cfr. o Ac. do TRC de 18.03.2015, proc. n.º 823/12.8JACBR.C1.

²⁰ Assim, DIAS, Figueiredo, *Comentário Conimbricense...*, cit., p. 720, § 12; na jurisprudência, por todos, cfr. o Ac. do TRC de 13.01.2016, proc. n.º 53/13.1GESRT.C1.

²¹ Neste sentido, BELEZA, Teresa Pizarro, “Sem sombra do pecado – O repensar dos crimes sexuais na revisão do Código Penal”, *Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 1996, p. 167, refere que “só uma acção de alguma importância, só um acto sexual de relevo, será susceptível de incriminação”.

²² Colocando a ênfase na “gravidade” do acto sexual de relevo, cfr. DIAS, Figueiredo, *Código Penal – Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Ministério da Justiça, 1993, p. 251, e *Comentário Conimbricense...*, cit., p. 720, § 12, e LOPES, José Mouraz, *Os Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal*, 4ª ed., Coimbra Editora, 2008, pp. 29-30. Em sentido discordante, ancorando-se no argumento, a nosso ver errado, de que “a vítima não tem de ser objecto do mau gosto ou despudor do agente”, entende ALBUQUERQUE, Pinto de, *Comentário...*, cit., p. 116, que também são actos sexuais de relevo os actos de pequena quantidade, ocasionais ou instantâneos. Na mesma linha, BELEZA, Teresa Pizarro, “O conceito legal de violação”, separata da *Revista do Ministério Público*, ano 15, n.º 59, Julho/Setembro 1994, p. 51, refere que o conceito de acto sexual de relevo “pode ainda ter uma conotação de acto que viola a medida socialmente adequada de pudor, ou de formas aceitáveis de relacionamento”.

disso, chegamos à mesmíssima conclusão através de mero exercício hermenêutico, porquanto seria no mínimo paradoxal que no próprio tipo se fizesse referência a actos sexuais *de relevo* (importantes, que sobressaem), para logo após considerarmos como tais os actos sexuais que objectivamente não o são.

Como está bom de ver, o facto de se entender que determinado acto sexual não é *de relevo*, não significa necessariamente a atipicidade do mesmo, restando sempre a possibilidade de os mesmos poderem integrar, por exemplo, um crime de coacção (artigo 154.º) ou de importunação sexual (artigo 170.º).

No que ao crime de violação diz especificamente respeito, não obstante no tipo não se faça menção à fórmula “acto sexual de relevo”, é absolutamente inequívoco que a cópula, o coito anal, o coito oral²³⁻²⁴, bem como a introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos, são actos sexuais de relevo na acepção *supra* referida, devendo mesmo considerar-se **actos sexuais de relevo especiais ou qualificados**.

Com efeito, é a especial gravidade daqueles actos (é dizer: a qualificação jurídico-penal) que, por contender com a esfera mais íntima da sexualidade, faz deles actos que violam mais fortemente a liberdade e autodeterminação sexual e que, por essa circunstância, justificam uma agravação da punição.

Por pressupor uma introdução no corpo da vítima, a violação surge tipicamente como um *crime de penetração*. Por este motivo, pese embora no tipo se fale em *cópula*, a chamada **cópula vestibular ou vulvar**, sendo um acto sexual de relevo, não integra o tipo de crime de violação por faltar a penetração ou introdução, pelo que, conquanto estejam reunidos os demais elementos do tipo, apenas pode integrar a prática de um crime de coacção sexual do artigo 163.º²⁵.

Quanto à **introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos**, é indubitável que terá que se traduzir na penetração, completa ou não, da vagina (e não, reitere-se, da vulva²⁶) ou do ânus, por qualquer parte do corpo (dedo, lábios, língua...) ou por qualquer objecto, tenha ele conotação sexual explícita (pénis artificial, vibrador) ou não (pau, caneta, frutas, legumes, garrafas...).

Do mesmo modo, em conformidade com a interpretação objectiva por nós defendida do que deva entender-se por acto sexual de relevo, o agente que sem qualquer intenção libidinosa

sexual”. Salvo melhor opinião, tais posições alheiam-se da circunstância, hoje ampla e unanimemente aceite, de que o elemento típico de que ora se cura tem de estar liberto de quaisquer referências ou conteúdos moralistas.

²³ Impõe-se, nesta sede, proceder à seguinte clarificação conceptual: **cópula** consiste unicamente na penetração da vagina pelo pénis; **coito anal** consiste na penetração do ânus pelo pénis; **coito oral** consiste na penetração da boca pelo pénis. Em todo o caso, como assertivamente salienta DIAS, Figueiredo, *Comentário Conimbricense...*, cit., p. 750, § 14, “face ao princípio da legalidade: o significado comum de *coito* exige uma conjugação de corpos com intervenção do órgão sexual masculino e não apenas do corpo com outros órgãos ou com quaisquer objectos”.

²⁴ É indiferente à consumação da cópula, do coito anal e do coito oral a existência de *emissio seminis* – cfr. o AUJ n.º n.º 5/2003 de 17.10.2003, publicado no D.R., Série I – A, n.º 241.

²⁵ Neste sentido, entre outros que representam o entendimento maioritário, cfr. LOPES, Mouraz, MILHEIRO, Caiado, *Crimes Sexuais – Análise Substantiva e Processual*, Coimbra Editora, 2016, p. 61, e GARCIA, Miguez, *O Direito Penal Passo a Passo*, Vol. I, Almedina, 2011, p. 295; contra, considerando a cópula vestibular como *cópula* para efeitos do crime de violação, cfr. ALVES, Reis, *Crimes Sexuais – Notas e Comentários*, Almedina, 1995, pp. 22-23, e os Acs. do STJ de 14.04.1993, *BMJ* 426, p. 185, e de 17.11.1994, *Sub Judice : Novos Estilos*, n.º 11, Novembro 1994, pp. 223 e ss..

²⁶ Em rigor, consistindo a vulva no conjunto das partes externas do aparelho genital feminino, não é anatomicamente possível nem terminologicamente correcto falar-se de “penetração”.

utiliza a vítima como “correio de droga”, introduzindo-lhe contra a sua vontade droga na vagina ou no ânus, comete um crime de violação²⁷.

Já não será assim, situando-se fora do âmbito da violação, o caso de **introdução oral** de partes do corpo (que não, evidentemente, o pénis) ou outros objectos, ainda que estes tenham conotação sexual. Embora esta opção legislativa não esteja isenta de dúvidas, cremos que a introdução oral de outras partes do corpo que não o pénis ou de outros objectos, embora possa ser um acto sexual de relevo, não é um acto especialmente grave ou particularmente intrusivo da esfera mais íntima da sexualidade da vítima (como são as introduções anais ou vaginais) que justifique um acréscimo da tutela do bem jurídico lesado traduzido num agravamento da pena aplicável²⁸.

Atenta a especificidade dos actos descritos no crime de violação, quando o comportamento do agente não se reconduza a qualquer um dos actos previstos no artigo 164.º, pode ainda assim subsistir a prática de um crime de coacção sexual do artigo 163.º, conquanto a conduta se repute como acto sexual de relevo.

3.2. As modalidades de acção

O crime de coacção sexual pressupõe o constrangimento da vítima a **sofrer** ou a **praticar, consigo** (agente) **ou com outrem** (terceiro), acto sexual de relevo.

Antes de mais, parece-nos pacífico que a distinção entre sofrer ou praticar acto sexual de relevo reside essencialmente na *participação* activa ou passiva da vítima: sofre acto sexual de relevo quando sobre ela é praticado um acto sexual de relevo; pratica acto sexual de relevo quando é a própria vítima a levar a cabo a acção.

Se assim é – e é-o de facto –, então nunca poderá ser punido como coacção sexual o constrangimento da vítima a acto sexual de relevo praticado pelo agente ou por terceiro (ou ambos) **perante** a própria vítima (apenas subsistindo, eventualmente, a punição por importunação sexual ou por coacção)²⁹.

Por outro lado, também não integra o crime de coacção sexual o constrangimento da vítima a praticar **consigo mesma** acto sexual de relevo (pense-se, por exemplo, em constranger a vítima a masturbar-se).

Muito embora em ambos os casos possa estar incontestavelmente em causa a violação da liberdade e autodeterminação sexual da vítima, é de assinalar que enquanto os actos sexuais, de relevo ou não, praticados *perante* a vítima, são sempre susceptíveis de ser punidos ainda no âmbito dos designados crimes sexuais – designadamente enquanto actos ofensivos (*rectius*: potencialmente ofensivos) da liberdade sexual da vítima (*v.g.* importunação sexual do artigo 170.º) –, os actos sexuais de relevo que a vítima seja constrangida a praticar *em si mesma*,

²⁷ Também assim, ALBUQUERQUE, Pinto de, “A Coacção Sexual e a Violação no Código Penal Português”, *Liber Amicorum de José de Sousa Brito – em comemoração do 70.º Aniversário – Estudos de Direito e Filosofia*, Almedina, 2009 p. 916.

²⁸ Em sentido contrário, defendendo que o crime de violação deveria integrar condutas subsumíveis à introdução oral de partes do corpo (que não o pénis, obviamente) ou objectos, cfr. DIAS, Figueiredo, *Comentário Conimbricense...*, cit., p. 747 § 7, e Parecer da Associação Portuguesa de Mulheres Juristas sobre o Projecto de Lei n.º 1047/XIII/4ª (PAN), p. 2, disponível em:

<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=43200>.

²⁹ DIAS, Figueiredo, *Comentário Conimbricense...*, cit., p. 722, e ALVES, Reis, *op. cit.*, p. 13 e seguintes.

apesar da evidente ofensa à sua liberdade e autodeterminação sexual, não são puníveis como condutas lesivas desses bens jurídicos, restando apenas, se for caso disso, a punição pelo crime de coacção (artigos 154.º e 155.º)³⁰.

Por a vítima ter de ser constringida a sofrer ou praticar, com o agente ou terceiro, acto sexual de relevo, entendemos, ainda que com algumas reservas quanto à bondade legislativa – *maxime* por assentar excessivamente numa concepção que pressupõe o contacto entre duas pessoas – que apenas relevam para o crime de coacção sexual as condutas que manifestem um certo grau de **corporalidade** entre a vítima e o agente ou o terceiro, quer esta seja directa (através de contacto corporal, coberto com roupa ou não, entre o agente ou o terceiro e a vítima) ou indirecta (através de contacto da vítima com objectos – que funcionam como uma espécie de *longa manus* do agente – ou outras acções como as de ejacular *sobre* a vítima³¹)³².

Quanto ao crime de violação, a única especialidade digna de nota reside no facto de no artigo 164.º, n.ºs 1, al. b), e 2, al. b), a modalidade da acção se circunscrever à vítima ser constringida a “sofrer introdução...”, já não a praticar ela própria, no agente, em terceiro ou em si, a introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos. Estes casos ficam fora do âmbito das normas que especificamente tutelam a liberdade e autodeterminação sexual, pelo que, restando a punição eventualmente pelo crime de coacção, evidencia-se também aqui uma lacuna de punibilidade³³.

3.3. Os meios típicos de constringimento: da violência em especial

A conduta típica de constringimento – entendido como um acto de coacção dirigido à prática de um acto sexual de relevo – não se basta em si mesma, a par dos restantes elementos do tipo, para o preenchimento dos crimes de coacção sexual ou de violação *propriamente ditos* (os dos artigos 163.º, n.º 1, e 164.º, n.º 1).

Com efeito, para a integração do tipo objectivo dos ilícitos da coacção sexual ou da violação, a lei exige que o agente tenha constringido a vítima mediante um dos meios típicos taxativos de coacção: violência, ameaça grave ou colocação da vítima em estado inconsciente ou na impossibilidade de resistir.

Quando assim não seja, *i.e.*, quando a vítima seja constringida por um qualquer outro meio de constringimento, a conduta, conquanto estejam verificados os demais elementos do tipo, pode preencher o tipo de crime de coacção sexual ou de violação previstos nos n.ºs 2 dos artigos 163.º e 164.º.

Conforme já deixámos antever *supra*, julgamos que uma possível (e provável) alteração legislativa que consagre a ausência de consentimento como elemento central do tipo objectivo ou que elimine os meios típicos de constringimento, ditará o *terminus* dos crimes de coacção sexual e de violação como crimes de execução vinculada.

³⁰ Considerando, bem, ser uma lacuna de punibilidade que não se torna mais suportável, DIAS, Figueiredo, *Comentário Conimbricense...*, cit., pp. 723-724, § 17.

³¹ A ejaculação *sobre* a vítima ainda se traduz num acto sexual de relevo *sofrido* pela vítima. Já não será assim se o agente ejacular *perante* a vítima.

³² Bem impressivo, quanto à exigência de contacto para preenchimento do tipo de crime de coacção sexual, cfr. o Ac. do TRC de 13.01.2016, proc. n.º 53/13.1GESRT.C1, onde se refere que “*dar um beijo na face da vítima, seguido do morder da orelha direita e simulação do acto sexual através do oscilar das ancas para trás e para a frente sem tocar no corpo da vítima, não atinge o grau de perigosidade necessário para se considerar este comportamento do arguido como integrador do conceito de «acto sexual de relevo»*” (sublinhado nosso).

³³ Cfr. DIAS, Figueiredo, *Comentário Conimbricense...*, cit., p. 751.

Ainda assim, porque da compreensão *de iure constituto* depende a compreensão *de iure constituendo*, consideramos oportuno tecer algumas breves considerações acerca dos meios típicos de constrangimento, em particular no atinente à violência, por ser o meio de execução que mais controvérsia tem gerado ao longo dos anos.

O uso da violência a que se reportam os n.ºs 1 dos artigos 163.º e 164.º só pode ser a **violência física**, quer porque a violência psíquica grave cabe eventualmente no âmbito da “ameaça grave”, quer porque os demais casos de **violência psíquica** cabem, hoje, nos n.ºs 2 dos artigos 163.º e 164.º³⁴.

Por outro lado, a força física em que se traduz a violência, não tendo se ser pesada ou grave, há-de ser idónea, segundo as circunstâncias do caso, a vencer a resistência da vítima, seja ela *efectiva* (quando a vítima se debate com o agressor com intuito de evitar a agressão sexual), ou *esperada* (quando o agressor faz previamente uso de violência física para quebrar à cabeça qualquer iniciativa de resistência da vítima).

Assim, uma *passividade* da vítima gerada pelo convencimento da inutilidade de resistir ou pelo medo/temor sentido pela vítima perante a possível agressão física em caso de resistência, não é suficiente para afirmar a existência de violência física, sem prejuízo de estes casos poderem ser eventualmente reconduzidos à violência psíquica³⁵.

Não se olvide, porém – e queremos enfatizar inequivocamente este ponto –, que quanto a nós, para a consumação do crime de coacção sexual ou de violação **não é necessária qualquer resistência da vítima**³⁶ (e, portanto, prova da mesma), com o que se quer significar que:

- i) Se a vítima não resistiu porque foi logo alvo de violência física idónea a quebrar a potencial/esperada resistência, o caso é subsumível ao artigo 163.º, n.º 1, ou 164.º, n.º 1;
- ii) Se a vítima não resistiu porque foi assomada de um estado de temor tal que a deixou paralisada³⁷, ou se não resistiu por reconhecer não ter capacidade para tal e querer evitar ser brutalizada, ou ainda se resistiu mas não de forma que se possa considerar *suficiente* para obstar à violência que sobre si exerceu o agressor, o caso subsume-se aos n.ºs 2 dos artigos 163.º e 164.º, consoante os casos³⁸⁻³⁹.

³⁴ Também assim, GARCIA, Miguez, RIO, Castela, *Código Penal – Parte Geral e Especial*, Almedina, 2014, p. 689, anotação 11-b), e ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “A Coacção Sexual...”, *cit.*, p. 909; em sentido contrário, no entanto no âmbito da lei anterior, cfr. ALVES, Reis, *op. cit.*, pp. 31-32, que, ancorando-se no facto de a lei não distinguir entre violência física e violência moral, bem como na circunstância de o qualificativo “física” ter sido suprimido após o Código Penal de 1886, defende que a violência referida no tipo abrange tanto a física como a moral/psíquica.

³⁵ Em sentido diferente, o Ac. do TRP de 30.11.2016, proc. n.º 43/13.4JAPRT.P1, afastando o n.º 2 do artigo 164.º e confirmando a condenação pelo n.º 1, refere que “*é suficiente, para firmar a violência, a inexistência de vontade livre da vítima para a prática do ato, ou seja, a violência corporiza a acção exercida sobre a vítima que contrarie a sua vontade, nela se incluindo o aparente assentimento oferecido como meio de evitar um mal superior*”.

³⁶ No mesmo sentido, cfr. 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*, Ano 32, n.º 128, Outubro/Dezembro 2011, pp. 288-289.

³⁷ Cfr. o Ac. do TRP de 10.09.2014, proc. 1054/13.5JAPRT.P1, onde se decidiu, bem, que da passividade da ofendida não se pode inferir o seu consentimento para o acto.

³⁸ A actual redacção dos n.ºs 2 dos artigos 163.º e 164.º, não tendo resultado de uma alteração legislativa *ad hoc*, visou precisamente fazer face a casos como o do conhecido Ac. do TRP de 13.04.2011, proc. n.º 476/09.PBBGC.P1, que absolveu o arguido da acusação de violação por falta de demonstração da existência ou uso de violência idónea a quebrar a resistência da vítima, doente psiquiátrica, grávida, ainda que tenha sido dado como provado que o arguido, contra a vontade da vítima, sua paciente, “*agarrou-a, virou-a de costas, empurrou-a na direcção do sofá fazendo-a debruçar-se sobre o mesmo, baixou-lhe as calças (de grávida) e introduziu o pénis erecto na vagina até ejacular*”.

Contudo, não será despiciendo notar que a sensível diferença da moldura penal entre os n.ºs 1 e 2 dos artigos 163.º e 164.º fica assim assente no tipo de violência exercida, o que faz transparecer a ideia de que a vítima que, antevendo uma mais que provável brutalização, não oferece resistência ao agressor, vê a sua liberdade sexual *menos* afectada do que aquela que oferece resistência e, por causa disso, é fisicamente violentada com o propósito bem sucedido de quebrar essa resistência. Como se há-de convir, tal conclusão afigura-se-nos absolutamente intolerável e inadmissível, visto que é inquestionável que qualquer uma daquelas vítimas viu violado o seu livre consentimento para o acto e, mais importante do que isso, viu a sua liberdade sexual afectada em igual medida.

3.3.1. Constrangimento vs não consentimento

Contrariamente ao que nos parece errada e amplamente difundido por alguns meios de comunicação, movimentos sociais e sectores partidários, **a ausência de consentimento (ou dissentimento) integra, desde há largos anos a esta parte, o elemento do tipo de crime de coacção sexual e de violação**⁴⁰. Nem podia ser de outra maneira: um acto sexual de relevo praticado entre adultos (incluindo-se aqui os actos sexuais de relevo especiais previstos no crime de violação) só é crime se não for consentido⁴¹⁻⁴².

Posto isto, sendo a ausência de consentimento *conditio sine qua non* dos crimes sexuais, é totalmente certa e isenta de dúvidas a asserção de que **é no não consentimento que radicam os crimes de coacção sexual e de violação**⁴³.

Simplesmente – e nisto reside a principal questão trazida reiteradamente ao debate público e político e geradora de inúmeras divergências doutrinárias e jurisprudenciais –, como tivemos oportunidade de constatar, tem-se entendido que o dissentimento da vítima não basta, por si só, para o preenchimento do tipo objectivo de ilícito, exigindo-se a sua manifestação ou exteriorização através de um dos meios típicos de constrangimento legalmente fixados: a violência, a ameaça grave, a colocação da vítima em estado de inconsciência ou na impossibilidade de resistir (artigos 163.º, n.º 1, e 164.º, n.º 1), ou, desde a Lei n.º 83/2015, de

³⁹ Como bem salienta BELEZA, Teresa Pizarro, “«Consent – It’s as Simple as Tea» : Notas sobre a Relevância do Dissentimento nos Crimes Sexuais, em especial na Violação”, *Combate à Violência de Género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, (Coord. Maria da Conceição Ferreira da Cunha), Universidade Católica Editora, 2016, p. 23, “no essencial, os crimes sexuais contra adultos são actos de coacção a um relacionamento sexual não desejado, em que o acto é levado a cabo contra a vontade da vítima. Esta não conseguiu evitar que isso acontecesse por uma de muitas razões possíveis: foi violentada, ameaçada, estava impossibilitada de reagir por inconsciência... ou simplesmente por medo, uma circunstância comum na violação – casos em que uma mulher (tipicamente) sucumbe aos avanços indesejados de um homem (*idem*) por receio do que poderá acontecer se não ceder. O medo é, com frequência, paralisador, sobretudo em pessoas que não foram tipicamente treinadas para a resistência à violência física ou ameaça da mesma”.

⁴⁰ A propósito do crime de violação, já o Código Penal de 1886 previa como elemento típico a falta de consentimento da mulher, preceituando o artigo 393.º que “*Aquella que tiver copula illicita com qualquer mulher, contra sua vontade (...)*” (sublinhado nosso).

⁴¹ Assim, ALVES, Reis, *op. cit.*, p. 31, refere de forma sintética mas clara que “*a vontade delimita a fronteira entre o lícito e o ilícito*”. No mesmo sentido, cfr. GARCIA, Miguez, *Direito Penal...*, *cit.*, p. 297, e DIAS, Maria Silva, *op. cit.*, p. 79.

⁴² Para ANDRADE, Manuel da Costa, “O consentimento do ofendido no novo código penal”, *Para uma Nova Justiça Penal*, Porto, 1983, p. 100, refere que “*pelo próprio teor da tipicidade (...)* se conclui que a acção típica terá – para o ser – de se dirigir contra (e de se impor à) vontade do ofendido. Em termos tais que a ocorrência do consentimento do ofendido é suficiente para converter a conduta num processo normal, mesmo socialmente positivo, de expressão no plano do tráfego jurídico, da realização sexual”.

⁴³ Expressão usada na Exposição de Motivos dos Projectos Lei n.ºs 664/XII/4.ª (BE) e 665/XIII/4.ª (BE).

05 de Agosto, outro meio de constrangimento que não aqueles (artigos 163.º, n.º 2, e 164.º, n.º 2).

Vale por dizer, pois, que quando o acto sexual de relevo sofrido ou praticado pela vítima não decorra de um qualquer meio de constrangimento (situação que, atenta a “válvula de escape” em que se traduz a nova cláusula aberta introduzida pela Lei n.º 83/2015 não é de fácil individualização), o tipo objectivo de ilícito não se tem por preenchido, ainda que se prove a ausência de consentimento da vítima.

Tendo em consideração que desde a Lei n.º 83/2015 o constrangimento não depende de qualquer meio típico em concreto (cfr. os n.ºs 2 dos artigos 163º e 164º)⁴⁴⁻⁴⁵, cabe-nos perguntar: existe alguma diferença entre constrangimento e não consentimento⁴⁶?

À primeira vista, cremos que não.

Com efeito, parece-nos que o constrangimento é a materialização da ausência de consentimento, de tal sorte que não nos parece possível constranger alguém à prática/sofrimento de um acto sexual se essa pessoa nisso consentir. Aliás, de acordo com o princípio *nulla iniuria est, quae in volentem fiat*, o consentimento, nesses casos, torna mesmo a conduta atípica, porquanto esta se traduz no livre exercício entre duas ou mais pessoas da sua sexualidade.

Dito isto, porque entendemos que o **acto de constranger implica já a ausência de consentimento**, não se vislumbra qualquer utilidade prática em aditar aos tipos objectivos de ilícitos em causa a *ausência de consentimento*⁴⁷⁻⁴⁸. É que, como vimos dizendo, a tipicidade da acção (constranger) decorre inexoravelmente da ausência de consentimento da vítima. Assim, o aditamento em causa apenas será “exigível” do ponto de vista formal. É dizer: esclarecendo o Relatório Explicativo⁴⁹ da Convenção de Istambul (parágrafo 193⁵⁰) que as

⁴⁴ Tratando-se, pois, segundo LOPES, Mouraz, *Os Crimes...*, cit., p. 51, de “impedir a valoração do consentimento da vítima quando este não é totalmente livre”.

⁴⁵ Também CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, “Do dissentimento à falta de capacidade para consentir”, *Combate à Violência do Género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, Universidade Católica Editora, 2016, p. 140, entende que o “constrangimento por meio não compreendido no número anterior” abrange o relacionamento sexual não livremente consentido “o que abarcará quer o dissentimento/não consentimento, quer o assentimento alcançado por qualquer tipo de pressão que não chegue ao patamar da ameaça grave ou da violência ou da colocação da vítima na impossibilidade de resistir”.

⁴⁶ Trata amplamente esta questão, ainda que em sentido divergente do por nós aqui defendido, MORAIS, Tatiana, “Os primeiros impactos da Convenção de Istambul: da relutância do legislador nacional em adoptar a falta de consentimento como elemento do tipo legal do crime de violação”, *Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Ano XVIII, n.º 33, Almedina, 2017, pp. 115-121. A Autora, procurando demonstrar que existe um vazio legal nos casos em que não há constrangimento nem há consentimento, dá o exemplo de uma jovem que, colocando-se voluntariamente numa situação de incapacidade temporária, é “violada” por um conhecido que aproveita esse estado da vítima (p. 121). Embora se compreenda o sentido da crítica – o de que casos destes deveriam configurar uma violação, não se trata, em rigor, de uma lacuna da lei, porquanto o caso subsume-se ao crime de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência previsto no artigo 165.º do CP.

⁴⁷ Em sentido aproximado, cfr. o Parecer da Procuradoria-Geral da República sobre o Projecto de Lei n.º 1155/XIII/4ª (PS), de 15.04.2019, disponível em www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=43523, onde, além do mais, se alerta para o facto de “o legislador, ao acrescentar ao acto de constranger a ausência de consentimento poderá criar, do ponto de vista da prática judiciária, a necessidade de prova acrescida da falta de vontade”.

⁴⁸ Também Inês Leite, em Parecer do Instituto de Direito Penal e de Ciências Criminais da FDUL sobre o Projecto de Lei n.º 664/XII (BE), se pronuncia no sentido de que a “violência sexual decorre da mera coacção para a prática de actos sexuais, os quais serão, assim, não consentidos”.

⁴⁹ Disponível em:

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900016800d383a>.

Partes signatárias “são obrigadas a adoptar legislação penal incorporando o conceito de falta de livre consentimento”, então apenas por razões formalistas se pode sustentar a substituição da expressão “constrangimento” por “não consentimento” ou outra similar⁵¹.

Contudo, quando assim não se entenda (*i.e.*, exigindo-se a consagração expressa do não consentimento), sempre ficaria por solucionar um problema de sintaxe. Isto porque mesmo que se adoptasse uma redacção semelhante à sugerida no Projecto de Lei n.º 1047/XIII/4ª (PAN) (onde, para o crime de coacção sexual se lia no n.º 1 do artigo 163.º: “*Quem, sem o consentimento da outra pessoa, praticar com ela ou levá-la a praticar com outrem acto sexual de relevo (...)*”; e para o crime de violação se lia no n.º 1 do artigo 164.º: “*Quem, sem o consentimento de outra pessoa (...)*”), não vemos como se contornaria o elemento “constrangimento”, quanto mais não seja quando o autor *leva* a vítima a praticar o acto sexual de relevo com terceiro. Com efeito, “levar a praticar” acto sexual só poderá querer significar, através da violência (física ou psíquica), ameaça, criação de temor ou *qualquer outro meio de coacção* idóneo a quebrar a falta de consentimento da vítima para o acto, constrangê-la a tal!

De resto, é de assinalar que talvez pelas razões acabadas de expor, outros projectos de lei, visando igualmente dar cumprimento à Convenção de Istambul, ficaram-se por uma mera supressão dos meios típicos de constrangimento [cfr. Projectos de Lei n.ºs 1058/XIII/4.ª (BE)] ou fizeram acompanhar o não consentimento expresso daquela cláusula geral de constrangimento [cfr. Projectos de Lei n.ºs 522/XII/3.º (BE), 664/XII/4.ª (BE) e 1155/XIII/4.ª (PS)].

Dito isto, entendemos que o agente só poderá praticar acto sexual de relevo sem consentimento da vítima com recurso a uma qualquer forma de coacção, ou seja, através de *constrangimento*⁵². De resto, afigura-se-nos extremamente difícil, senão mesmo impossível, a prova da ausência de consentimento quando este não seja acompanhado de qualquer constrangimento, *seja ele qual for* (aqui se incluindo, para que não subsistam dúvidas, os casos em que a vítima manifeste por gestos ou palavras o seu não consentimento e o agente, persistindo no seu intento, pratique o acto⁵³)⁵⁴.

Por outro lado, tendo em consideração que no Relatório Explicativo da Convenção de Istambul se adita, na segunda parte do citado parágrafo 193, que foi “*deixa[do] às Partes decidir a formulação exacta da legislação e os factores considerados exclusivos do livre*

⁵⁰ O referido parágrafo diz o seguinte: “193. *In implementing this provision, Parties to the Convention are required to provide for criminal legislation which encompasses the notion of lack of freely given consent to any of the sexual acts listed in lit.a to lit.c. It is, however, left to the Parties to decide on the specific wording of the legislation and the factors that they consider to preclude freely given consent. Paragraph 2 only specifies that consent must be given voluntarily as the result of the person’s free will, as assessed in the context of the surrounding circumstances*”.

⁵¹ No sentido da necessidade da lei consagrar *expressamente* a ausência de consentimento, cfr. BELEZA, Teresa Pizarro, “«Consent – It’s as Simple as Tea...»”, *cit.*, pp. 22 e ss., SOTTOMAYOR, Maria Clara Sottomayor, “O conceito legal de violação...”, *cit.*, p. 284, MORAIS, Tatiana, *op. cit.*, p. 119, e Parecer da Associação Portuguesa de Mulheres Juristas sobre o Projecto de Lei n.º 1047/XIII/4.ª (PAN), p. 2, <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=43200>.

⁵² A propósito do então denominado “assédio sexual” previsto no n.º 2 do artigo 163.º - também aplicável ao n.º 2 do artigo 164.º - refere com grande acerto DIAS, Figueiredo, *Comentário Conimbricense...*, *cit.*, p. 739, § 51, que “*a realização do tipo objectivo de ilícito é cindida da utilização pelo autor de qualquer meio típico (hoc sensu se tratando agora de um crime de execução «livre») (...); tem todavia o autor de usar, obviamente, de um meio idóneo de constrangimento, isto é, de «coacção»; como tem certamente de tratar-se (...) de meios relativamente aos quais não valha a cláusula da insignificância*”.

⁵³ Também assim, cfr. LEITE, Inês Ferreira, “A tutela penal da liberdade sexual”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, n.º 1, Jan/Mar 2011, Coimbra Editora, p. 92.

⁵⁴ Esclarece assertivamente ALBUQUERQUE, Pinto de, *Comentário...*, *cit.*, pp. 112-113, que “*não se pune o engano, o erro, o ardil, a manobra fraudulenta, pois no âmbito dos crimes contra a liberdade sexual estas condutas continuam a ser especificamente puníveis apenas nos estritos termos dos artigos 167.º e 169.º, n.º 2, al. b). Também está excluído o abuso da inexperience, pois este só é punível nos estritos termos do artigo 173.º*”.

*consentimento*⁵⁵, fica reforçado o nosso entendimento de que **uma cláusula geral de constrangimento, por encerrar em si mesma a ausência de consentimento, está em consonância com as exigências da Convenção.**

Pelo exposto, a consagração expressa do não consentimento nos tipos de crime em causa parece-nos, no mínimo, tautológica, senão mesmo finalisticamente desaconselhável: quer porque a sua consagração expressa nos elementos do tipo, a par do “constrangimento”, pode ser fonte de equívocos conducentes a uma necessidade probatória acrescida (o que manifestamente não se pretende); quer porque com a mera substituição do “constrangimento” pelo “não consentimento” na descrição dos tipos de ilícitos em causa não abarcaria todas as condutas puníveis do agente, de tal sorte que as fórmulas de que nos poderíamos eventualmente socorrer (v.g. “obrigar a”, “levar a”, “fazer com que”) sempre teriam subjacente, de uma forma ou de outra, explícita ou implicitamente, uma ideia de *constrangimento*.

3.3.2. A eliminação dos meios típicos de constrangimento

Pese embora seja nosso entendimento que uma cláusula geral de constrangimento já se encontra legalmente consagrada nos n.ºs 2 dos artigos 163.º e 164.º desde a Lei n.º 83/2015, a verdade é que estas modalidades dos crimes de coação sexual e de violação representam uma espécie de tipos *privilegiados*, verificando-se por via disso uma injustificável diferença de moldura penal entre os n.ºs 1 e os n.ºs 2 daqueles preceitos, assente essencialmente nos diferentes meios de coagir a vítima e não, como julgamos mais apropriado, na falta de consentimento.

Ademais, não obstante com a mencionada Lei n.º 83/2015 se ter pretendido alargar o âmbito de protecção da norma dos crimes de coação sexual e de violação através da supressão do segmento referente ao abuso de autoridade resultante de uma especial relação com a vítima ou de uma especial posição perante ela, as avaliações internacionais têm constatado uma certa resistência dos tribunais portugueses em se desvincularem de certos dogmas atinentes aos tradicionais meios típicos de constrangimento da vítima, secundarizando, ao fim ao cabo, a finalidade precípua que com a alteração legislativa se procurou alcançar.

Neste sentido, o Relatório de Avaliação da Convenção de Istambul promovido pelo GREVIO (*Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence*), divulgado em 21 de Janeiro de 2019⁵⁶, salienta que as alterações de 2015 não foram suficientes para cortar definitivamente com a prática de longa data dos tribunais portugueses de exigirem a prova da resistência da vítima para a condenação dos agentes dos crimes de coação sexual e violação⁵⁷, recomendando Portugal a rever a legislação penal em matéria de

⁵⁵ Tradução da nossa responsabilidade.

⁵⁶ Disponível em <https://rm.coe.int/grevio-reprt-on-portugal/168091f16f>.

⁵⁷ Diz-se no Relatório de Avaliação do GREVIO o seguinte: “173. In Portugal, the definition of sexual crimes given in the PCC is not based merely on the absence of consent of the victim. Both Articles 163 of the PCC on sexual coercion and Article 164 of the PCC regarding rape require, as a constituent element of the offence, using “violence, serious threat” or rendering the victim “unconscious or incapable of resisting”. Following the 2015 penal reform, the second paragraph of both these articles was remodeled to cover the conduct of sexual coercion and rape committed “by any other mean not foreseen in the previous number”, in other words without violence or threat, and without having suppressed the victim’s ability to resist. The aim of this amendment was to bring Portugal’s criminal legislation on sexual violence in line with Article 36 of the Istanbul Convention. 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

crimes sexuais, no sentido de garantir que estes crimes são baseados na ausência de consentimento livre da vítima⁵⁸.

Salvo melhor opinião, concordando-se parcialmente com a avaliação feita no Relatório, consideramos, pelas razões já expandidas *supra*, que a supressão da expressão “constranger” dos tipos legais em causa seria inócua, na justa medida em que, reiterar-se, para que a redacção das respectivas normas seja coerente e abarque todas as condutas típicas puníveis, teria sempre de se introduzir outra expressão que, explícita ou implicitamente, significasse exactamente o mesmo.

Por outra banda, não será de somenos importância salientar que o acto de constranger, enquanto acção típica, beneficia de extensa densificação doutrinária e jurisprudencial⁵⁹ que não contende com as alterações sugeridas, antes consubstanciando os primeiros passos do novo paradigma a seguir.

Assim sendo, cremos que a solução que melhor acautela os fins proclamados pela Convenção de Istambul passa pela eliminação dos meios típicos de constrangimento previstos nos n.ºs 1 dos artigos 163.º e 164.º (“*por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir*”)⁶⁰, eliminando-se concomitantemente os n.ºs 2, que perdem a sua razão de ser.

Não se diga, a este respeito, que a centralidade da cláusula geral de constrangimento (ou se se quiser, de não consentimento) acarreta sérios riscos de falsas queixas (v.g. motivadas por vinganças associadas a abandono amoroso, arrependimentos tardios, mudanças de ideia pós-facto, etc.).

Na verdade, uma mudança de paradigma no sentido por nós defendido – em linha, segundo cremos, com a Convenção de Istambul –, só é possível se for acompanhada de uma generalizada desconstrução de mitos sobre os crimes sexuais, assentes em “*falsas crenças acerca de vítimas, agressores/as e do próprio acto, que têm como base imagens estereotipadas de homens, mulheres, sexualidade, violência e desconhecimento sobre o fenómeno*”⁶¹. Mais: conforme sublinha Teresa Pizarro Beleza, “*a probabilidade de queixas, processos de inquérito e*

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”.

⁵⁸ Também no sentido de garantir que o constrangimento deve ser abrangente, não se enfatizando o uso de força ou violência, cfr. Manual da ONU para a Legislação sobre Violência contra as Mulheres, 2012, p. 27, disponível em <https://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Handbook%20for%20legislation%20on%20violence%20against%20women.pdf>, onde se pode ler: “*In instances where a definition based on «coercive circumstances» is adopted, it is important to ensure that the circumstances listed are expansive, and do not revert to an emphasis on use of force or violence*”; e ainda a Recomendação Geral n.º 35, de 14.07.2017, do Comité para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres (CEDAW), disponível em:

https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/CEDAW_C_GC_35_8267_E.pdf, que recomenda no parágrafo 33 aos Estados-parte da Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres: “*Ensure that the definition of sexual crimes (...) is based on lack of freely given consent, and takes account of coercive circumstances*” (sublinhados nossos).

⁵⁹ Neste exacto sentido, cfr. o Parecer da Procuradoria-Geral da República sobre o Projecto de Lei n.º 1155/XIII/4.ª (PS), p. 8, <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=43523>.

⁶⁰ Em sentido convergente, cfr. o Parecer da Procuradoria-Geral da República sobre o Projecto de Lei n.º 1047/XIII/4.ª (PAN), p. 10; inversamente, criticando a supressão dos meios típicos de constrangimento do tipo objectivo de ilícito, cfr. Parecer sobre o Projecto de Lei n.º 1047/XIII/4ª (PAN), da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Janeiro de 2019, pp. 2, 3 e 8 (ambos disponíveis em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=43200>).

⁶¹ VENTURA, Isabel, *Manual de Boas Práticas para as Comissões de Protecção de Crianças e Jovens (e todas as entidades que trabalham em prol dos direitos das crianças)*, Coord. Leonor Valente Monteiro, ed. Associação Projecto Criar, Porto, 2014, p. 159.

*juízos falsos não é grande, dada a conhecida relutância de muitas vítimas, mesmo em casos de grande intimidação e violência, apresentarem queixa, por receio de devassa da sua vida privada e pelo carácter traumatizante dos exames, da recolha de provas, da própria audiência de julgamento*⁶².

Para além disso, as dificuldades probatórias associadas à comprovação fáctica da ausência de consentimento da vítima não serão certamente maiores das sentidas com a actual comprovação dos meios típicos de constrangimento previstos nos n.ºs 1 dos artigos 163.º e 164.º. De resto, a dificuldade de prova reside sobretudo no facto de o acto sexual ser normalmente praticado sem presença de terceiros e não tanto no tipo de conduta do agente para alcançar o seu fim.

Nesta sede, relevarão sobremaneira as provas periciais a que nos reportaremos *infra*, com especial enfoque nas perícias psicológicas e/ou psiquiátricas efectuadas à vítima nos casos em que não haja evidências físicas ou traços biológicos indiciadores da prática do crime.

4. Punição

No que às penas principais aplicáveis diz respeito, a lei prevê actualmente para o crime de coacção sexual do artigo 163.º pena de prisão de 1 a 8 anos (n.º 1) ou até 5 anos (n.º 2), e para o crime de violação do artigo 164.º pena de prisão de 3 a 10 anos (n.º 1) ou de 1 a 6 anos (n.º 2). Os n.ºs 1 dos respectivos preceitos são, por assim dizer, o tipo base ou simples de ilícito, consubstanciando os n.ºs 2 uma espécie de tipo privilegiado desses crimes.

Como já foi anteriormente mencionado, atendendo à mudança de paradigma que recoloca a centralidade dos elementos dos tipos de crime em causa numa cláusula geral de não constrangimento ou numa cláusula geral de não consentimento, consideramos injustificável que as diferenças das molduras penais dos n.ºs 1 e 2 dos artigos 163º e 164º encontrem o seu fundamento nos diferentes meios de constrangimento exercidos pelo agente.

Donde se conclui, como está bom de ver, que a alteração que melhor se coaduna com a teleologia subjacente à Convenção de Istambul nesta matéria é a que pugna pela eliminação total dos concretos meios de constrangimento, com a inerente eliminação dos actuais n.ºs 2 dos artigos 163.º e 164.º, mantendo-se inalteradas, pelas razões a que nos reportaremos *infra*, as molduras penais previstas nos respectivos n.ºs 1⁶³.

Dito isto, impõe-se tecer algumas considerações relativamente a certos aspectos respeitantes à punição dos crimes de coacção sexual e de violação.

Em primeiro lugar, quanto à **elevação das molduras penais**, importa salientar que o frequentemente reclamado endurecimento das respostas criminais aos crimes sexuais em geral – muitas vezes motivado pelo eco causado por processos mediáticos ou decisões judiciais menos acertadas na opinião pública, compreensivelmente mais permeável a sentimentos de repulsa e revolta –, não se compagina com a teoria das finalidades de prevenção geral e especial das penas, alheia que deve ser a fundamentalismos securizantes ou a ideologias retributivas.

⁶² BELEZA, Teresa Pizarro, “«Consent – It’s as Simple as Tea»...”, *cit.*, p. 26.

⁶³ Diga-se, aliás, que a Convenção de Istambul não impõe qualquer moldura penal para os ilícitos em causa, apontando unicamente para a necessidade de criminalização das condutas quando praticadas sem o consentimento da vítima.

No que toca aos princípios orientadores da política criminal de emanção jurídico-constitucional, importa que não se perca de vista, por uma parte, o princípio da congruência entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos protegidos pelo direito penal decorrente do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, do qual resulta a *“exigência de que os bens jurídicos jurídico-penais (bens jurídicos dignos de tutela penal) sejam necessitados (carentes) de tutela penal e o entendimento de que só finalidades de prevenção, geral e/ou especial podem justificar a aplicação de uma pena”*⁶⁴; por outra parte, também assume especial relevância o princípio da proporcionalidade das sanções penais, enquanto princípio concretizador do princípio da proibição do excesso, eivado de uma inolvidável relação de congruência entre a gravidade das penas aplicáveis aos vários tipos de crime.

Acresce que *“a pena tem como finalidade primordial a protecção de bens jurídicos e, sempre que possível, a reintegração do agente na sociedade, actuando a defesa da ordem jurídica e da paz social (conteúdo mínimo da prevenção geral positiva) como limite à actuação das exigências de prevenção especial de socialização e a culpa como limite da pena (artigo 40.º, n.ºs 1 e 2, do CP)”*⁶⁵.

Feito este enquadramento, é relevantíssimo considerarmos que *“de um ponto de vista pragmático e de eficácia, contrariando a ideia de que a criminalidade aumenta ou diminui em função da maior, ou menor, severidade das penas, tem sido demonstrado que os destinatários das normas penais não se guiam, normalmente, pelo conhecimento que possam ter dessas normas (até as desconhecem, na maior parte dos casos), mas, antes, pela maior, ou menor, probabilidade de os seus actos virem a ser efectivamente detectados e perseguidos criminalmente. É intuitivo que o factor que pode demover, nesta perspectiva, um potencial homicida, não será tanto a probabilidade de a sua condenação ser de oito ou dezasseis anos (porventura, qualquer delas poderia demovê-lo, ou não) mas de ser, ou não, efectivamente condenado. Nesta perspectiva, o maior ou menor incremento da criminalidade não dependerá, tanto, da severidade das penas, como, sobretudo, dos mecanismos fiscalizadores que reforçam a probabilidade de efectiva aplicação da pena”*⁶⁶.

Com o que se acaba de expor, pretende-se tão-somente clarificar que, a nosso ver, não se encontram político-criminalmente justificadas quaisquer elevações das molduras penais dos crimes de coação e de violação (cujas molduras, saídas da Reforma do CP de 1995, resultaram precisamente da inserção sistemática dos crimes sexuais nos crimes contra as pessoas, bem como da generalizada agravamento da punição destes), as quais, a verificar-se, apenas encontrariam o seu “fundamento” no propalado mito de que a agravamento das molduras penais diminui a prática de crimes.

Por outro lado, se o que se pretende com a sobredita elevação das molduras penais, *maxime* dos limites mínimos, é impedir que sejam suspensas na sua execução penas de prisão inferiores a 5 anos (artigo 50.º, n.º 1, do CP), então o debate a promover não será tanto sobre a moldura dos crimes em causa, mas antes sobre as razões político-criminalmente associadas àquela pena de substituição.

⁶⁴ ANTUNES, Maria João, *Penas e Medidas de Segurança*, Almedina, 2017, p. 15.

⁶⁵ *Idem*, p. 18.

⁶⁶ PATTO, Pedro Maria Vaz, “Os fins das penas e a prática judiciária – algumas questões”, texto que serviu de base à comunicação apresentada nas *Jornadas de Direito Penal e Processual Penal*, acção de formação do Conselho Superior da Magistratura, Julho de 2011, p. 8, disponível em: https://www.csm.org.pt/ficheiros/eventos/formacao/2011_vazpato_finsdaspenas.pdf.

Assim, porque o que a Convenção de Istambul impõe nesta sede é que os Estados signatários adoptem legislação que assegure que as infracções criminais de violência sexual e de género sejam puníveis com “*sanções efectivas, proporcionais e dissuasoras, tendo em conta a sua gravidade*” (artigo 45.º, n.º 1), julgamos que as actuais molduras penais previstas nos n.ºs 1 dos artigos 163.º e 164.º são de manter, não brotando daí qualquer conflito com as normas internacionais.

Depois, e em segundo lugar, a segunda nota prende-se com as **circunstâncias agravantes** dos crimes de coacção sexual e de violação. Nos termos do artigo 46.º da Convenção de Istambul, “*as Partes deverão adoptar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para garantir que as circunstâncias que se seguem, na medida em que ainda não façam parte dos elementos constitutivos da infracção, possam, nos termos das disposições pertinentes do direito interno, ser tidas em conta como circunstâncias agravantes na determinação da pena aplicável às infracções previstas na presente Convenção*”, enumerando-se depois nas diversas alíneas o conjunto das circunstâncias a ter em consideração, quais sejam:

- a) *Ter a infracção sido praticada por um membro da família, uma pessoa que coabita com a vítima ou uma pessoa que abusou da sua autoridade contra o cônjuge ou ex-cônjuge, ou contra o companheiro ou ex-companheiro, tal como previsto no direito interno;*
- b) *Ter a infracção, ou terem as infracções conexas, sido repetidamente praticadas;*
- c) *Ter a infracção sido praticada contra uma pessoa que se tornou vulnerável devido a circunstâncias particulares;*
- d) *Ter a infracção sido praticada contra uma criança ou na sua presença;*
- e) *Ter a infracção sido praticada por duas ou mais pessoas agindo conjuntamente;*
- f) *Ter a infracção sido precedida ou acompanhada de uma violência de gravidade extrema;*
- g) *Ter a infracção sido praticada com a utilização ou a ameaça de uma arma;*
- h) *Ter a infracção causado danos físicos ou psicológicos graves à vítima;*
- i) *Ter o perpetrador sido anteriormente condenado pela prática de infracções da mesma natureza.*

Antes de mais, sublinhe-se que as circunstâncias agravantes devem, na nossa perspectiva, concentrar-se no artigo 177.º e não nos artigos 163.º e 164.º, visto que as circunstâncias agravantes que a Convenção de Istambul prevê são aplicáveis a todos os crimes abrangidos pela Convenção e não apenas aos crimes de coacção sexual e de violação.

Por outro lado, a Convenção impõe apenas que se adoptem circunstâncias agravantes “*na medida em que ainda não façam parte dos elementos constitutivos da infracção*”. Quer isto dizer, portanto, que apenas devem ser previstas essas agravantes quando o acto ou resultado não seja já autonomamente punido ou não esteja já previsto como forma de agravação⁶⁷. Por ser assim, a análise que se segue prende-se tão-somente com as circunstâncias previstas na Convenção que julgamos não estarem tuteladas por qualquer forma no direito interno⁶⁸.

Ora, da leitura perfunctória das circunstâncias agravantes constantes da Convenção facilmente se constata que o artigo 177.º não está em conformidade com a mesma, sendo curial o

⁶⁷ Neste sentido, cfr. Parecer da Procuradoria-Geral da República sobre o Projecto de Lei n.º 1058/XIII/4.ª (BE), pp. 8-9, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=43243>.

⁶⁸ Das que já estão abrangidas, destacam-se, por não serem tão evidentes, as seguintes: a reiteração prevista na al. b) encontra resposta na proibição da punição deste tipo de crimes como crimes continuados (cfr. artigo 30.º, n.º 3, do CP) e no concurso de crimes; e a agravação prevista na al. i), resultante do agente já ter sido anteriormente condenado pela prática de crime da mesma natureza, reconduz-se ao instituto da reincidência dos artigos 75.º e 76.º, do CP.

alargamento da constelação de circunstâncias agravantes constantes do Código Penal a este respeito.

Assim, o primeiro alargamento passaria pela supressão da violência, da ameaça grave e da colocação da vítima em estado inconsciente ou na impossibilidade de resistir, ainda actualmente previstas nos n.ºs 1 dos artigos 163.º e 164.º como elementos dos respectivos tipos objectivos, passando estas a configurar circunstâncias agravantes⁶⁹.

No que à violência diz especificamente respeito, consideramos no entanto preferível não transpor literalmente a al. f) do artigo 46.º da Convenção, onde se fala de “violência de gravidade extrema”, por três razões:

Primo, porque daí resulta uma inevitável sobreposição de normas, designadamente entre a violência grave e a agravante prevista no artigo 177.º, n.º 5, do CP (ofensa à integridade física grave);

Secundo, porque a determinação da fronteira entre o que é extremo e o que deixa de o ser não só é de difícil concretização como redundante em incerteza/indeterminação não compaginável com o princípio da tipicidade das infracções, corolário do princípio da legalidade consagrado no artigo 29.º, n.º 1, da CRP (*nullum crimen, nulla poena sine lege*); e

Tertio, porque se a violência exercida assumir uma gravidade tal que conferira à conduta um desvalor autónomo (é dizer: por o resultado daí decorrente não estar contido no juízo de ilicitude dos crimes de coacção ou de violação), então adentramos no âmbito do concurso efectivo de crimes e não das circunstâncias agravantes.

Depois, a agravante constante da segunda parte da al. a) do artigo 46.º da Convenção (“*contra o cônjuge ou ex-cônjuge, ou contra o companheiro ou ex-companheiro*”) também não tem paralelo na lei interna quanto aos crimes em análise, pelo que, indo mais além e harmonizando os tipos de crimes que punem a violência de género, consideramos adequado decalcar a previsão constante do artigo 152.º, n.º 1, als. a) e b), do CP, passando a integrá-la nas circunstâncias agravantes do artigo 177.º: ser a conduta praticada contra cônjuge ou ex-cônjuge ou pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha, ou tenha mantido, uma relação de namoro ou uma relação análoga às dos cônjuges, ainda que sem coabitação.

Quanto à agravante correspondente à al. c) do artigo 46.º da Convenção (“*infracção praticada contra uma pessoa que se tornou vulnerável devido a circunstâncias particulares*”), pelas mesmas razões indicadas no parágrafo anterior, entendemos que deve passar a prever-se uma agravante com redacção semelhante à previsão da al. d) do n.º 1 do artigo 152.º do CP: ser a conduta praticada contra pessoa particularmente indefesa, nomeadamente em razão da idade, deficiência, doença ou gravidez (a dependência económica já vem prevista na actual al. b) do n.º 1 do artigo 177.º).

Relativamente à prática do facto perante menor, circunstância agravante que corresponde à parte final da al. d) do artigo 46.º da Convenção, e que também não está prevista no artigo 177.º (cujos n.ºs 6 e 7 apenas prevêm a agravação do crime praticado *contra* menores com

⁶⁹ Considerando que não se justifica que estas circunstâncias se transformem em agravantes, por serem formas socialmente comuns para a execução do crime de violação, cfr. Inês Ferreira Leite no Parecer do Instituto de Direito Penal e de Ciências Criminais da FDUL sobre o Projecto de Lei n.º 664/XII (BE), p. 3, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=38692>.

idades inferiores a 16 e 14 anos, respectivamente), adere-se no essencial à posição assumida no Parecer da PGR sobre o Projecto de Lei n.º 1155/XIII/4.ª (PS), segundo a qual “*um aditamento deste teor teria sempre de ser pensado em coerência com as normas relativas aos crimes de cariz sexual perpetrado contra criança*”⁷⁰.

Em terceiro e último lugar, no que concerne às **circunstâncias atenuantes**, avance-se desde já que consideramos absolutamente anacrónico valorar como atenuação a *contribuição sensível da vítima* para o facto (como constava do artigo 201.º, n.º 3, do CP de 1982, e que se tentou manter na Comissão Revisora da Reforma de 1995), sob pena de se cair (ou reincidir) em censuráveis juízos perpetuadores de desigualdade, assentes numa imagem que viaja através dos séculos de que o corpo feminino que seduz é fonte de fraqueza masculina⁷¹.

Como bem anota Pinto de Albuquerque, “*nas relações afectivas e sexuais entre pessoas quem consente no menos não consente no mais. E quem consentiu ontem pode não consentir hoje. Portanto, a partir do exacto momento em que o parceiro se opõe ao prosseguimento do relacionamento sexual com o agente, este tem de parar. E só pode prosseguir quando o agente tem a certeza do consentimento actual do parceiro, independentemente da conduta pretérita do parceiro*”⁷².

Assim, consideramos intolerável invocar como circunstância atenuante dos crimes de coacção sexual e de violação a atenuação prevista no artigo 72.º, n.º 2, al. b), do CP⁷³. Conclusão contrária, aliás, viola frontalmente o estatuído no artigo 42.º, n.º 1, da Convenção de Istambul, nos termos do qual “*as Partes deverão adoptar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para garantir que nos procedimentos penais iniciados em consequência da prática de qualquer um dos actos de violência abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente Convenção, a cultura, os costumes, a religião, a tradição ou a pretensa «honra» não sirvam de causa de justificação para esses actos. Isto abrange especialmente as alegações segundo as quais a vítima teria transgredido regras ou hábitos culturais, religiosos, sociais ou tradicionais de conduta apropriada*” (sublinhado nosso).

⁷⁰ No atinente à prática dos crimes de coacção sexual e de violação contra menores (e, no direito a constituir, perante menores), destaque-se ainda que o conceito de criança para efeitos da Convenção de Istambul não é, em nossa opinião, distinto do previsto no artigo 1.º da Convenção sobre os Direitos da Criança (“criança é todo o ser humano menor de 18 anos”) e, nessa medida, exija talvez uma ponderada reflexão sobre toda a construção dos crimes sexuais em que as vítimas são crianças e jovens menores de 18 anos. Trata-se, no entanto, de questão que extravasa largamente o objecto do nosso estudo e a que nos dedicaremos numa outra oportunidade.

⁷¹ Certamente muitos se recordarão do Ac. do STJ de 18.10.1989, *BMJ*, 390.º, 189, p. 163, onde se sustentou 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»*”, com o que “*muito contribuíram para a sua realização*”.

⁷² ALBUQUERQUE, Pinto de, “A Coacção Sexual...”, *cit.*, p. 914.

⁷³ Neste sentido, ALBUQUERQUE, Pinto de, *loc. cit.*; contra, DIAS, Figueiredo, *Comentário Conimbricense...*, *cit.*, pp. 733 e 754, e GONÇALVES, Maia, *op. cit.*, p. 537.

5. Concurso

Comete **um só crime** de coacção sexual ou de violação o agente que, no mesmo contexto situacional, pratica mais do que um acto sexual de relevo (artigo 163.º) *ou* mais do que um acto sexual de relevo especial (artigo 164.º), em relação à mesma vítima⁷⁴, devendo a pluralidade de actos praticados ser valorado na determinação da medida da pena⁷⁵.

Como assinalámos *supra*, devendo a violação ser entendida como uma coacção sexual especial ou qualificada, entre o crime de violação e de coacção sexual existe, em princípio, uma relação de **concurso aparente (especialidade)**, quando praticados com a mesma vítima e na mesma ocasião, uma vez que os actos sexuais especiais da violação integram os actos sexuais da coacção sexual, sendo estes normalmente prévios àqueles. Só assim não sucede quando possa considerar-se que os actos de coacção sexual não possam ser vistos como integrantes do processo que conduziu à violação (*v.g.* porque entre os dois se verifica um lapso de tempo tal que não permite agregá-los num só sentido social de ilicitude)⁷⁶.

Uma relação de especialidade só deve ser afirmada quando o tipo legal prevalecente (*lex specialis*) tenha alcançado a consumação, já não quando esteja em causa uma tentativa do tipo especial e a consumação do tipo geral⁷⁷. Não quer isto significar, porém, que entre uma **tentativa de violação** e uma **coacção sexual consumada** interceda uma relação de concurso efectivo (sob pena de se violar o princípio da proibição da dupla valoração), mas antes uma relação de **concurso aparente (consumpção)**, na justa medida em que o conteúdo típico de uma violação tentada já inclui, evidentemente, o do crime de coacção sexual consumada.

No entanto, porque a moldura penal da tentativa de violação é inferior à moldura penal da coacção sexual consumada (cfr. artigos 23.º, n.º 2, 73.º, n.º 1, als. *a*) e *b*), CP), concordamos com a solução avançada por Figueiredo Dias no sentido de que, tratando-se de consumpção impura, o ilícito socialmente dominante (a violação) continua a oferecer o sentido do facto global, sendo o mesmo punido dentro da moldura penal do ilícito dominado (a coacção sexual)⁷⁸⁻⁷⁹.

A relação entre os crimes de coacção sexual ou de violação e o crime de ofensa à integridade física ou homicídio tem tratamento diferenciado, consoante os casos: há **concurso efectivo se**

⁷⁴ Contra, considerando haver pluralidade de crimes, e portanto concurso efectivo de crimes, quando o agente pratique com a mesma vítima coito anal seguido de cópula, cfr. LOPES, Mouraz, *Os Crimes Contra a Liberdade...*, p. 54. Também sobre estes casos específicos, cfr. ALVES, Reis, *op. cit.*, p. 16, concluindo porém que “*a situação não difere muito da que ocorre quando um determinado agente, na concretização de uma única motivação criminosa, mantém cópula, por mais de uma vez, com a mesma mulher (...). E contudo, nesta última situação ninguém questionará que estamos em face de um único crime de violação*”.

⁷⁵ Também assim, ALBUQUERQUE, Pinto de, “A Coacção Sexual...”, *cit.*, pp. 912 e 917, e DIAS, Figueiredo, *Comentário Conimbricense...*, *cit.*, pp. 731, § 35, e 753, § 23.

⁷⁶ Neste sentido, cfr. GARCIA, Miguez, RIO, Castela, *Código Penal...*, *cit.*, p. 690, DIAS, Figueiredo, *Comentário Conimbricense...*, *cit.*, pp. 731-732, § 36, e ALBUQUERQUE, Pinto de, “A Coacção Sexual...”, *cit.*, p. 912.

⁷⁷ Neste exacto sentido, DIAS, Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2007, p. 996, que considera que se assim não fosse, ficaria por considerar que o agente produziu o resultado típico da lei excluída (coacção sexual consumada), o qual não se contém na lei prevalecente sob a forma tentada (violação).

⁷⁸ Cfr. DIAS, Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral*, *cit.*, pp. 996, § 9, e 1021-1027, e *Comentário Conimbricense...*, *cit.*, pp. 752-753, § 21; em sentido idêntico, GARCIA, Miguez, *O Direito Penal...*, *cit.*, pp. 298-299.

⁷⁹ Também assim, cfr. o Ac. do TRE de 12.05.2009, proc. n.º 2807/08-1, “*No caso de concurso entre o crime de coacção sexual e o crime de violação tentada, se a posição inicial da doutrina se parece reduzir à pura e simples inversão da regra normal da consumpção pura, punindo-se o agente pelo crime que deveria ser consumido, o crime dominado – no caso a coacção sexual – quer no campo da definição do ilícito quer no campo da punibilidade, a actual posição doutrinária aponta para uma diferenciação dessas duas vertentes, a definição do ilícito típico, por um lado, a definição da punibilidade, por outro*”; diferentemente, punindo pela coacção sexual consumada, cfr. o Ac. do STJ 29.10.2008, proc. n.º 08P2874.

a ofensa à integridade física (simples ou grave) ou a morte não tiverem conexão com a prática do acto sexual, *i.e.*, se não se inserirem no processo executivo da coacção sexual ou da violação, bem como nos casos em que, apresentando essa conexão, os resultados ofensa à integridade física (simples ou grave) ou morte tenham sido dolosamente produzidos pelo agente, e ainda nos casos em que a ofensa à integridade física ultrapasse a medida necessária para a prática da coacção sexual ou da violação; há **concurso aparente** entre o crime de ofensa à integridade física *simples* e os crimes de coacção sexual ou de violação quando aquela se integre no processo destes; não há concurso, mas **agravação pelo resultado** (artigo 177.º, n.º 5, do CP) quando a ofensa à integridade física *grave* ou a morte são produzidas a título de negligência e esse resultado possa ser imputado ao crime doloso fundamental (coacção sexual ou violação)⁸⁰.

Entre o crime de coacção sexual ou de violação e o crime de sequestro há **concurso efectivo** se a privação da liberdade típica do sequestro exceder o necessário para a prática do crime sexual, bem como nos casos em que o crime de sequestro seja qualificado (*v.g.* por exceder 2 dias). Caso contrário, a relação será de **concurso aparente**.

Não há concurso quando concorram **várias circunstâncias agravantes** do artigo 177.º, sem prejuízo de serem valoradas na medida da pena as agravantes não prevaletentes (*cfr.* n.º 8 do artigo 177.º). Note-se apenas que, actualmente, o uso de um meio típico de constrangimento (*v.g.* violência ou ameaça grave) não é (ainda) circunstância agravante, mas elemento do tipo objectivo de ilícito, pelo que entre esses meios de coacção e as agravantes do artigo 177.º não existe qualquer espécie de concurso⁸¹.

6. Aspectos processuais

A Convenção de Istambul contém disposições que vão muito além das exigências no âmbito do direito material, dispondo igualmente sobre uma série de aspectos de natureza processual ou conexos (*cfr.* Capítulo VI sob a epígrafe “Investigação, acção penal, direito processual e medidas de protecção”).

Não obstante existir um vasto leque de matérias passíveis de reflexão nesta sede (*v.g.* declarações para memória futura, suspensão provisória do processo, medidas de coacção, registo criminal, medidas de protecção da vítima, etc.), optámos por nos circunscrever apenas a dois: a natureza dos crimes de coacção sexual e de violação (por ser questão amiúde suscitada no espectro político) e a relevância dos exames e perícias na investigação dos crimes de coacção sexual e de violação (uma vez que nos parece que estas serão absolutamente decisivas a partir do momento em que o não consentimento esteja no epicentro dos crimes de coacção sexual e de violação).

6.1. Natureza dos crimes de coacção sexual e de violação⁸²

Os crimes de coacção sexual e de violação têm natureza semi-pública, uma vez que, por regra, os respectivos procedimentos criminais dependem de queixa (artigo 178.º, n.º 1, 1.ª parte, do

⁸⁰ *Cfr.* DIAS, Figueiredo e ANTUNES, Maria João, *Comentário Conimbricense...*, *cit.*, pp. 732, § 37 e 890-892, § 5-7, e ALBUQUERQUE, Pinto de, “A Coacção Sexual...”, *cit.*, p. 913.

⁸¹ Assim, DIAS, Figueiredo, *Comentário Conimbricense...*, *cit.*, p. 731, § 35, e GARCIA, Miguez, RIO, Castela, *op. cit.*, p. 691.

⁸² Sobre a inequívoca natureza processual do ponto em análise, veja-se DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*, reimpr. 1974, Coimbra Editora, 2004, p. 122.

CP). Exceptuam-se os casos em que estes crimes forem praticados contra menor, quando da sua prática resultar suicídio ou morte da vítima (artigo 178.º, n.º 1, 2.ª parte), ou quando o Ministério Público, apesar do crime depender de queixa (é dizer: quando tenha sido praticada contra maior e não tenha resultado em suicídio ou morte), entender dar início ao mesmo quando o interesse da vítima o aconselhe (artigo 178.º, n.º 2⁸³)⁸⁴.

Assim sendo, podemos afirmar que a nossa lei consagra uma solução **híbrida**, na medida em que se optou, bem, por não atribuir a estes crimes exclusivamente natureza semi-pública ou pública.

A natureza dos crimes sexuais tem sido constantemente alterada/afinada no plano legislativo⁸⁵, sendo outrossim alvo de aturados debates que recorrentemente trazem à liça a discussão sobre a bondade e justeza das escolhas legislativas, pese embora as mais das vezes a questão seja suscitada com algum histerismo e fundamentalismo à mistura.

Antes de mais, parece-nos que este debate não pode racionalmente fazer-se à margem da teleologia subjacente à natureza pública ou semi-pública dos crimes em geral. Implicando a natureza pública a prossecução do processo penal sem ou contra a vontade do ofendido – expressão do interesse do Estado em perseguir e punir factos que revistam especial gravidade e/ou repercussão social –, a função da queixa nos crimes semi-públicos⁸⁶, mais concretamente no que toca à generalidade dos crimes sexuais que assumem esta natureza, prende-se fundamentalmente com a **protecção da vítima**.

Com efeito, na justa medida em que se trata de crimes que afectam severamente a esfera da intimidade da vítima, é perfeitamente legítimo que, apesar da especial gravidade que em geral revestem esses crimes (justificando-se *prima facie* a intervenção *ex officio* do Estado), a vítima não queira que ao mal do crime se some, por um lado, a estigmatização decorrente da exposição pública da sua intimidade que sempre acarreta um processo-crime e, por outro lado, a submissão a diligências processuais indesejadas (seja no inquérito, seja em julgamento⁸⁷)⁸⁸.

Solução contrária à que se vem expondo (ou seja, atribuir natureza pública aos crimes em causa) comporta o sério risco de revitimizações dos ofendidos, frustrando-se assim, afinal, as intenções político-criminais que com a criminalização destas condutas se pretende almejar.

⁸³ Podem reconduzir-se a estes casos as situações de vítimas que tendem a não denunciar o crime por estarem sob o efeito de *stress* pós-traumático, sentimentos de impotência, vergonha, medo de retaliações, bem como pelo facto de o crime ocorrer num contexto familiar ou relacional. Caberá então ao Ministério Público junto das vítimas apurar se a sua vontade em não dar início ao processo é inteiramente livre ou se está de alguma forma condicionada.

⁸⁴ Nestes casos, uma eventual desistência de queixa não produzirá qualquer efeito, tudo se passando como se o crime tivesse natureza pública.

⁸⁵ Sobre a evolução legislativa nesta matéria, cfr. LOPES, Mouraz, MILHEIRO, Caiado, *Crimes Sexuais...*, cit., pp. 218-220.

⁸⁶ Deixam-se os crimes particulares de fora desta análise pela simples razão de que os crimes sexuais nunca foram, pelo menos modernamente, configurados como tal.

⁸⁷ Como se assinala no Parecer do Conselho Superior da Magistratura sobre o Projecto de Lei n.º 665/XII/4.ª (BE), p. 13, “*pense-se, desde logo, na situação em que a vítima, vexada, não pretende fundadamente expor-se à via cruxis, normalmente psicologicamente dolorosa, que uma investigação criminal sempre acarreta, com a sua sujeição a exames médicos geralmente necessários, com a sua submissão a inquirições que visam explorar todos os elementos da intimidade da sua vida pessoal e profissional (...)*”, disponível em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=38693>.

⁸⁸ Em sentido aproximado, identificando uma “trípa função da queixa”, cfr. DIAS, Figueiredo, *Direito Penal Português – As Consequências Jurídicas do Crime*, reimpr. 1993, Coimbra Editora, 2005, pp. 666-668. Também ANTUNES, Maria João, *Comentário Conimbricense...*, cit., p. 896, e LOPES, Mouraz e MILHEIRO, Caiado, *Crimes sexuais...*, cit., p. 51.

Acresce que o regime híbrido consagrado actualmente na lei não contende com a Convenção de Istambul, porquanto no artigo 55.º, n.º 1, apenas se exige que os Estados garantam que “o procedimento criminal (...) não depend[a] totalmente da denúncia ou queixa apresentada pela vítima” (sublinhado nosso). Ora, conforme se pode ler no Parecer da PGR sobre o Projecto de Lei n.º 665/XIII/4ª (BE), “com o actual regime híbrido mostra-se salvaguardado, de modo equilibrado – e de acordo com a lógica constitucional de concordância prática entre interesses conflitantes –, o interesse do Estado e da comunidade no exercício da acção penal quanto a crimes sexuais de manifesta gravidade, com respeito pelos interesses da vítima (...). De resto, é manifestamente mitigada a actual natureza semi-pública dos crimes de coacção sexual e de violação”⁸⁹.

6.2. Dos exames e perícias à vítima em particular

A prova dos crimes sexuais em geral assenta principalmente em evidências físicas. Compreende-se que assim seja: da perspectiva do julgador, é substancialmente mais seguro formular um juízo próximo da certeza conducente à condenação do arguido pela prática de um crime de coacção sexual ou de violação quando existem provas que inequivocamente a indiciem, sem que com isso se queira naturalmente dizer que a existência dessas provas conduza automaticamente à comprovação do facto típico, sendo tanto mais assim quanto pode subsistir a dúvida acerca do consentimento da vítima.

Não surpreende, pois, que os exames e perícias assumam particular importância no domínio dos crimes sexuais, onde os juízos técnicos e científicos se reconduzem essencialmente ao exame de vestígios no corpo da vítima (v.g. lesões físicas ou vestígios biológicos) – a que se seguem, por norma, perícias sobre os mesmos – ou a avaliações psicológicas e/ou psiquiátricas que visem apurar a credibilidade do relato da vítima, *maxime* quando do exame ao corpo não resulte qualquer indício da prática do crime. É precisamente este último grupo de casos que levanta maiores problemas em sede probatória⁹⁰.

Apesar da relevantíssima prova resultante dos exames e perícias médico-legais no corpo da vítima conduzidos pelo INML, não devemos ser alheios ao facto de frequentemente não serem detectáveis quaisquer vestígios físicos. Tal pode suceder quer pela circunstância de os factos terem ocorrido há tempo suficiente para se dissiparem quaisquer vestígios, quer pela preocupação do agressor e da vítima em apagarem quaisquer indícios físicos ou biológicos da prática do crime: “por parte do agressor, há toda a preocupação em não serem deixadas evidências físicas na vítima resultantes da prática da agressão. A necessidade de colocar uma «cortina» que dificulte ou mesmo impossibilite a verificação de lesões físicas decorrentes de uma agressão aparece como uma das características «típicas» da situação (...). 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. À humilhação de ter sido violentada não pode seguir-se a humilhação de uma lesão que identifique e «marque» esse traumatismo. Esconder ou eliminar, rapidamente, vestígios ou outras consequências dos actos

⁸⁹ Contra, pugnando pela atribuição de natureza pública a estes crimes, cfr. SOTTOMAYOR, Maria Clara, “A convenção de Istambul...”, *cit.*, bem como o Parecer da Associação Portuguesa de Mulheres Juristas sobre o Projecto de Lei n.º 1047/XIII/4.ª (PAN), p. 4, disponível em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=43200>.

⁹⁰ Como bem notam LOPES, Mouraz, MILHEIRO, Caiado, *Crimes Sexuais...*, *cit.*, p. 18, “o problema fundamental ou essencial no domínio da criminalidade sexual, que deve relevar para qualquer aproximação ao seu conhecimento jurídico, tanto para tratar a dogmática como sobretudo para perceber e tratar os mecanismos processuais no domínio da prova, consiste no facto do acto sexual praticado ser sempre, ou quase sempre, um acto íntimo e, por outro lado em regra praticado na intimidade”.

*não queridos em que se viu envolvida será assim o comportamento compreensivelmente normal da vítima subsequente à prática dos factos*⁹¹⁻⁹².

Quando assim seja, *i.e.* quando não seja possível detectar no corpo da vítima quaisquer indícios da prática de crime (a que se aditam aqueles outros casos, certamente mais raros, em que se encontram na vítima vestígios biológicos – *v.g.* sémen – mas que, por si só, sejam manifestamente insuficientes, atentas todas as circunstâncias envolventes e demais prova para dar como provado a prática dos factos sem o consentimento da vítima⁹³), o Ministério Público (no inquérito) ou o juiz (no julgamento) podem e devem solicitar a realização de exames e perícias de psicologia e/ou psiquiatria forenses à vítima, deles podendo depender, em último termo, a decisão de acusar ou arquivar, condenar ou absolver⁹⁴.

Com efeito, não se deve ignorar que, mau grado não haja evidências físicas – como sucede em muitos casos, sobretudo atendendo à frequência com que ocorrem crimes deste género em contexto familiar ou de dependência, as mais das vezes com vítimas menores –, a prática de crimes de coacção sexual e principalmente de violação, comporta para a vítima uma incontornável dimensão traumática, invisível por natureza.

Por esta razão, a realização de exames ou perícias do foro psicológico e/ou psiquiátrico à vítima afigura-se absolutamente prioritário, principalmente para aferir da veracidade do relato e da falta de consentimento para o acto, uma vez que, como notam Mouraz Lopes e Caiado Milheiro, *“uma agressão sexual, seja ou não acompanhada de um acto de violência física ou psicológica, comporta sempre uma fractura na personalidade da vítima”*⁹⁵.

Perspectivando-se a breve trecho a assinalada mudança de paradigma nos crimes de coacção sexual e de violação (ganhando especial relevância a falta de consentimento da vítima), os juízos de oportunidade sobre a realização de exames e perícias psicológicas/psiquiátricas à vítima, suscitar-se-ão com particular acuidade, cabendo uma relevantíssima função ao Ministério Público no sentido de identificar os casos em que tais avaliações sejam imprescindíveis para a descoberta da verdade material.

De resto, o próprio Relatório Explicativo sobre a Convenção de Istambul alerta, no parágrafo 192, que *“a investigação destas ofensas exigirá uma avaliação sensível ao contexto das provas a fim de estabelecer, caso a caso, se a vítima consentiu livremente no acto sexual. Tal avaliação deve atender à ampla gama de reacções comportamentais que as vítimas exibem à violência sexual e violação, não devendo ser baseadas em suposições de comportamento típico em tais situações”*⁹⁶.

Uma efectiva liberdade e autodeterminação sexuais que com a incriminação da coacção sexual e da violação se pretende tutelar, apenas será atingida se na fase de investigação se lançarem mão de todos os instrumentos que permitam a recolha da “prova relevante” para a comprovação dos factos investigados. E a comprovação fáctica da ausência de consentimento

⁹¹ LOPES, Mouraz, MILHEIRO, Caiado, *Crimes Sexuais...*, *cit.*, pp. 20-21.

⁹² Segundo PINHEIRO, Maria de Fátima Terra, *Genética Forense – Perspectivas da Identificação Genética*, Edições Universidade Fernando Pessoa, 2010, p. 278, a recolha de material biológico na boca deve ser efectuada em regra até às 8 horas após o contacto sexual, até às 24 horas na cavidade anal e até às 72 horas na cavidade vaginal.

⁹³ Ninguém ignora que a defesa do arguido, sobretudo quando não haja evidências físicas, procurará alegar que a vítima tem interesse na condenação (*v.g.* por questões relacionadas com partilha de bens, vingança, ressentimento, etc).

⁹⁴ Atribuindo igualmente especial relevância às avaliações psicológicas das vítimas, *cfr.* SOTTOMAYOR, Maria Clara, *“A convenção de Istambul...”*, *cit.*

⁹⁵ LOPES, Mouraz, MILHEIRO, Caiado, *Crimes Sexuais...*, *cit.*, p. 21.

⁹⁶ Tradução da nossa responsabilidade.

da vítima, quando não se revele por sinais externos (ou apesar deles), apenas pode ser alcançada com relativa segurança mediante a colaboração de outros profissionais, *maxime* da área da psicologia e psiquiatria forenses.

IV. Referências bibliográficas

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª ed. actualizada, Universidade Católica Editora, 2015.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “A Coação Sexual e a Violação no Código Penal Português”, *Liber Amicorum de José de Sousa Brito – em comemoração do 70.º Aniversário – Estudos de Direito e Filosofia*, Almedina, 2009, pp. 905-919.
- ALVES, Sénio Manuel Reis, *Crimes Sexuais – Notas e Comentários*, Coimbra, Almedina, 1995.
- ANDRADE, Manuel da Costa, “O consentimento do ofendido no novo código penal”, *Para uma Nova Justiça Penal*, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Coimbra, Almedina, 1983, pp. 93-126.
- ANTUNES, Maria João, *Penas e Medidas de Segurança*, Coimbra, Almedina, 2017.
- BELEZA, Teresa Pizarro, “«Consent – It’s as Simple as Tea»: Notas sobre a Relevância do Dissentimento nos Crimes Sexuais, em especial na Violação”, *Combate à Violência de Género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, (Coord. Maria da Conceição Ferreira da Cunha), Porto, Universidade Católica Editora, 2016, pp. 15-26.
- BELEZA, Teresa Pizarro, “Sem sombra do pecado – O repensar dos crimes sexuais na revisão do Código Penal”, *Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal*, Vol. I, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 1996, pp. 157-183.
- BELEZA, Teresa Pizarro, “O conceito legal de violação”, Separata da *Revista do Ministério Público*, ano 15, n.º 59, Julho/Setembro 1994, pp. 51-64.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, “Do dissentimento à falta de capacidade para consentir”, *Combate à Violência de Género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, (Coord. Maria da Conceição Ferreira da Cunha), Porto, Universidade Católica Editora, 2016, pp. 129-166.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português – As Consequências Jurídicas do Crime*, reimpr. 1993, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

- DIAS, Maria Silva, “A propósito do crime de violação: ainda faz sentido a sua autonomização?”, *Revista do Ministério Público*, Ano 21, n.º 81, Jan/Mar 2000, pp. 57-90.
- FISHER, Hillary, *Manual para Deputados sobre a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica*, Conselho da Europa, 2012, [retirado de: http://www.pgdlisboa.pt/docpgd/files/HandbookParliamentarians_PO.pdf].
- GARCIA, M. Miguez, e RIO, J.M. Castela, *Código Penal – Parte Geral e Especial*, Coimbra, Almedina, 2014.
- GARCIA, M. Miguez, *O Direito Penal Passo a Passo*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2011.
- GONÇALVES, Manuel Maia, *Código Penal Português Anotado e Comentado*, 12.ª ed., Coimbra, Almedina, 1998.
- LEAL-HENRIQUES, Manuel, e SIMAS SANTOS, Manuel de, *Código Penal: Referências Doutrinárias, Indicações Legislativas, Resenha Jurisprudencial*, Vol. II, 2.ª ed., Lisboa, Rei dos Livros, 1995.
- LEITE, Inês Ferreira, “A tutela penal da liberdade sexual”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, n.º 1, Jan/Mar 2011, Coimbra Editora, pp. 29-94.
- LOPES, José Mouraz, MILHEIRO, Tiago Caiado, *Crimes Sexuais – Análise Substantiva e Processual*, Coimbra, Coimbra Editora, 2016.
- LOPES, José Mouraz, *Os Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal*, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- MORAIS, Tatiana, “Os primeiros impactos da Convenção de Istambul: da relutância do legislador nacional em adoptar a falta de consentimento como elemento do tipo legal do crime de violação”, *Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Ano XVIII, n.º 33, Almedina, 2017, pp. 105-137.
- PATTO, Pedro Maria Vaz, “Os fins das penas e a prática judiciária – algumas questões”, texto que serviu de base à comunicação apresentada nas Jornadas de Direito Penal e Processual Penal, acção de formação do Conselho Superior da Magistratura, Julho de 2011, p. 8, [retirado de: https://www.csm.org.pt/ficheiros/eventos/formacao/2011_vazpatto_finsdaspenas.pdf].
- PINHEIRO, Maria de Fátima Terra, *Genética Forense – Perspectivas da Identificação Genética*, Porto, Edições Universidade Fernando Pessoa, 2010.
- SÁ PEREIRA, Victor de, e LAFAYETTE, Alexandre, *Código Penal Anotado e Comentado*, 2.ª ed., Lisboa, Quid Iuris, 2014.
- SOTTOMAYOR, Maria Clara, “A convenção de Istambul e o novo paradigma da violência de género”, *Ex Aequo, Dossier: Violências de Género e Direito(s): Diálogos Feministas*, n.º 31, APEM, 2015, pp. 105-121 [retirado

de: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0874-55602015000100009&lng=pt&nrm=iso#3].

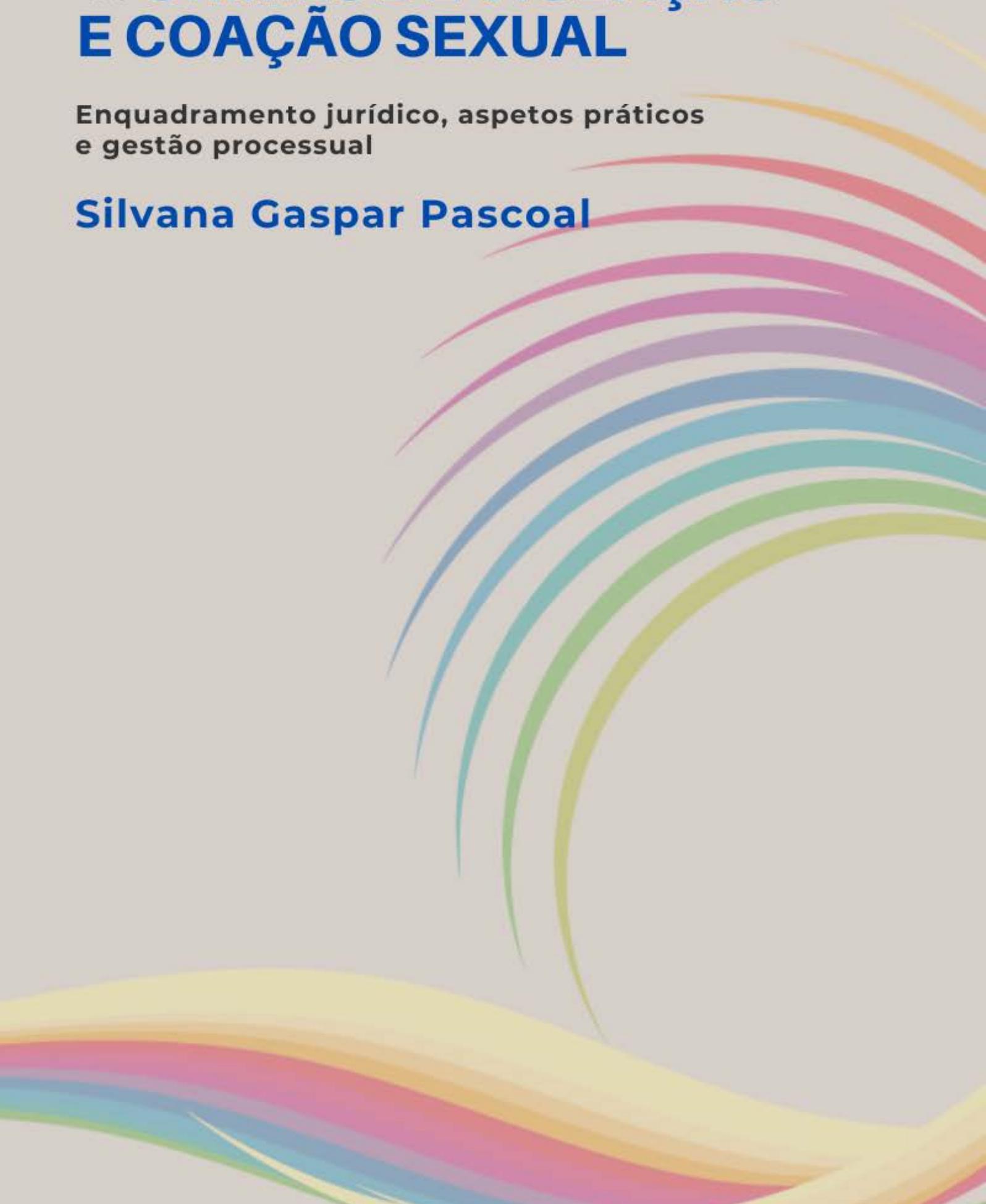
- SOTTOMAYOR, Maria Clara, “O conceito legal de violação: um contributo para a doutrina penalista – A propósito do acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de Abril de 2011”, *Revista do Ministério Público*, Ano 32, n.º 128, Outubro/Dezembro 2011, pp. 273-318.
- VENTURA, Isabel, *Manual de Boas Práticas para as Comissões de Protecção de Crianças e Jovens (e todas as entidades que trabalham em prol dos direitos das crianças)*, Coord. Leonor Valente Monteiro, Porto, ed. Associação Projecto Criar, Porto, 2014.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

4. CRIMES DE VIOLAÇÃO E COAÇÃO SEXUAL

**Enquadramento jurídico, aspetos práticos
e gestão processual**

Silvana Gaspar Pascoal



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

5. OS CRIMES DE VIOLAÇÃO E COAÇÃO SEXUAL. ENQUADRAMENTO JURÍDICO, ASPETOS PRÁTICOS E GESTÃO PROCESSUAL

Silvana Gaspar Pascoal

- I. Introdução
- II. Objetivos
- III. Resumo
 - 1. Enquadramento jurídico
 - 1.1. Do crime de coação sexual
 - 1.1.1. Evolução histórica
 - 1.1.2. Ato sexual de relevo
 - 1.1.3. Sujeitos ativo e passivo
 - 1.1.4. Crime de execução livre e vinculada
 - 1.2. Do crime de violação
 - 1.2.1. Evolução Histórica
 - 1.2.2. Cópula, coito anal, coito oral
 - 1.2.3. Penetração de objetos e partes do corpo
 - 1.2.4. Sujeitos ativo e passivo
 - 1.2.5. Crime de Execução Livre e Vinculada
 - 1.3. Dos crimes de coação sexual e de violação – aspetos em comum
 - 1.3.1. Elemento subjetivo
 - 1.3.2. Consumação e tentativa
 - 1.3.3. Concurso e crime continuado
 - 1.3.4. Atenuação e agravação da pena
 - 1.3.5. Penas acessórias
 - 1.3.6. Natureza do Crime
 - 2. Gestão processual
 - 2.1. Da tutela da vítima
 - 2.2. Da publicidade
 - 2.3. Das soluções de consenso – suspensão provisória do processo
 - 2.4. Da prova
 - 2.4.1. Declarações para memória futura
 - 2.4.2. Reconhecimento
- IV. Hiperligações e referências bibliográficas

I. Introdução

Os crimes de coação sexual e de violação sofreram uma evolução significativa, no âmbito das reformas ao Código Penal de 1982.

Com efeito, a reforma de 1995 operou uma alteração estrutural, passando tais crimes a integrar o capítulo dos crimes contra as pessoas, consubstanciando crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, alterando, conseqüentemente, o bem jurídico protegido, o qual abandonou a componente ético-moral, até então vigente.

Posteriormente, verificaram-se alterações relevantes ao nível dos atos sexuais de relevo que integram o crime de violação, cuja ampliação permitiu o alargamento do sujeito passivo ao sexo masculino.

Os meios de atuação típicos exigidos foram objeto de inúmera jurisprudência e doutrina, sofrendo significativas alterações com a Convenção de Istambul, ainda que a legislação nacional tenha ficado aquém das exigências nela previstas.

II. Objetivos

Com o presente trabalho visa-se realizar uma resenha histórica e evolutiva sobre os crimes de coação sexual e de violação, até à atualidade, numa perspetiva geral e crítica da doutrina e da jurisprudência sobre o tema.

III. Resumo

Para tanto, proceder-se-á à análise evolutiva do elemento objetivo dos crimes de coação sexual e de violação, bem como dos conceitos que os integram, dividindo-se o trabalho, no capítulo do enquadramento jurídico, em três subcapítulos:

- (i) dedicados ao crime de coação sexual, respetiva evolução, análise do conceito de ato sexual de relevo e dos meios de execução livre e vinculada;
- (ii) crime de violação, respetiva evolução e análise dos conceitos de cópula, coito anal, coito oral e penetração de partes do corpo e objetos e meios de execução livre e vinculada e
- (iii) aspetos em comum a ambos os crimes e respetiva análise do elemento subjetivo, da consumação e tentativa, do concurso e do crime continuado, da atenuação e agravação da pena, das penas acessórias e da natureza dos crimes.

1. Enquadramento Jurídico

1.1. Do crime de coação sexual

1.1.1. Evolução Histórica

O crime de coação sexual sofreu, no âmbito da vigência do Código Penal de 1982, quatro alterações de fundo, através do Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março, da Lei n.º 65/98, de 2 de setembro, da Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro e da Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto.

Efetivamente, na sua redação originária, o crime de coação sexual, bem como os demais crimes sexuais, encontrava-se integrado no Título III, relativo aos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade, Capítulo I, que abrangia os crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social, sendo designado como atentado ao pudor com violência (artigo 205º).

O bem jurídico protegido era o pudor social, a moralidade sexual, entendida como «*o conjunto de regras que disciplinam, numa dada sociedade, o comportamento humano ligado ao sexo*».¹

A reforma de 1995 operou uma significativa alteração nos crimes sexuais, numa primeira linha sistemática, passando os mesmos a integrar o Título dos Crimes contra as Pessoas e o Capítulo dos Crimes contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual. A coação sexual, agora com essa designação, passou, pois, a encontrar-se prevista no artigo 163.º, do Código Penal, encetando o capítulo dos crimes sexuais.

Tal alteração sistemática teve, igualmente, repercussões ao nível do bem jurídico protegido pela norma, deixando de proteger os interesses ético-sociais da comunidade, para proteger a liberdade e autodeterminação sexual da vítima. Deste modo, nos crimes contra a liberdade sexual «*O cerne do ilícito (...) reside na violação da liberdade sexual da vítima, ou seja, do poder de disposição do corpo pela pessoa*», residindo nos crimes contra a autodeterminação sexual «*o cerne do ilícito (...) na violação do livre desenvolvimento da personalidade do menor, na esfera sexual*».² A atividade sexual consentida, praticada por adultos em privado, deixou, pois, de ter relevância jurídico-penal, sendo afastadas do Direito Penal Sexual todas as concepções moralistas.

A reforma de 1998 criminalizou no n.º 2 do artigo 163.º, o crime de «assédio sexual», no âmbito das relações de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, o qual foi objeto de alteração com a reforma de 2007, passando, por um lado, a abranger também as situações resultantes de uma relação familiar, de tutela ou curatela, bem como o aproveitamento do temor causado pelo agente na vítima e, por outro lado, suprimindo o meio de constrangimento mediante ordem ou ameaça.

A alteração introduzida pela reforma de 2015 eliminou, no referido n.º 2 do artigo 163.º, os meios tipificados do constrangimento da vítima à prática de atos sexuais de relevo, agravando, igualmente, a moldura penal abstrata com pena de prisão até cinco anos.

Deste modo, dispõe, atualmente, o artigo 163.º:

«1 - Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, ato sexual de relevo é punido com pena de prisão de um a oito anos.

2 - Quem, por meio não compreendido no número anterior, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar ato sexual de relevo, consigo ou com outrem, é punido com pena de prisão até 5 anos.»

Importa, pois, proceder à análise detalhada de cada elemento que compõe o tipo objetivo do crime de coação sexual, bem como, dos conceitos jurídicos inerentes ao mesmo.

¹ Manuel de Oliveira Leal-Henriques e Manuel José Carrilho de Simas Santos, Código Penal, Volume II, 2.ª Edição, Reis dos Livros, pp. 227 a 236.

² Paulo Pinto de Albuquerque, A Coação Sexual e a Violação no Código Penal Português, in *Liberum Amicorum* de José de Sousa e Brito, em comemoração do 70.º Aniversário, Estudos de Direito e Filosofia, Almedina, pp. 905 a 919.

Assim,

1.1.2. Ato Sexual de Relevância

O conceito de ato sexual de relevância é um conceito indeterminado que tem evoluído ao longo das referidas reformas do Código Penal, sobre o qual a nossa doutrina tem refletido.

Assim, Paulo Pinto de Albuquerque refere, «o ato sexual de relevância é a ação de conotação sexual de uma certa gravidade objetiva realizada à vítima».³

Para Leal-Henriques e Simas Santos, «não é qualquer ato de natureza sexual que serve ao espírito do artigo, mas apenas aqueles atos que constituam uma ofensa séria e grave à intimidade e liberdade do sujeito passivo e invadam, de uma maneira objetivamente significativa, aquilo que constitui a reserva pessoal, o património íntimo, que no domínio da sexualidade, é o apanágio de todo o ser humano.»⁴

Sénio Alves define ato sexual de relevância como «todo o comportamento destinado à libertação e satisfação dos impulsos sexuais (ainda que não comporte o envolvimento dos órgãos genitais de qualquer dos intervenientes) que ofende, em grau elevado, os sentimentos de timidez e vergonha comum à generalidade das pessoas»⁵. Entende o citado autor não ser suficiente a prática de qualquer ato sexual, devendo o mesmo revestir-se de importância e relevância perante o homem médio, desvalorizando a perspectiva da vítima.

Por seu turno, Figueiredo Dias explica o ato sexual de relevância como «todo aquele (comportamento ativo, só muito excepcionalmente omissivo: talvez, p. ex., em certas circunstâncias, permanecer nu) que, de um ponto de vista predominantemente objetivo, assume, uma natureza, um conteúdo ou um significado diretamente relacionados com a esfera da sexualidade e, por aqui, com a liberdade de determinação sexual de quem o sofre ou pratica.»⁶

Também José Mouraz Lopes e Tiago Milheiro referem «o “ato sexual de relevância” terá de configurar, em primeiro lugar, um ato sexual. Mas não só. É o carácter grave, “de importância” do ato que o faz transportar para o iter criminis (...). É também este carácter grave que garante o respeito pelo princípio da proporcionalidade, previsto no artigo 18º, nº 2, da CRP, no que reporta à relação entre o comportamento e a punição. (...) é a liberdade que está em causa nestes crimes. Se se entender que “liberdade sexual” tem como limite, não apenas o respeito pelo exercício da liberdade sexual alheia, mas também o costume social ou seja, o conjunto de regras que os costumes sociais impõem ao comportamento sexual e que são recebidos pelo

³ Paulo Pinto de Albuquerque, A Coação Sexual e a Violação no Código Penal Português, in *Liberum Amicorum* de José de Sousa e Brito, em comemoração do 70.º Aniversário, Estudos de Direito e Filosofia, Almedina, pp. 905 a 919.

⁴ Manuel de Oliveira Leal-Henriques e Manuel José Carrilho de Simas Santos, Código Penal, Volume II, 2.ª Edição, Reis dos Livros, pp. 227 a 236.

⁵ Sénio Manuel dos Reis Alves, Crimes Sexuais, Notas e Comentários aos artigos 163.º a 179.º do Código Penal, Livraria Almedina, Coimbra 1995, pp. 7 a 16.

⁶ José de Figueiredo Dias, in *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo II, Coimbra Editora, 1999, pp. 444 a 465.

direito positivo, variando de uma sociedade para a outra e na mesma sociedade ao longo do tempo teremos uma definição de liberdade sexual, no seu sentido positivo que por ventura concretizará alguns dos limites de “relevância” do ato sexual em causa.»⁷

O ato sexual de relevo consiste, pois, no comportamento sexual objetivamente grave, que contende com a liberdade sexual da vítima, sendo como tal perspetivado pela comunidade em geral.

O conceito de ato sexual de relevo inclui os atos de cópula, coito anal, coito oral, bem como a penetração vaginal ou anal com objetos e partes do corpo. Tais atos integram, contudo, o crime de violação, não sendo relevantes para a definição do conceito no âmbito do crime de coação sexual. Efetivamente, o conceito de ato sexual de relevo no crime de coação sexual foi evoluindo à medida que no crime de violação foram sendo integrados e autonomizados atos do foro sexual.

Com efeito, se num primeiro momento, apenas a cópula vaginal, nela se incluindo a cópula vestibular com *emissio seminis*, integravam o crime de violação, atualmente, este integra os referidos atos de coito anal, coito oral e penetração vaginal e anal de partes do corpo ou objetos, os quais foram, conseqüentemente, excluídos do conceito de ato sexual de relevo para efeitos do preenchimento do tipo do crime de coação sexual.

Deste modo, presentemente, o conceito de ato sexual de relevo no âmbito do crime de coação sexual inclui atos como o beijo lingual, a excitação do clitóris, passar as mãos ou apalpação dos seios, órgãos sexuais e região anal e a masturbação.

Também a nossa jurisprudência se tem debruçado sobre o conceito de ato sexual de relevo, definindo-o como «(...) *todo aquele comportamento que de um ponto de vista essencialmente objetivo pode ser reconhecido por um observador comum como possuindo carácter sexual e que em face da espécie, intensidade ou duração ofende em elevado grau a liberdade de determinação sexual da vítima*»⁸, bem como, «(...) *o comportamento que objetivamente assume um conteúdo ou significado reportado ao domínio da sexualidade da vítima, podendo estar presente um intuito libidinoso do agente, conquanto a incriminação persista sem esse intuito, [considerando-se] ato sexual de relevo o comportamento pelo qual um homem adulto dá beijos na boca, mexe nos seios, mexe na vagina de uma menor de doze anos, ainda que por sobre a roupa, e lhe exhibe o pénis, perguntando-lhe se gostava do que tinha visto*».⁹

1.1.3. Sujeitos Ativo e Passivo

No crime de coação sexual tanto o homem como a mulher podem ser sujeitos ativo e passivo.

⁷ José Mouraz Lopes e Tiago Caiado Milheiro, Crimes Sexuais Análise Substantiva e Processual, Coimbra Editora, pp. 37 a 43.

⁸ Acórdão da Relação de Coimbra, de 13/01/2016, Orlando Gonçalves, Proc. 53/13.1GESRT.C1.

⁹ Acórdão da Relação do Porto, de 13/03/2013, Alves Duarte, Proc. 1159/11.7JAPRT.P1

Com efeito, a vítima do crime de coação sexual tanto pode ser pessoa do sexo feminino como do sexo masculino, maior ou menor de idade, sendo a menoridade relevante para o agravamento da moldura penal, bem como, para a determinação da natureza procedimental. «(...) a vítima sofre quando tem um comportamento meramente passivo e, doutro modo, pratica sempre que determinada pelo impulso coativo do agente. Fica de foram, portanto, todo o vasto setor dos atos praticados perante a vítima (v.g. os de «carácter exibicionista»). Está sempre em jogo, de resto, o tocar no corpo da vítima (...).»¹⁰

Por seu turno, o agente também pode ser pessoa do sexo feminino, bem como do sexo masculino, desde que maior de 16 anos, sendo o crime cometido por qualquer pessoa, quer por ação, quer por omissão.

De igual modo, ambos os intervenientes podem ser pessoas do mesmo sexo.

1.1.4. Crime de execução livre e vinculada

O crime de coação sexual, previsto no n.º 1 do artigo 163.º do Código Penal é um crime de execução vinculada, na medida em que exige que o constrangimento da vítima se verifique por um dos meios especificados na lei: a violência, a ameaça grave, o ato de colocação da vítima em estado de inconsciência ou impossibilidade de resistir.

Segundo Paulo Pinto de Albuquerque, «o conceito de violência inclui apenas a violência física».¹¹

Também Figueiredo Dias, entende que, «no contexto do art. 163º, apenas o uso da força física (como vis absoluta ou como vis compulsiva) destinada a vencer uma resistência oferecida ou esperada» deve integrar o conceito de violência. «(...) à violência tem de assistir uma qualquer corporalidade do meio de coação. Não é necessário que a força usada deva qualificar-se de pesada ou grave, mas será em todo o caso indispensável que esta se considere idónea (...) a vencer a resistência efetiva ou esperada da vítima.(...) Sob certas circunstâncias concretas, nomeadamente em função da debilidade, física ou psíquica, do carácter temeroso ou assustadiço da vítima pode bastar, v.g., uma bofetada, o fechá-la contra a sua vontade num quarto ou mesmo num automóvel, o transportá-la de um lugar para outro: é aqui decisiva em princípio a perspectiva da vítima (...). A violência pode ocorrer em simultaneidade com o ato sexual. Uma resistência efetiva não se torna indispensável, bastando que devesse contar-se com esta e o uso da violência se destine a vencê-la».¹²

A nossa jurisprudência acompanhou tal entendimento, concretizando-o, tendo, no Acórdão da Relação de Lisboa de 20/10/2010, decidido «II - No crime de coação sexual previsto no art.

¹⁰ Vitor de Sá Pereira e Alexandre Lafayette, Código Penal Anotado e Comentado, 2.ª Edição, Quid Juris, pp. 478 a 482.

¹¹ Paulo Pinto de Albuquerque, A Coação Sexual e a Violação no Código Penal Português, in *Liberum Amicorum* de José de Sousa e Brito, em comemoração do 70.º Aniversário, Estudos de Direito e Filosofia, Almedina, pp. 905 a 919.

¹² José de Figueiredo Dias, in *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo II, Coimbra Editora, 1999, pp. 444 a 465.

163.º, n.º 1, do Código Penal para o preenchimento do elemento típico violência não bastará apenas a constatação da ausência de consentimento por parte da pessoa ofendida. Ao invés, «à violência tem de assistir uma qualquer corporalidade do meio de coação».

III – O que não significa que, necessariamente, para que possa ocorrer violência, tenha de existir um qualquer contacto físico entre a vítima e o autor. Essencial é a aptidão do ato, ou dos atos, para constranger (coagir, forçar, obrigar, compelir) a outra pessoa a sofrer ou a praticar o ato sexual de relevo». ¹³

No que concerne à ameaça grave, Paulo Pinto de Albuquerque entende que esta «representa a forma mais grave de violência psíquica (...), mas inclui também a ameaça de crimes contra a honra» ¹⁴, exemplificando com a exibição de uma pistola ou a violência presenciada pela vítima, que lhe cria a convicção da sua brutalização se ela opuser resistência.

Como ensina Figueiredo Dias, como «(...) ameaça deve (...) entender-se a manifestação de um propósito de causar um mal ou um perigo se a pessoa ameaçada não consentir no ato sexual. (...) a ameaça relevante para efeito deste artigo deve considerar-se tipicamente mais exigente do que a que ocorre no art. 154.º. Deve requerer-se por isso (...) que a ameaça seja grave não só segundo o seu conteúdo, mas também segundo a sua medida e a sua intensidade». ¹⁵

Relativamente à colocação em estado de inconsciência ou impossibilidade de resistir, Figueiredo Dias esclarece «(...) preenche o tipo da coação sexual em sentido próprio, e não apenas o de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência, aquele que faz a vítima ingerir, com o acordo dela, o meio entorpecente, mas já no propósito (desconhecido da vítima) de a constranger a ato sexual». ¹⁶

No âmbito do n.º 2 do artigo 163.º, do Código Penal, a coação sexual consubstancia um crime de execução livre, abrangendo qualquer meio não compreendido no n.º 1. O crime consuma-se com qualquer conduta apta a constranger a vítima à prática do ato sexual de relevo, sendo o constrangimento uma ação coativa manifesta, não se bastando, pois, com a ausência do consentimento.

A ausência de consentimento é, no entanto, relevante, na medida em que sempre que a vítima não consentir no ato sexual de relevo, quer expressamente, quer mediante o seu comportamento, sendo compelida a praticá-lo, pode estar-se perante a prática de ilícito criminal. Também as situações em que inexistia recusa expressa, designadamente, as situações de paralisia decorrente do medo, receio ou temor causado na vítima pela conduta do agressor, podem preencher o tipo ilícito, já que a constrangem à prática do ato sexual de relevo, o qual não corresponde à sua vontade.

¹³ Acórdão da Relação de Lisboa, de 20/10/2010, Telo Lucas, Proc. 150/07.2JAPDL.L1-3.

¹⁴ Paulo Pinto de Albuquerque, A Coação Sexual e a Violação no Código Penal Português, in *Liberum Amicorum* de José de Sousa e Brito, em comemoração do 70.º Aniversário, Estudos de Direito e Filosofia, Almedina, pp. 905 a 919.

¹⁵ José de Figueiredo Dias, in *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo II, Coimbra Editora, 1999, pp. 444 a 465.

¹⁶ José de Figueiredo Dias, in *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo II, Coimbra Editora, 1999, pp. 444 a 465.

A previsão do n.º 2 do citado artigo, procura aproximar-se das exigências da Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, adotada em Istambul, em 11 de maio de 2011, aprovada e ratificada pela Resolução da Assembleia da República n.º 4/2013, de 21 de janeiro e pelo Decreto do Presidente da República n.º 13/2013, de 21 de janeiro (Convenção de Istambul), a qual prescreve no artigo 36.º, «As Partes deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar a criminalização da conduta de quem intencionalmente:

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

2. O consentimento tem de ser prestado voluntariamente, como manifestação da vontade livre da pessoa, avaliado no contexto das circunstâncias envolventes.»

Contudo, o legislador nacional ficou aquém das obrigações internacionais, exigindo o constrangimento da vítima, não admitindo como ato criminal o mero não consentimento.

1.2. Do Crime de Violação

1.2.1. Evolução Histórica

De acordo com estudos psicológicos, a criminalização da violação encontra a sua origem na defesa da “propriedade” sobre a mulher. A mulher era tida como pertença do seu marido, verificando-se, historicamente, uma clara resistência à criminalização da violação entre cônjuges.

Nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas a criminalização da violação assentava num conceito de defesa da moral pública da época, sendo tratado como um crime imoral. O sujeito passivo da violação era qualquer mulher, entendendo-se que mesmo a mulher prostituta podia ter uma réstia de honestidade, na medida em que quando oferecia resistência não atuava nas vestes de prostituta. Contudo, a pena de morte no âmbito do crime de violação encontrava-se reservada à prática contra mulher honesta, dele se encontrando excluídas as escravas e as mulheres que auferissem rendimento com o seu corpo.

O Código Penal de 1886 punia a cópula ilícita com qualquer mulher, sendo entendimento unânime que a cópula no âmbito da relação conjugal não podia configurar-se como ilícita, ainda que obtida mediante o recurso à violência. «(...) *no domínio do CP de 1886 era entendimento dominante (...) 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 precedida de violência.*»¹⁷ Em anotação ao Código Penal de então, Maia Gonçalves entendia que a cópula conjugal «*porque é lícita e constitui mesmo uma das finalidades do*

¹⁷ Sênio Manuel dos Reis Alves, Crimes Sexuais, Notas e Comentários aos artigos 163.º a 179.º do Código Penal, Livraria Almedina, Coimbra 1995, pp. 17 a 38.

*casamento” não poderia, em situação alguma, fundamentar uma punição a título de violação».*¹⁸

O crime de violação era, então, tratado como um crime contra a honestidade. Assim, *«a violação era tradicionalmente a cópula não conjugal forçada numa mulher honesta. Isto é, a conjunção carnal obtida por um homem de uma mulher fora das regras de acesso normal à obtenção dessa «mercadoria». Eram as regras de obtenção lícita do acesso ao comércio carnal com uma mulher honesta, senão mesmo virgem – através do casamento, com o consentimento paterno – que estavam fundamentalmente em causa na imagem tradicional da violação.»*¹⁹

Ao longo das diversas reformas e alterações legislativas ao Código Penal, manteve-se inalterada a conceção da sexualidade aliada a princípios ético-sociais e moralistas, sendo protegidos bens jurídicos como a honestidade, o pudor social e a moralidade sexual.

Efetivamente, apenas com a reforma ao Código Penal de 1982, operada pelo Decreto-Lei nº 48/95, de 15 de março, se eliminaram em definitivo as referências moralistas, deixando de ser punidas as práticas sexuais livremente consentidas, realizadas entre adultos em privado.

O bem jurídico protegido passou a ser a liberdade e autodeterminação sexual. *«Liberdade de se relacionar sexualmente ou não e com quem, para os adultos; liberdade de crescer na relativa inocência até à adolescência até se atingir a idade da razão para aí se poder exercer plenamente aquela liberdade.»*²⁰

Ainda assim, o n.º 1, do artigo 164.º, do Código Penal tutelava apenas as situações de cópula, exclusivas às mulheres, alargando o n.º 2 a tutela ao ato equiparado do coito anal.

A especialidade do crime de violação, passou, pois, a abranger atos sexuais perpetrados tanto contra pessoas do sexo masculino como do sexo feminino, ainda que o coito anal consubstanciasse um mero ato equiparado.

A alteração resultante da Lei n.º 65/98, de 2 de setembro incluiu na previsão do n.º 1, do artigo 164.º, do Código Penal como atos sexuais de relevo típicos do crime de violação a cópula, o coito anal e o coito oral, entendendo o legislador que *«estas formas de penetração sexual constituem, de acordo com os estudos de psiquiatria, violações da liberdade da vítima identicamente intensas e estigmatizantes»* - Exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 160/VII²¹.

No n.º 2 do artigo 164.º, a alteração ao Código Penal, pela Lei n.º 65/98, tipificou a situação de assédio sexual, no âmbito das relações de dependência hierárquica, económica ou de trabalho.

¹⁸ Apud. Sénio Manuel dos Reis Alves, Crimes Sexuais, Notas e Comentários aos artigos 163.º a 179.º do Código Penal, Livraria Almedina, Coimbra 1995, pp. 17 a 38.

¹⁹ Tereza Pizarro Beleza, O Conceito Legal de Violação, Lisboa, 1994, pp. 53.

²⁰ Tereza Pizarro Beleza, Sem sombra de Pecado – O Repensar dos Crimes Sexuais na Revisão do Código Penal, Lisboa 1996, pp. 11.

²¹ <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/07/03/027/1998-01-29/526?pgs=526-536&org=PLC>, p. 528.

A reforma de 2007 incluiu, nos atos típicos do crime de violação, a penetração vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos (n.º 1), passando a admitir como agente direto a mulher. No âmbito da alteração ao n.º 2, alargou-se a situação de assédio sexual às relações familiares, de tutela ou curatela, deixando de se exigir como meio de constrangimento a ordem ou ameaça, prevendo-se como comportamento típico possível o aproveitamento pelo agente do temor causado.

Finalmente, na redação atual, resultante da alteração pela Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto, suprimiu-se, no referido n.º 2 do artigo 164.º, a referência aos meios tipificados do constrangimento da vítima à prática dos atos sexuais de relevo especiais, previstos no n.º 1, agravando-se, igualmente, a moldura penal abstrata com pena de prisão de um a seis anos.

Deste modo, o artigo 164.º dispõe atualmente:

«1 - Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa:

- a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou
 - b) A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos;
- é punido com pena de prisão de três a dez anos.

2 - Quem, por meio não compreendido no número anterior, constranger outra pessoa:

- a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou
 - b) A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos;
- é punido com pena de prisão de 1 a 6 anos.»

O crime de violação consubstancia uma especialização do crime de coação sexual, abrangendo, apenas os atos sexuais de relevo que nele se integram, ou seja, a cópula, o coito anal, o coito oral e a penetração vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos. Os atos sexuais de relevo tipificados no crime de violação são, pois, os atos mais graves, na medida em que «a penetração no corpo de uma pessoa de forma não consentida é um atentado grave à sua dignidade, à sua autonomia, liberdade e vontade pessoal e sexual, cuja melhor forma de tradução é justamente a palavra “violação”, quer em termos físicos, quer psíquicos, pelas potenciais consequências emocionais negativas que acarreta.»²²

Seguidamente, proceder-se-á à análise detalhada de cada elemento que compõe o tipo objetivo do crime de violação, bem como, dos conceitos jurídicos inerentes ao mesmo.

Assim,

1.2.2. Cópula, Coito Anal, Coito Oral

Até à reforma de 1995, a cópula era o único ato típico do crime de violação, restringindo a prática de tal crime à penetração heterossexual.

²² José Mouraz Lopes e Tiago Caiado Milheiro, Crimes Sexuais Análise Substantiva e Processual, Coimbra Editora, pp. 57 a 73.

«Para entender este «apego cultural» à ideia da especialidade da penetração vaginal, parece-me importante ter em conta o culto tradicional da virgindade e da castidade femininas (...). Os cintos de castidade, a prática da infibulação, a exposição dos lençóis manchados da noite de núpcias são outros tantos testemunhos dessa veneração.»²³

Na vigência do Código Penal de 1886, defendia-se tanto o conceito médico-legal de cópula, ou seja, a penetração completa ou incompleta do pénis na vagina (coito vaginal) – nesse sentido Luís Osório –, como o conceito ético-social de cópula, ou seja, a introdução do pénis nos órgãos sexuais da mulher, abrangendo o crime de violação também a cópula vestibular ou vulvar com *emissio seminis* – Beleza Santos²⁴.

Na versão originária do Código Penal de 1982, vingou o conceito médico-legal de cópula, surgindo o conceito de “ato análogo” para o crime cometido contra menores de 12 anos, na medida em que se entendia não ser possível a cópula quanto aos mesmos. Deste modo, “ato análogo” consistia em qualquer contacto físico entre os órgãos sexuais de pessoa do sexo masculino e os de pessoa do sexo feminino, nele se incluindo a cópula vestibular ou vulvar mesmo sem *emissio seminis*.

Desde o Código Penal de 1982, a cópula consiste, pois, na ligação dos órgãos sexuais do homem e da mulher, no âmbito de uma relação heterossexual, resultando da introdução total ou parcial do pénis na vagina, ainda que sem *emissio seminis*. Do conceito de cópula estão, deste modo, excluídos os atos que não impliquem a penetração do membro viril, designadamente, a cópula vestibular, a qual passou a ser considerada ato sexual de relevo.

«Na preciosa linguagem de Rodriguez Devesa, para a consumação da cópula «basta a conjunctio membrum, não sendo necessário nem a inmissio seminis nem que a inmissio penis seja completa. E acrescenta «A conjunção carnal implica uma relação heterossexual, na qual o sujeito ativo tem que pertencer ao sexo masculino e possuir a maturidade fisiológica necessária para a cópula».²⁵

A reforma de 1995 equiparou o coito anal à cópula, integrando ambos os atos no crime de violação.

Na sequência da reforma de 1998, paralelamente à cópula e ao coito anal, surgiu o coito oral, sendo tais atos qualificados como típicos do crime de violação.

No entanto, tanto os conceitos de coito anal como coito oral não integram o conceito de cópula, sendo conceitos autónomos, resultando o primeiro da introdução, completa ou incompleta do pénis no ânus e o segundo da penetração do órgão masculino na boca da vítima, a qual tanto pode ser do sexo feminino como do sexo masculino, admitindo, assim, a violação nas relações homossexuais.

²³ Teresa Pizarro Beleza, O conceito legal de violação, Lisboa, 1994, pp. 58 a 61.

²⁴ M. Maia Gonçalves, Código Penal Português, Anotado e Comentado, 12.ª Edição, Livraria Almedina, 1998, pp. 539 a 545.

²⁵ Manuel de Oliveira Leal-Henriques e Manuel José Carrilho de Simas Santos, Código Penal, Volume II, 2.ª Edição, Reis dos Livros, pp. 236 a 254.

No mesmo sentido, entende a nossa jurisprudência:

«I - Atualmente é predominantemente o entendimento de que o exato sentido jurídico-penal da expressão cópula é o de introdução completa ou incompleta do órgão sexual masculino no órgão sexual feminino.

*II - No que respeita ao conceito de coito relevante para efeitos penais ele traduz a ideia de penetração do pénis no ânus ou na boca».*²⁶

No âmbito dos processos judiciais a descrição fáctica dos atos típicos da violação não se cinge, contudo, à referência aos conceitos cópula, coito anal e coito oral.

Com efeito, tal descrição é pormenorizada, descrevendo especificada e detalhadamente o ato sexual típico.

Efetivamente, nas decisões judiciais a cópula é descrita como *«(...) o arguido deitou-se sobre a menor e introduziu o seu pénis ereto na vagina desta, aí o friccionando até ejacular no interior do corpo da menor.»*²⁷, ou ainda, *«(...) mantendo-se a ofendida de costas para o arguido, aquele fez introduzir o seu pénis, que se mostrava ereto, na vagina daquela, dando início a movimentos de vai e vem típicos de cópula, os quais prolongou por algum tempo mas sem que tivesse ejaculado.»*²⁸

Para descrever o coito oral os tribunais usam expressões como *«(...) o arguido exigiu que o menor lhe fizesse sexo oral (...). Perante estas circunstâncias, o menor agarrou o pénis do arguido, colocou-o na sua boca e efetuou movimentos para a frente e para trás, fazendo-lhe desta forma sexo oral. Decorridos alguns instantes o arguido retirou o pénis e ejaculou para o chão.»*²⁹, ou *«(...) o menor friccionava o pénis do arguido, com as mãos, com movimentos ascendentes e descendentes e após introduzia o pénis do arguido na sua boca, o qual chupava, lambia e friccionava com movimentos ascendentes e descendentes, até o arguido ejacular.»*³⁰

E descrevem o coito anal como *«Nesse mesmo circunstancialismo, DD inseriu o pénis erecto no ânus de seu filho menor, CC, e fez com o corpo movimentos oscilantes característicos da relação sexual.»*³¹, ou *«Instantes depois, o arguido largou a filha BB, mandou o BB deitar-se na cama de barriga para baixo, despiu-lhe as calças e as cuecas e servindo-se da força física introduziu-lhe o pénis erecto no ânus, movimentando-se até ejacular, tapando-lhe a boca com a mão.»*³²

Esta pormenorização na descrição factual dos atos de cópula, coito anal e oral é criticada por Isabel Ventura, considerando a autora que tais grafismos não acrescentam qualquer valor ao esclarecimento dos factos.

²⁶ Acórdão da Relação de Lisboa, de 02/07/2013, José Adriano, Proc. 32/10.0PLLRs.L1-5.

²⁷ Acórdão da Relação de Lisboa, de 12/01/2017, Maria Guilhermina Freitas, Proc. 763/15.9PBAMD.L1-9.

²⁸ Acórdão da Relação de Évora, de 22/11/2018, Carlos Berguete Coelho, Proc. 55/18.8GCBNV-A.E1.

²⁹ Acórdão da Relação de Lisboa, de 21/03/2018, Américo Lourenço, Proc. 96/14.2PCAMD-3.

³⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12/06/2013, Isabel Pais Martins, proc. 1291/10.4JDLSB.S1.

³¹ Acórdão da Relação de Évora, de 14/06/2018, António João Latas, Proc. 95/16-5T9MMN.E1.

³² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17/10/2018, Raul Borges, Proc. 138/16.2PAMTJ.L1.S1.

Deste modo, refere que «*Catherine MacKinnon compara as descrições judiciais a materiais pornográficos, dizendo que os “detalhes da penetração masculina podem dar a certos leitores/ouvintes tanto prazer quanto outros materiais pornográficos” (...) As experiências das vítimas são capturadas e transformadas em narrativas [quase] pornográficas que neutralizam e atenuam o efeito da violência dos atos praticados e sobrecarregam os discursos de sexualidade. É como se cada palavra fosse um grande plano cinematográfico do corpo [do pénis de quem viola e da genitália de que é violado/a] (...). o julgamento é o processo pelo qual é forçada a falar e descrever partes do seu corpo de uma forma não habitual, contribuindo para o processo de humilhação pública da vítima (MacKinnon, 1987).*». Prossegue, referindo «*as vítimas são objetificadas. Ou sexualizadas, como diz Carol Smart (...) [que] sustenta que o julgamento de violação pode ser “descrito como uma forma específica de sexualizar o corpo da mulher (...), já que é o seu corpo “e as suas reações que são a matéria de prova”*»³³.

Efetivamente, o detalhe e pormenorização da descrição fáctica conduz o leitor/ouvinte ao momento da prática criminosa, como que observando-a e experienciando-a. Também a vítima é forçada a reviver, em sede julgamento, todo o evento da sua violação, cada gesto, cada movimento.

Ora, o detalhe da descrição fáctica, ainda que contribua para uma narrativa lógica e coerente, revela-se desnecessária, porquanto os conceitos de cópula, coito anal e coito oral se encontram sedimentados na nossa doutrina e na nossa jurisprudência, sendo, os atos, gestos e movimentos integradores dos mesmos de unânime entendimento. Ademais, o crime de violação basta-se com a introdução, mesmo incompleta, do órgão sexual masculino, na vagina, no ânus ou na boca da vítima, sendo irrelevantes para o preenchimento do tipo, a fricção, os movimentos vai e vem, bem como, a ejaculação.

Deste modo, subscrevendo o entendimento de Isabel Ventura, entendemos que expressões como praticou relações sexuais de cópula, coito anal e/ou coito oral são suficientemente perceptíveis na descrição dos factos integradores do crime de violação, sendo menos invasivas e humilhantes para a vítima.

1.2.3. Penetração de Objetos e Partes do Corpo

A reforma de 2007, introduziu nos atos típicos integradores do crime de violação a penetração de objetos e partes do corpo no ânus e na vagina, os quais, até então, integravam o crime de coação sexual.

No âmbito da penetração de objetos e partes do corpo, apenas se pune o ato de quem sofre tal penetração, não integrando o crime de violação o ato de quem é forçado a introduzir objetos ou partes do seu corpo na vagina ou ânus próprios ou de outrem, os quais consubstanciam o crime de coação sexual.

³³ Isabel Ventura, A violação na jurisprudência e na doutrina, *in* Combate à Violência de Género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal, Porto, pp. 41 a 65.

Também aqui se exige a introdução, ainda que incompleta, na vagina ou no ânus, sendo irrelevante o tempo em que a mesma perdura, bem como, os movimentos vai e vem realizados.

No que concerne à penetração de objetos são admitidos todos os objetos suscetíveis de introdução vaginal ou anal, não se restringindo aos objetos de cariz sexual, como os vibradores. Também consubstancia penetração de objetos a introdução de partes de animais, de partes de um cadáver, bem como, de próteses.

A penetração de partes do corpo inclui a introdução de todas as partes aptas a penetrar as cavidades da vagina e do ânus, designadamente, dedos, mãos, punho, língua, nariz, pés, braços e pernas. Deste modo, integram o crime de violação, entre outras, as práticas sexuais conhecidas como “FIST” (introdução do punho nas cavidades vaginal ou anal), “cunnilingus” (quando a língua é introduzida na vagina da vítima), bem como, de manipulação através da introdução dos dedos, os quais deixaram de integrar o ato sexual de relevo, para efeitos do crime de coação sexual.

1.2.4. Sujeitos Ativo e Passivo

Das Ordenações Afonsinas até à reforma de 1995, o único sujeito passivo do crime de violação era a mulher, sendo integrador do respetivo elemento objetivo apenas o ato típico da cópula. Com efeito, ainda que a versão originária do Código Penal de 1982 previsse no n.º 2 do artigo 201.º a prática de cópula ou de ato análogo com menor de 12 anos, sugerindo uma indefinição de género, apenas com o Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março, passou a prever-se, no n.º 2 do artigo 164.º, o coito anal como ato sexual equiparado, o qual admitia a prática com ambos os géneros feminino e masculino.

Quanto ao sujeito ativo, até à reforma de 2007, a autoria direta do crime de violação encontrava-se reservada ao homem, na medida em que tanto a cópula, como o coito anal, como o coito oral pressupõem a penetração do órgão sexual masculino numa das cavidades previstas – vagina, ânus ou boca.

«(...) parece-me incontestável que só o homem pode ser “agente direto” do crime de violação, contudo, a mulher pode igualmente, ser sujeito ativo do mesmo, se o crime for praticado em coautoria com um indivíduo do sexo masculino.»³⁴

Atualmente, o crime de violação não se limita à penetração peniana, admitindo a penetração de objetos e partes do corpo, podendo, conseqüentemente, ser diretamente praticado tanto por homens como por mulheres.

³⁴ Sénio Manuel dos Reis Alves, Crimes Sexuais, Notas e Comentários aos artigos 163.º a 179.º do Código Penal, Livraria Almedina, Coimbra 1995, pp. 17 a 38.

1.2.5. Crime de execução livre e vinculada

Tal como o crime de coação sexual, o crime de violação previsto no n.º 1 do artigo 164.º do Código Penal é um crime de execução vinculada, exigindo para o preenchimento do elemento típico os meios específicos de atuação da violência, da ameaça grave ou da colocação da vítima em estado de inconsciência ou em situação de impossibilidade de resistir.

Deste modo, para a violação remete-se o que se expôs sobre o crime de coação sexual, sendo os meios de coação e constrangimento exatamente os mesmos.

Com efeito, apenas nos iremos debruçar sobre o conceito de violência no crime de violação, o qual tem merecido grande debate jurisprudencial e doutrinário, designadamente no que concerne aos atos de violência integradores do crime, bem como, no que respeita à resistência oposta pela vítima.

Assim, para Leal Henriques e Simas Santos «*a violência constitui uma forma de atuação em que (...) se usa a força física sobre a vítima de modo a coagi-la à prática do mesmo.*», pressupondo a falta de consentimento da vítima. Os autores citam Néelson Hungria, o qual sustenta «*que o dissenso (ausência de permissão da vítima) deve ser sincero e positivo, manifestando-se por inequívoca resistência. Não basta uma platónica ausência de adesão, uma recusa meramente verbal, uma oposição passiva ou inerte. É necessária uma vontade decidida e militantemente contrária, uma oposição que só a violência física ou oral consiga vencer.*» Entendem, contudo os referidos autores que «*continua a haver violência mesmo quando a vítima acaba por ceder, cansada e desejosa de se libertar do violador, adaptando-se-lhe até, ou quando a resistência mais ou menos passiva da vítima resulta do seu medo perante a violência presenciada e que lhe augura a sua brutalização no caso de resistência.*»³⁵

Tal entendimento foi sustentado no polémico e criticado Acórdão da Relação do Porto, de 13 de abril de 2011, o qual, revogando a decisão da primeira instância, que condenara o arguido pela prática do crime de violação, absolveu o mesmo, por entender que os factos: «*(...) O arguido (...) aproximou-se da ofendida, exibiu-lhe o seu pénis erecto e meteu-lho na boca, para tanto agarrando-lhe a cabeça (...). o arguido, aproveitando-se do estado de gravidez avançado que lhe dificultava os movimentos, agarrou-a, virou-a de costas, empurrou-a na direção do sofá fazendo-a debruçar-se sobre o mesmo, baixou-lhe as calças (de grávida) e introduziu o pénis erecto na vagina até ejacular.*»», não consubstanciam uma atuação violenta. Com efeito, decidiu o referido acórdão: «*não se vislumbra como é possível considerar o ato de agarrar a cabeça como traduzindo o uso de violência de modo a constranger alguém à prática de um ato contra a sua vontade. A não ser que se admitisse que o mero ato de agarrar a cabeça provoca inevitável e automaticamente a abertura da boca. (...) no que respeita ao coito oral, não se provou qualquer tipo de resistência por parte da vítima. Ou, pelo menos, uma resistência que o arguido tivesse tido necessidade de vencer através do uso de violência.*»

³⁵ Manuel de Oliveira Leal-Henriques e Manuel José Carrilho de Simas Santos, Código Penal, Volume II, 2.ª Edição, Reis dos Livros, pp. 236 a 254.

No que respeita à cópula (...) O simples desrespeito pela vontade da ofendida não pode ser qualificado de violência. (...) Para que o empurrão na ofendida integrasse o conceito de violência, visado como elemento objetivo do crime de violação, teria de traduzir um “plus” relativamente à força física normalmente utilizada na prática de um ato sexual (...) Caso não ocorra “resistência” a passividade da vítima é suscetível de ser, erradamente, tomada pelo agressor como consentimento, o que excluiria o dolo, não sendo o crime de violação do art.º 164.º, n.º 1 punível a título de negligência.» Conclui o referido acórdão: «A recusa meramente verbal ou a ausência de vontade, de adesão ou de consentimento da ofendida são, por si só, insuficientes para se julgar verificado o crime de violação».³⁶

Tecendo severas e merecidas críticas ao citado acórdão, o comentário publicado no sítio da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa: «A nossa Justiça tem ideias muito estranhas sobre o que seja violência. Pelos vistos, esta matéria de facto indicia sexo consensual, não forçado. Pensava eu que o cerne da violação era forçar alguém a ter relações contra a sua vontade, forçando-a ou constringendo-a, por violência ou ameaça, ou aproveitando a sua vulnerabilidade. Mas o Tribunal da Relação do Porto tem uma ideia diferente: a violação verdadeira implica sangue, tiros, gritos lancinantes e uma luta corpo a corpo. Como nas séries de televisão, que certamente os juízes andam a ver em excesso».³⁷

Também Teresa Pizarro Beleza critica o aludido acórdão considerando que «o entendimento de violência por parte do TRP se revelou excessivamente estreito e exigente».³⁸

Na análise do conceito de violência no crime de violação a autora contrapõe este crime ao crime de violação de domicílio, previsto e punido pelo artigo 190.º, do Código Penal, o qual exige, para o preenchimento do elemento típico, apenas a falta de consentimento, consubstanciando a violência uma circunstância agravante. «Porque não será assim no que respeita à entrada em corpo alheio? Não deveria a autonomia/integridade física (e moral, intelectual, psicológica, claro) ser considerada um bem tão ou mais relevante que a autonomia/integridade do domicílio?».

Prossegue Teresa Beleza equiparando «o dissentimento, que pode fundamentar uma incriminação» no crime de violação, com a vontade de beber uma chávena de chá «uma pessoa pode ter ou não ter vontade de aceitar a dita, mudar de ideias, aceitar um dia e noutro não... e que nunca por nunca quem oferece a mesma cup of tea deve insistir repetida ou excessivamente e muito menos forçar o relutante convidado a beber o chá que, em determinada altura, recusou. (...) o facto de alguém ter aceitado a cup of tea não a impede de mudar de ideias mais tarde, ou no dia seguinte, ou mesmo logo a seguir a ter exprimido a sua aceitação».³⁹

³⁶ Acórdão da relação do Porto, de 13/04/2011, Eduarda Lobo, Proc. 476/09.OPBBGC.P1.

³⁷ <http://www.fd.unl.pt/ANexos/4199.pdf>.

³⁸ Teresa Pizarro Beleza, Consent – It’s as simple as tea: Notas sobre a relevância do dissentimento nos crimes sexuais, em especial na violação, in Combate à Violência de Género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal, Porto, pp. 17 a 26.

³⁹ Teresa Pizarro Beleza, Consent – It’s as simple as tea: Notas sobre a relevância do dissentimento nos crimes sexuais, em especial na violação, in Combate à Violência de Género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal, Porto, pp. 17 a 26.

Atualmente, a doutrina defende um conceito alargado de violência, o qual inclui não só o uso da força física, mas também a agressão psíquica. «*O que importa é que sejam utilizados meios que impedem a formação da vontade ou a liberdade de determinação da vítima.*»⁴⁰ Admite-se, pois, que a violência seja exercida quer contra pessoas – seja a vítima, seja terceiro com a mesma relacionado (ex. familiares, namorados) –, quer contra bens pertencentes à vítima, desde que os atos violentos «*exercem sobre ela uma espécie de intimação que lhe limite a vontade ou que possam ter uma eficácia perturbadora, induzindo-a, dessa forma, a aceder aos propósitos do agente.*»⁴¹ Para o preenchimento do tipo, exige-se, ainda, a existência de nexos de causalidade entre a violência e o constrangimento à prática dos atos típicos.

Tal entendimento é sufragado pela nossa jurisprudência, decidindo a Relação de Coimbra, no Acórdão de 17/12/2014, «*Relevante para o preenchimento do conceito de violência exigido no tipo de crime de violação do artigo 164.º é a idoneidade dos atos praticados sobre a vítima para cercear a sua liberdade sexual, sendo, conseqüentemente, decisivo que esses atos, pelo seu modo de execução, denotem ausência de consentimento daquela, em nexos causal com a violência sobre o corpo ou psiquismo da mesma, uma e outra aferidas segundo as condições pessoais e particulares da visada.*»⁴²

A evolução legislativa tem revelado um abandono dos meios típicos de constrangimento, prevendo o n.º 2 do artigo 164.º do Código Penal, tal como no crime de coação sexual, a execução livre do crime de violação, nele se compreendendo qualquer meio não incluído no n.º 1, consumando-se com qualquer conduta adequada ao constrangimento da vítima para a prática dos atos típicos da violação. Conforme descrito no crime de coação sexual, o legislador ficou, contudo, aquém das exigências da Convenção de Istambul, não sendo suficiente para fundamentar a incriminação a ausência de consentimento, a mera falta de vontade, exigindo-se, ainda, o constrangimento da vítima.

Com efeito, o legislador não acompanhou o entendimento de Teresa Beleza, que sufragamos, a qual fundamenta a incriminação na mera recusa ou falta de vontade na aceitação do ato sexual (tal como, numa oferecida chávena de chá), exigindo para o crime sexual o constrangimento, consubstanciado nos atos de coagir, forçar ou obrigar a vítima ao ato sexual.

1.3. Dos Crimes de Coação Sexual e de Violação – Aspetos em Comum

1.3.1. Elemento Subjetivo

O preenchimento do tipo de ilícito exige, desde o Código de 1886, o dolo, em qualquer das suas modalidades, não sendo punida a atuação negligente. Assim, o agente deve ter conhecimento ou consciência da ausência do consentimento por parte da vítima para a prática do ato sexual de relevo, ou pelo menos, configurar como possível tal dissentimento,

⁴⁰ Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva Dias, A propósito do crime de violação: ainda faz sentido a sua autonomização?, in Revista do Ministério Público, n.º 81, Ano 21.º, janeiro-março 2000, pp. 57 a 84.

⁴¹ Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva Dias, A propósito do crime de violação: ainda faz sentido a sua autonomização?, in Revista do Ministério Público, n.º 81, Ano 21.º, janeiro-março 2000, pp. 57 a 84.

⁴² Acórdão da Relação de Coimbra de 17/12/2014, Maria José Nogueira, Proc. 465/11.5TALRA.C1.

conformando-se com o mesmo. O elemento vontade consubstancia-se na intenção de realizar o ato sexual de relevo mediante o constrangimento da vítima.

Para Paulo Pinto de Albuquerque «*o agente só pode agir na certeza do consentimento da vítima*». Continua o autor, entendendo que «*a manifestação do consentimento (recticus, acordo) da vítima depois do início da execução do ato sexual revoga a oposição anterior e afasta a ilicitude. Ao invés, a manifestação da oposição depois do assentimento inicial no ato sexual torna ilícito, a partir desse momento, o ato sexual*»⁴³.

Em sentido oposto, Figueiredo Dias entende «*não ser de excluir que, no decurso de todo o processo, a vítima possa mudar de uma atitude de discordância para uma de concordância com o ato: uma tal mudança porém, possivelmente induzida pela excitação sexual provocada, não pode considerar-se em princípio relevante no sentido de excluir o dolo inicial. Inversamente pode a vítima mudar a sua atitude de concordância para a de discordância, passando a ser usados, a partir de certo momento do processo, meios reais de coação. Nestes casos deverá todavia ser-se particularmente exigente em matéria de aferição do dolo e dar-se especial credibilidade à possível alegação de erro, nomeadamente de erro sobre a anuência da vítima; sem todavia chegar ao ponto de uma certa doutrina segundo a qual o agente só poderia atuar na certeza daquela anuência*».⁴⁴

1.3.2. Consumação e Tentativa

O crime de coação sexual consuma-se com a realização de um ato sexual de relevo, independentemente da concretização do ato pretendido pelo agente. No crime de violação a consumação verifica-se com a penetração por qualquer dos atos sexuais de relevo típicos.

A tentativa é punível, atenta a moldura penal (artigo 23.º, n.º 1, do Código Penal), iniciando-se com a realização do meio coativo, com vista à prática de ato sexual de relevo, diretamente contra a vítima, não assim, quando dirigido contra terceiro. Entendendo que a tentativa pode iniciar-se, também, contra terceiro, Paulo Pinto de Albuquerque, refere «*O uso do meio de coação contra terceiro só pode constituir início de tentativa nos termos do artigo 22.º, n.º 2, alínea c)*».⁴⁵

Os atos de execução do crime de violação podem configurar de *per si* outros tipos legais, designadamente o crime de coação sexual, quando o agente não logrou realizar a penetração em qualquer das suas modalidades, ficando demonstrada a prática de um ato sexual de relevo. Nesse caso, entendem Miguez Garcia e Castelo Rio que deve ser punido o ilícito da violação

⁴³ Paulo Pinto de Albuquerque, A Coação Sexual e a Violação no Código Penal Português, in *Liberum Amicorum* de José de Sousa e Brito, em comemoração do 70.º Aniversário, Estudos de Direito e Filosofia, Almedina, pp. 905 a 919.

⁴⁴ José de Figueiredo Dias, in *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo II, Coimbra Editora, 1999, pp. 444 a 465.

⁴⁵ Paulo Pinto de Albuquerque, A Coação Sexual e a Violação no Código Penal Português, in *Liberum Amicorum* de José de Sousa e Brito, em comemoração do 70.º Aniversário, Estudos de Direito e Filosofia, Almedina, pp. 905 a 919.

tentada⁴⁶. Já Figueiredo Dias entende que em virtude de a tentativa de violação ser menos punida que o crime de coação sexual consumado este deve prevalecer⁴⁷. Concordando com Figueiredo Dias, entendemos verificar-se a consunção da violação tentada pelo crime de coação sexual.

1.3.3. Concurso e Crime Continuado

A realização de uma pluralidade de atos sexuais de relevo contra a mesma vítima consubstancia a prática de um único crime, sendo apenas ponderada em sede de determinação da medida da pena.

Em virtude de os crimes de coação sexual ou de violação configurarem crimes contra as pessoas, o agente comete, em concurso efetivo, tantos crimes como o número das vítimas que compele a sofrer ou a praticar os atos sexuais de relevo.

Entre o crime de coação sexual e o crime de violação existe uma relação de especialidade, quando cometidos, na mesma ocasião, contra a mesma pessoa, atos sexuais de relevo que integram o crime de violação e atos sexuais de relevo que integram o crime de coação sexual, em virtude de aquela ser mais grave.

Tanto o crime de coação sexual como o crime de violação estão em relação de concurso aparente com o crime de ofensa à integridade física simples, bem como, com o crime de sequestro, quando cometidos com vista à prática do ato sexual de relevo, desde que não excedam a medida do necessário para a execução do mesmo.

Caso inexista conexão entre a violência ou a privação da liberdade e a execução do ato sexual de relevo, e ainda, existindo ofensa à integridade física grave dolosa ou qualificada, bem assim, sequestro qualificado, verificar-se-á o concurso efetivo.

Os crimes de coação sexual e de violação não admitem a figura do crime continuado, por força do disposto no n.º 3 do artigo 30.º do Código Penal, que exclui a mesma dos crimes praticados contra bens eminentemente pessoais.

1.3.4. Atenuação e Agravação da Pena

O artigo 201.º, n.º 3, do Código Penal na versão originária de 1982, dispunha «(...) se a vítima, através do seu comportamento ou da sua especial ligação com o agente, tiver contribuído de forma sensível para o facto, será a pena especialmente atenuada.». Previa-se, pois, uma atenuação especial nos casos em que a mulher provocasse ou seduzisse o agente.

⁴⁶ M. Miguez Garcia e J.M. Castelo Rio, Código Penal - Parte Geral e especial, com notas e comentários, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 691 a 698.

⁴⁷ José de Figueiredo Dias, *in* Comentário Conimbricense ao Código Penal, Tomo II, Coimbra Editora, 1999, pp. 466 a 476.

A referida norma foi suprimida na reforma de 1995, tendo, contudo, parte da doutrina entendido manter-se tal atenuação na Parte Geral do Código Penal. Assim, Maia Gonçalves «em nosso entendimento, a eliminação do dispositivo não implicou relevante alteração de fundo, pois que o respetivo conteúdo representava um afloramento de princípios basilares estabelecidos na Parte Geral do Código. Assim, o violador ou autor de coação sexual que é provocado pela vítima (...) deverá em regra ver a pena especialmente atenuada, por força do disposto no artigo 72.º».⁴⁸

Tal doutrina não mereceu acolhimento no entendimento maioritário, que sufragamos. Com efeito, Paulo Pinto de Albuquerque entende ser inconstitucionalmente inadmissível qualquer atenuação especial com base na provocação da vítima, referindo que «*Nas relações afetivas e sexuais entre pessoas quem consente no menos não consente no mais. E quem consentiu ontem pode não consentir hoje. Portanto, a partir do exato momento em que o parceiro se opõe ao prosseguimento do relacionamento sexual com o agente, este tem que parar. E só pode prosseguir quanto o agente tem a certeza do consentimento atual do parceiro, independentemente da conduta pretérita do parceiro*».⁴⁹

A previsão das circunstâncias agravantes foi evoluindo ao longo das reformas de 1995, 1998, 2007 e 2015, tendo por objetivo transpor para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2011/93/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13/12/2011, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, bem como, dar cumprimento às exigências decorrentes da Convenção de Lanzarote, assinada em 25 de outubro de 2007⁵⁰.

Deste modo, atualmente, nos termos do disposto no artigo 177.º, do Código Penal, nos crimes de violação e coação sexual, a moldura penal é agravada de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se a vítima for ascendente, descendente, adotante, adotado, parente ou afim até ao segundo grau do agente, ou se se encontrar numa relação familiar, de coabitação, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho do agente e o crime for praticado com aproveitamento desta relação (n.º 1, alíneas a) e b); se o agente for portador de doença sexualmente transmissível (n.º 3); se o crime for cometido conjuntamente por duas ou mais pessoas (n.º 4); bem como, se a vítima for menor entre os 14 e os 16 anos (n.º 6).

A agravação da moldura penal, nos seus limites mínimo e máximo, será de metade se dos comportamentos descritos no tipo resultar gravidez, ofensa à integridade física grave, transmissão de agente patogénico que crie perigo para a vida, suicídio ou morte da vítima (n.º 5); bem como, se a vítima for menor de 14 anos (n.º 7).

⁴⁸ M. Maia Gonçalves, Código Penal Português, Anotado e Comentado, 12.ª Edição, Livraria Almedina, 1998, pp. 531 a 539.

⁴⁹ Paulo Pinto de Albuquerque, A Coação Sexual e a Violação no Código Penal Português, in *Liberum Amicorum* de José de Sousa e Brito, em comemoração do 70.º Aniversário, Estudos de Direito e Filosofia, Almedina, pp. 905 a 919.

⁵⁰ Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, adotada em Lanzarote, em 25 de outubro de 2007, aprovada e ratificada pela Resolução da Assembleia da República n.º 75/2012, de 28 de maio e pelo Decreto do Presidente da República n.º 90/2012, de 28 de maio.

Concorrendo mais do que uma circunstância agravante, a agravação será determinada pela mais forte, sendo as demais valoradas na medida da pena (n.º 8).

1.3.5. Penas Acessórias

A partir de 2015, o Código Penal passou a prever a aplicação de penas acessórias para os crimes de coação sexual e de violação, distinguindo quando os mesmos são perpetrados contra menores ou contra maiores de idade.

Deste modo, quando a vítima é menor o agente é condenado, por um período fixado entre cinco e vinte anos, na proibição de exercer profissão, emprego, funções ou atividades, públicas ou privadas, cujo exercício envolva contacto regular com menores, bem como, na proibição de assumir a confiança de menor, em especial a adoção, tutela, curatela, acolhimento familiar, apadrinhamento civil, entrega, guarda ou confiança de menores, aplicando-se tal proibição às relações já construídas (artigos 69.º-B, n.º 2 e 69.º-C, n.ºs 2 e 4, ambos do Código Penal). Caso a vítima seja maior de idade ao agente podem ser aplicadas as mesmas penas acessórias, por um período fixado entre dois e vinte anos, atenta a concreta gravidade do facto e a sua conexão com a função exercida pelo agente (artigos 69.º-B, n.º 1 e 69.º-C, n.º 1, ambos do Código Penal).

Se a vítima for descendente do agente, do seu cônjuge ou de pessoa com quem o agente mantenha relação análoga à dos cônjuges, o mesmo é condenado na inibição do exercício de responsabilidades parentais, por um período fixado entre cinco e vinte anos (artigo 69.º-C, n.º 3, do Código Penal).

1.3.6. Natureza do Crime

A natureza dos crimes de coação sexual e de violação sofreu alterações profusas ao longo das reformas ao Código Penal de 1982, particularmente no que respeita à prática de tais crimes contra menores.

Efetivamente, apenas com a reforma de 2001, os referidos crimes assumiram a natureza pública sempre que praticados contra menor de 14 anos e impendesse sobre o agente do crime a legitimidade para requerer procedimento criminal, por exercer sobre a vítima poder paternal, tutela ou curatela ou a tivesse a seu cargo. Tal reforma permitiu, pois, o procedimento criminal relativamente aos crimes sexuais silenciados pela legitimidade do agente, privilegiando o interesse da vítima em detrimento da intimidade da vida familiar.

A reforma de 2007 foi mais além, estabelecendo a natureza pública dos crimes de coação sexual e violação perpetrados contra menores de 18 anos.

Sendo a vítima maior de idade, os crimes de coação sexual e de violação assumem, ainda hoje, a natureza semi-pública, a qual, face às alterações introduzidas pela reforma de 2015, goza de

restrições, na medida em que é conferida ao Ministério Público legitimidade para dar início ao procedimento criminal sempre que o interesse da vítima o aconselhe.

Tal alteração ficou aquém das exigências da Convenção de Istambul, que impõe que o procedimento penal instaurado em relação aos crimes de coação sexual e violação (infrações previstas no artigo 36.º da Convenção) não dependa totalmente da denúncia ou da queixa apresentada pela vítima e que o procedimento possa prosseguir ainda que a vítima retire a sua declaração ou queixa (artigo 55.º, n.º 1, da Convenção de Istambul).

Contudo, concordamos com a natureza semi-pública dos aludidos crimes, em virtude de estarmos perante «*crimes que contendem de uma forma particular na esfera da intimidade, pelo que à vítima cabe decidir se ao mal do crime lhe convém juntar o que pode ser o desvelamento da sua intimidade e da conseqüente estigmatização processual*».⁵¹

Efetivamente, a vítima maior de idade tem plena capacidade para decidir pelo prosseguimento do procedimento criminal e pela sua sujeição ou não, enquanto sujeito processual, a julgamento, onde serão relatados, detalhada e pormenorizadamente, os factos do crime contra ela perpetrado, devendo responder sobre os mesmos, revivendo-os, não se eximindo de comentários infelizes, designadamente, por parte da defesa, como, a título de exemplo, os transcritos do julgamento, que deu lugar ao célebre Acórdão da Relação do Porto, de 13/04/2011: «*Adv. do arguido: D. C..., vamos àquele episódio do pénis na boca. A Sra. estava sentada, o Dr. introduziu-lhe o pénis na boca. (...) Porque é que a Sra. não fechou a boca, um gesto tão simples?*».⁵²

A intervenção ilimitada do Estado conduziria, pois, nos casos em que a vítima, de forma livre e consciente, não pretendesse o procedimento criminal, a uma acrescida vitimização processual da mesma, sendo a sua vontade ignorada e ultrapassada em nome de um abstrato interesse público.

Deste modo, não tecemos críticas ao legislador que, nas situações em que o Ministério Público percebe que a vítima se encontra coagida a não apresentar queixa, conferiu ao mesmo legitimidade para iniciar o procedimento criminal sem queixa.

2. Gestão Processual

2.1. Da Tutela da Vítima

Até setembro de 2015, a vítima não assumia a posição de sujeito processual, a qual passou a ser reconhecida apenas com a Lei n.º 130/2015, de 4 de setembro (Estatuto da Vítima).

Na sequência do referido diploma, o artigo 67.º-A, n.º 1, alínea a), do Código de Processo Penal, definiu vítima como «a pessoa singular que sofreu um dano, nomeadamente um

⁵¹ Maria João Antunes, *in* Comentário Conimbricense ao Código Penal, Tomo II, Coimbra Editora, 1999, p. 596.

⁵² Acórdão da Relação do Porto, de 13/04/2011, Eduarda Lobo, Proc. 476/09.OPBBGC.P1.

atentado à sua integridade física ou psíquica, um dano emocional ou moral, ou um dano patrimonial, diretamente causado por ação ou omissão, no âmbito da prática de um crime», bem como, os familiares em caso de morte».

À vítima são conferidos direitos processuais, designadamente de informação, assistência, proteção e participação ativa, mesmo que não se constitua assistente, tendo direito a ser sempre ouvida, bem como, a colaborar com as autoridades policiais ou judiciárias competentes, prestando informações, facultando e requerendo a produção de provas que se revelem necessárias à descoberta da verdade e à boa decisão da causa (artigo 67.º-A, n.º 5, do Código de Processo Penal).

A vítima tem, igualmente, direito a que o tribunal, nos casos em que particulares exigências de proteção o imponham, lhe arbitre, oficiosamente, uma quantia a título de reparação pelos prejuízos sofridos, ainda que não tenha deduzido pedido de indemnização civil (artigo 82.º-A, do Código de Processo Penal). A reparação oficiosa justifica-se *«quando a sua omissão evidenciar uma ofensa ao próprio sentimento de justiça, ao sentido ético-jurídico, deixando, por via disso, “incólume” o comportamento do agressor, sem o mesmo responder civilmente pelos atos praticados.»*⁵³, podendo, contudo, a vítima opor-se, expressamente, ao arbitramento da mesma.

Às vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual é conferido, ainda, o direito à concessão de um adiantamento da indemnização pelo Estado, nos termos do disposto no artigo 2.º, n.ºs 1 e 6, da Lei n.º 104/2009, de 14 de setembro.

2.2. Da Publicidade

Nos processos por crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual vigora a regra da exclusão da publicidade, em virtude do bem jurídico pessoalíssimo protegido (artigo 87º, nº 3, do Código de Processo Penal). Com efeito, no âmbito dos referidos processos a publicidade processual pode atentar contra a dignidade e vida íntima da vítima, causando à mesma danos e prejuízos desproporcionais.

A exclusão da publicidade poderá abranger a audiência de julgamento, no caso de vítimas especialmente vulneráveis (artigo 21.º, n.º 2, alínea e), do Estatuto de Vítima), não podendo, contudo, em caso algum, abranger a leitura da sentença (artigos 87.º, n.º 5, e 321.º, n.º 2, ambos do Código de Processo Penal).

2.3. Das Soluções de Consenso – Suspensão Provisória do Processo

As soluções de consenso estão, por regra, reservadas aos crimes de pequena e média gravidade. Com efeito, o legislador afastou da criminalidade grave tais soluções, por razões de

⁵³ José Mouraz Lopes e Tiago Caiado Milheiro, Crimes Sexuais Análise Substantiva e Processual, Coimbra Editora, pp. 286 a 302.

interesse público e de exercício do poder punitivo, assim o impondo as elevadas exigências preventivas.

Contudo, no caso de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor não agravados pelo resultado, tanto o Código Penal (artigo 178.º, n.ºs 4 e 5) como o Código de Processo Penal (artigo 281.º, n.º 8) admitem a suspensão provisória do processo para crimes graves como a coação sexual e a violação.

Os aludidos artigos preveem um regime especial para a suspensão provisória, exigindo apenas, como pressupostos, a ausência de condenação anterior ou de suspensão provisória por crime da mesma natureza; bem como, a concordância do arguido. Na decisão do Ministério Público deve prevalecer o interesse da vítima, agindo este como garante do superior interesse do menor, relevando a vontade da vítima, quando maior de 16 anos, ou dos seus representantes legais se menor de 16 anos, exceto quando são os agressores ou existam outros fatores que aqueles sobreponham ao interesse do menor.

2.4. Da Prova

2.4.1. Declarações para memória futura

No âmbito dos crimes sexuais admite-se a tomada de declarações para memória futura da vítima, sendo a mesma imperativa nos casos em que a vítima é menor (artigo 271.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Penal).

Com efeito, pretende-se evitar a vitimização secundária do menor, não o sujeitando a repetidos depoimentos, privilegiando-se a proteção da sua estabilidade emocional e integridade psíquica, permitindo-lhe prestar um único depoimento, espontâneo e livre.

Também nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de maiores as declarações para memória futura, ainda que não imperativas, têm como escopo a menor intervenção na vida íntima e sexual da vítima, evitando desnecessárias invasões da sua privacidade. Pretende-se, igualmente, no caso das vítimas especialmente vulneráveis, em virtude da idade, de relações familiares, de dependência ou subordinação com o agressor, a recolha do seu depoimento em fase preliminar, conservando-se, deste modo, a prova.

Face ao receio e perturbação emocional da vítima na presença do seu agressor, que poderá coartar a espontaneidade e veracidade do seu depoimento, no âmbito dos crimes de coação sexual e violação poderá/deverá determinar-se o afastamento do arguido, aquando da prestação do mesmo (artigo 352.º do Código de Processo Penal).

2.4.2. Reconhecimento

O reconhecimento consubstancia um meio de prova relevante, devendo ocorrer na mais próxima data possível do evento criminoso, porquanto a vítima tenderá a socorrer-se de mecanismos psicológicos de defesa com vista a esquecer o ato traumático a que foi sujeita.

No âmbito dos crimes de coação sexual e de violação impõe-se a ocultação da vítima na realização do reconhecimento, a fim de proteger a mesma, evitar a intimidação ou perturbação desta e, conseqüentemente, salvaguardar a fidedignidade do reconhecimento (artigo 147.º, n.º 3, do Código de Processo Penal).

A diligência do reconhecimento pode realizar-se em sede de audiência de julgamento, se se afigurar essencial para a descoberta da verdade (artigo 340.º do Código de Processo Penal), devendo, para tal, o arguido ser afastado antes da prestação de declarações da vítima, bem como serem respeitadas as formalidades previstas no artigo 147.º, n.º 2, do Código de Processo Penal, só assim permitindo a valoração do reconhecimento.

IV. Hiperligações e referências bibliográficas

Hiperligações

Acórdão da Relação de Coimbra, de 13/01/2016, Orlando Gonçalves, Proc. 53/13.1GESRT.C1
<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/9e2ec56fc969061380257f3e004d54f1?OpenDocument>

Acórdão da Relação do Porto, de 13/03/2013, Alves Duarte, Proc. 1159/11.7JAPRT.P1
<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/6cdd73cf64c9ab4f80257b3b004bd9a7?OpenDocument>

Acórdão da Relação de Lisboa, de 20/10/2010, Telo Lucas, Proc. 150/07.2JAPDL.L1-3
<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/acf9f7aa85acc8c3802577ed0059daf5?OpenDocument>

Acórdão da Relação de Lisboa, de 02/07/2013, José Adriano, Proc. 32/10.0PLLR.L1-5
<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/f090141c8a265de680257be200375649?OpenDocument>

Acórdão da Relação de Lisboa, de 12/01/2017, Maria Guilhermina Freitas, Proc. 763/15.9PBAMD.L1-9
<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/ff3888ba0fb450c9802580cb0067ae2b?OpenDocument>

Acórdão da Relação de Évora, de 22/11/2018 Carlos Berguete Coelho, Proc. 55/18.8GCBNV-A.E1

<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/b7caebef10036ab7802583590057d2df?OpenDocument>

Acórdão da Relação de Lisboa, de 21/03/2018, Américo Lourenço, Proc. 96/14.2PCAMD-3

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/c35cc3f8f83b0984802582dc003767fe?OpenDocument>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12/06/2013, Isabel Pais Martins, proc. 1291/10.4JDLSB.S1

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4ae3049e81020dc780257c5f0055d350?OpenDocument>

Acórdão da Relação de Évora, de 14/06/2018, António João Latas, Proc. 95/16-5T9MMN.E1

<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/828b14c266d8f7cf802582c8004c4bca?OpenDocument>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17/10/2018, Raul Borges, Proc. 138/16.2PAMTJ.L1.S1

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/57980ee54f9e6a4c80258358003430eb?OpenDocument>

Acórdão da Relação do Porto, de 13/04/2011, Eduarda Lobo, Proc. 476/09.0PBGGC.P1

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/1c550c3ad22da86d80257886004fd6b4?OpenDocument>

Acórdão da Relação de Coimbra de 17/12/2014, Maria José Nogueira, Proc. 465/11.5TALRA.C1

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/57d7cb15c6de083680257db6004091d4?OpenDocument>

<http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/07/03/027/1998-01-29/526?pgs=526-536&org=PLC>

<http://www.fd.unl.pt/ANexos/4199.pdf>

Referências Bibliográficas

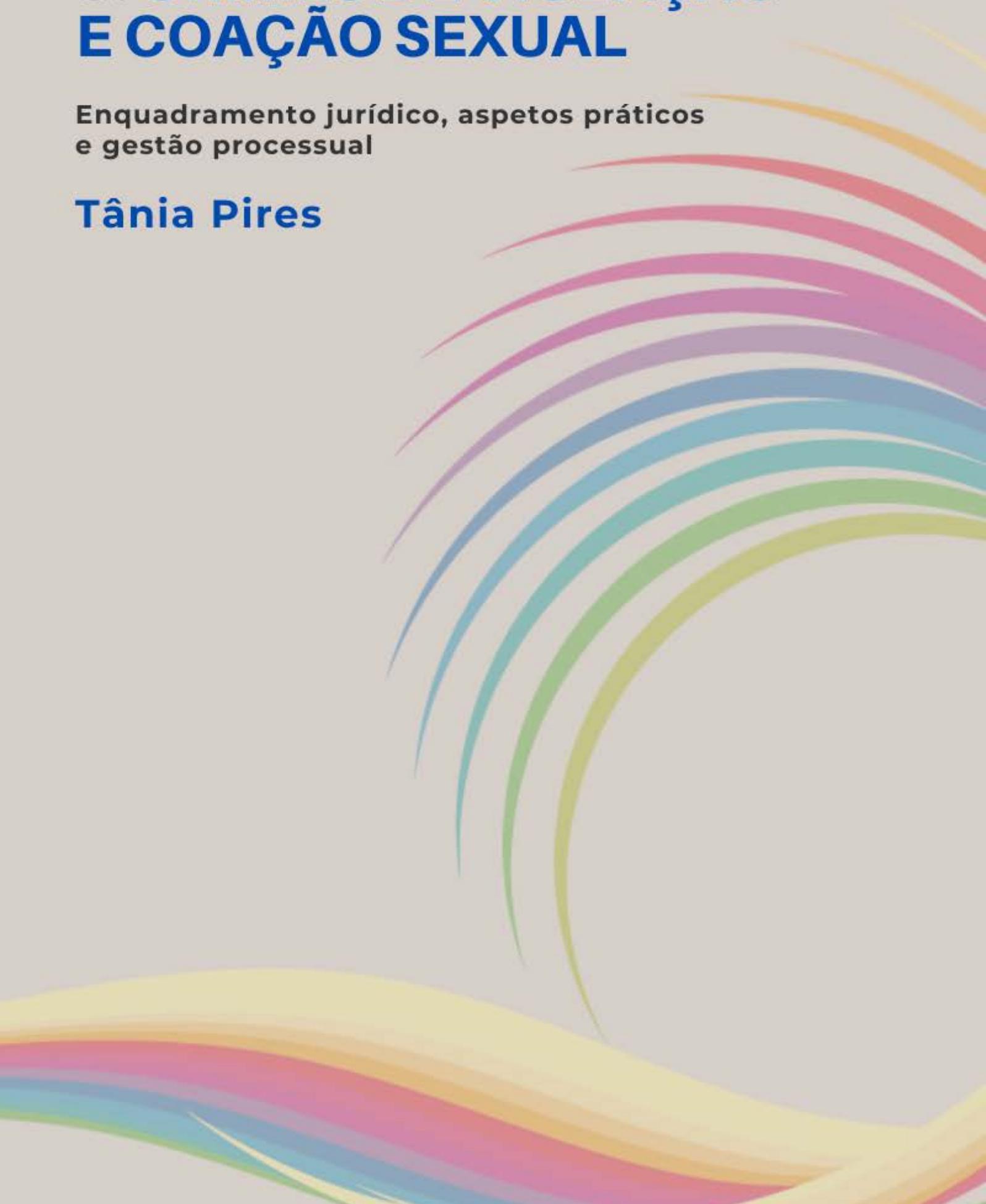
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, «A Coação Sexual e a Violação no Código Penal Português», *Liberum Amicorum de José de Sousa e Brito, em comemoração do 70.º Aniversário, Estudos de Direito e Filosofia*, Almedina, pp. 905 a 919.
- ALVES, Sénio Manuel dos Reis, *Crimes Sexuais, Notas e Comentários aos artigos 163.º a 179.º do Código Penal*, Livraria Almedina, Coimbra 1995.
- ANTUNES, Maria João, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo II, Coimbra Editora, 1999, p. 596.
- BELEZA, Teresa Pizarro, «Consent – It’s as simple as tea: Notas sobre a relevância do dissentimento nos crimes sexuais, em especial na violação», *Combate à Violência de Género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, Porto, Universidade Católica do Porto, 2016, pp. 17 a 26.
- BELEZA, Tereza Pizarro, «O Conceito Legal de Violação», *Sep. Revista do Ministério Público n.º 59*, Lisboa, 1994, pp. 51 a 64.
- BELEZA, Tereza Pizarro, «Sem sombra de Pecado – O Repensar dos Crimes Sexuais na Revisão do Código Penal», *Jornadas de direito criminal*, Vol. I, Lisboa, 1996, pp. 157 a 183.
- DIAS, José de Figueiredo, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo II, Coimbra Editora, 1999, pp. 444 a 476.
- DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, «A propósito do crime de violação: ainda faz sentido a sua autonomização?», *Revista do Ministério Público*, n.º 81, Ano 21.º, janeiro-março 2000, pp. 57 a 84.
- GARCIA, M. Miguez e Rio, J.M. Castelo, *Código Penal - Parte Geral e especial, com notas e comentários*, Almedina, Coimbra, 2014, pp.691 a 698.
- GONÇALVES, M. Maia, *Código Penal Português, Anotado e Comentado*, 12.ª Edição, Livraria Almedina, 1998, pp. 531 a 539.
- LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira e Simas Santos, Manuel José Carrilho de, *CÓDIGO PENAL*, Volume II, 2ª Edição, Reis dos Livros, pp. 227 a 254.
- LOPES, José Mouraz e Milheiro, Tiago Caiado, *Crimes Sexuais Análise Substantiva e Processual*, Coimbra Editora, 2015.
- PEREIRA, Vítor de Sá e Lafayette, Alexandre, *CÓDIGO PENAL ANOTADO E COMENTADO*, 2.ª Edição, Quid Juris, pp. 478 a 482.
- VENTURA, Isabel, «A violação na jurisprudência e na doutrina», *Combate à Violência de Género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, Porto, Universidade Católica do Porto, 2016, pp. 41 a 65.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

5. CRIMES DE VIOLAÇÃO E COAÇÃO SEXUAL

**Enquadramento jurídico, aspetos práticos
e gestão processual**

Tânia Pires



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

5. CRIMES DE VIOLAÇÃO E COACÇÃO SEXUAL. ENQUADRAMENTO JURÍDICO, ASPECTOS PRÁTICOS E GESTÃO PROCESSUAL

Tânia Pires

- I. Introdução
- II. Objectivos
- III. Resumo
 - 1. Enquadramento geral
 - 1.1. Evolução histórica
 - 1.2. Normas incriminadoras
 - 1.3. Bem jurídico tutelado
 - 1.4. Elemento objectivo dos ilícitos criminais
 - 1.5. Elemento subjectivo dos ilícitos criminais
 - 1.6. Agravação
 - 1.7. Queixa
 - 1.8. Penas acessórias
 - 2. Aspectos práticos e gestão processual
 - 2.1. Diligências de inquérito/tramitação processual
 - 3. Iniciativas legislativas em curso
 - 3.1. Projectos de Lei n.ºs 1047/XIII/4.ª (PAN) e 1058/XIII/4.ª (BE)
 - 3.2. Análise crítica das soluções consagradas nos Projectos de Lei

I. Introdução

Os crimes sexuais têm estado na ordem do dia.

Muito se tem falado acerca de algumas decisões polémicas dos nossos Tribunais, a título de exemplo, o célebre acórdão da “*sedução mútua*” – acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27.06.2018, processo n.º 3897/16.9JAPRT.P1, Maria Dolores da Silva e Sousa, disponível em www.dgsi.pt, e o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13.04.2011, processo n.º 476/09.0PBBGC.P1, Eduarda Lobo, disponível em www.dgsi.pt, no âmbito do qual o Tribunal revoga a decisão do Tribunal a quo, absolvendo o psiquiatra do crime de violação de uma mulher grávida de 8 meses.

Paira a ideia que os Tribunais desvalorizam os crimes sexuais, quer devido às penas de prisão aplicadas, na maioria suspensas na sua execução; quer pela utilização de elementos utilizados como atenuantes, que acabam por dar uma conotação de permissividade a este tipo de criminalidade.

Por outro lado, tem-se verificado também uma crescente sensibilização do legislador para a desadequação da nossa legislação à Convenção de Istambul.

De acordo com as estatísticas da APAV (crimes sexuais 2013-2017), bem como do relatório anual de segurança interna – 2018, os inquéritos registados como crimes de violação aumentaram 17,6%, 92% das vítimas são do sexo feminino.

Actualmente encontram-se em discussão projectos de lei que visam introduzir importantes alterações nos crimes em análise, que numa perspectiva global, vemos como positivas.

II. Objectivos

O presente trabalho visa proporcionar ao leitor um enquadramento geral acerca dos crimes de violação e coacção sexual, bem como uma breve abordagem aos aspectos práticos e gestão processual.

Ainda, pretende-se salientar as iniciativas legislativas em curso, com vista à reflexão do que se perspectiva para o futuro.

III. Resumo

O presente trabalho versa sobre os crimes de violação e coacção sexual, aspectos práticos e gestão processual.

É composto por três capítulos.

O primeiro incide sobre a evolução histórica, as normas incriminadoras, o elemento objectivo e subjectivo dos ilícitos criminais em apreço, agravação, queixa e penas acessórias.

Já no segundo capítulo abordamos alguns aspectos práticos e a gestão processual.

Por fim, no terceiro capítulo, aludimos às iniciativas legislativas em curso, à data da elaboração do trabalho.

Terminamos com uma nota crítica quanto às soluções legislativas vertidas nos projectos de lei que se encontram em discussão na Assembleia da República.

1. Enquadramento geral

1.1. Evolução histórica

Os vulgarmente designados crimes sexuais têm vindo a ser objecto de uma notável evolução legislativa ao longo dos tempos.

No Código Penal de 1852 os crimes sexuais estavam inseridos no capítulo designado “*Dos Crimes contra a Honestidade*”.

Este capítulo versava sobre os crimes contra a moralidade e os bons costumes. O bem jurídico protegido era a moral social, e não o indivíduo, enquanto pessoa.

Em 1886 surgiu uma nova compilação da legislação penal, porém os crimes sexuais permaneceram como meio de tutela do pudor público, da honestidade ou da virgindade. Posteriormente, na redacção original do vigente Código Penal de 1982, os crimes sexuais continuaram a ser figurados como “*crimes contra valores e interesses da vida em sociedade*” e, em particular, como “*crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social*”.

“(…) Estávamos perante interesses penalmente relevantes, de natureza supra-individual, e em que o Estado emprestava o seu ius imperium a uma dada «moral sexual»”¹.

Na reforma de 1995 e 1998, o legislador português aderiu a uma concepção positiva da sexualidade que se fez sentir a vários níveis, “*(…) sendo determinante a assumida defesa de que a intervenção penal apenas deve assegurar, nesta área, a função de tutela do bem jurídico individual da liberdade e autodeterminação sexual, o que se prende com a ideia de que toda a pessoa maior e capaz tem o direito de «exercer a atividade sexual em liberdade»*”².

Com a reforma de 1995, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, foi modificada a inserção sistemática dos crimes sexuais. Estes passaram a integrar o “*Capítulo V - Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual*”, do “*Título I - Crimes contra as pessoas*” e a redacção típica daqueles sofreu profundas alterações - como a substituição do conceito de atentado ao pudor definido como “*o comportamento (...) que viola, em grau elevado, os sentimentos gerais de moralidade sexual*” (artigo 205.º, n.º 3 do Código Penal de 1982), pelo ato sexual de relevo e o âmbito do seu conceito foi restringido, equiparando a penetração vaginal e anal com objectos ou partes do corpo à cópula e, desta forma, subtraindo os actos de penetração com objectos ou partes do corpo ao regime da coacção sexual e submetendo-os a um regime mais grave, como é o da violação.

O crime de violação (artigo 164.º do Código Penal) surge como uma especialização do crime de coacção sexual (artigo 163.º do CP), existindo um concurso aparente entre as duas normas.

A revisão de 1998, operada pela Lei n.º 65/98, de 02 de Setembro, introduz novas formas ou meios de constrangimento da liberdade sexual (assédio sexual, uma forma de coacção sexual fundada no abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, ou aproveitamento de temor causado sobre a vítima), alargando assim o âmbito de aplicação.

Em 2007, a Lei n.º 59/2007, de 04 de Setembro, amplia o conceito de violação previsto no artigo 164.º do Código Penal, com a previsão adicional do acto qualificado de “*introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos*”.

No âmbito da referida revisão é ainda eliminada a diferença punitiva entre actos heterossexuais e homossexuais com adolescentes, que passaram a estar equiparados.

¹ Leite, André Lamas, *As alterações de 2015 ao Código Penal em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais – Nótulas esparsas*, Coimbra Editora, Julgar, N.º 28, 2016.

² Berenguer, Enrique Orts, *Delitos contra la libertad sexual*, Valencia, Tirant lo blanch, 1995.

Por fim, em 05 de Agosto de 2015, com a Lei n.º 83/2015, o legislador altera o n.º 2 dos artigos 163.º e 164.º do Código Penal, eliminando a referência ao elemento adicional do tipo “(...) e abusando de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou trabalho, ou aproveitando-se de termos que causou (...)”, deixando a formulação anterior apenas para os casos de agravação, presentes na alínea b), do n.º 1, do artigo 177.º do Código Penal, passando a dispor que os tipos abrangem situações de constrangimento por meio não compreendido no n.º 1, ou seja, violência, ameaça grave, estado inconsciente ou impossibilidade de resistir.

Estas molduras penas abstractas sofreram também alterações, a moldura penal abstracta do crime de coação sexual elevou de dois para cinco anos de prisão e a moldura penal do crime de violação passou de prisão de um mês (artigo 41.º, n.º 1, do Código Penal) a três anos para um ano a 6 anos.

1.2. Normas incriminadoras

Sob a epígrafe “coação sexual”, estatui o artigo 163.º do Código Penal:

“1 - Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, acto sexual de relevo é punido com pena de prisão de um a oito anos.

2 - Quem, por meio não compreendido no número anterior, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar ato sexual de relevo, consigo ou com outrem, é punido com pena de prisão até 5 anos”.

Por seu lado, sob a epígrafe “violação”, dispõe o artigo 164.º do Código Penal:

“1 - Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa:

a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou

b) A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos;

é punido com pena de prisão de três a dez anos.

2 - Quem, por meio não compreendido no número anterior, constranger outra pessoa:

a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou

b) A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos;

é punido com pena de prisão de 1 a 6 anos”.

1.3. Bem jurídico tutelado

No que concerne ao crime de coacção sexual, o bem jurídico protegido pela incriminação é consensualmente considerado a liberdade ou autoconformação da vida e prática sexual de outra pessoa³.

“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 ou ao(s) parceiro(s), também adulto(s), com quem as partilha – pressuposto que aquelas sejam levadas a cabo em privado e este(s) nelas consintam”⁴.

Está em causa uma parcela da liberdade da pessoa humana, reconduzida à sua vivência e às opções sexuais. Entende o legislador ser esta uma parcela inalienável da personalidade de qualquer pessoa e, como tal, merecedora e carecida de dignidade e protecção penais.

Deste modo, os actos que são praticados contra esta liberdade são atentatórios do próprio sujeito, na medida em que as componentes humanas são incidíveis, surgindo conglobadas na pessoa humana. A ofensa sexual atinge a própria dignidade das vítimas, invadindo o seu corpo e deixando marcas indeléveis no seu íntimo. O espaço de cada um de nós, de que se põe e se dispõe e em que se é ou deve ser soberano.

Reconhecendo esse espaço de ampla liberdade, ciente da franja de actos que atentam especificamente contra ele, comprimindo-o e invadindo-o intoleravelmente, assegura o Direito Penal a correspondente protecção.

Vale por dizer que, o tipo ora em análise – coacção sexual, se entende melhor por recorte negativo, isto é, não visa proteger tanto o que cada um quer fazer, mas sobretudo o respeito pelo que outrem não quer.

Já no que toca ao segundo ilícito – violação, este também visa a protecção da liberdade de determinação sexual, porém apresenta como acção típica a cópula ou o coito.

Como refere Maria do Carmo Dias (in *“Repercussões da Lei n.º 59/2007, nos crimes contra a liberdade sexual”*, Revista do CEJ, n.º 8, pág. 223), *“o bem jurídico protegido é a liberdade da pessoa escolher o seu companheiro ou parceiro sexual e de dispor livremente do seu corpo”* e a especialização consiste no facto da violação ser marcada *“por particulares actos sexuais de relevo, considerados os mais graves, cujo relevo é determinado e representa a mais importante limitação da liberdade sexual da vítima”*.

³ Dias, Jorge Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, 1999, págs. 444 e 445, Albuquerque, Paulo Pinto, *Comentário do Código Penal*, 2008, pág. 442 e Gonçalves, Manuel Lopes Maia, *Código Penal Português*, Anotado e Comentado, 18.ª edição, página 621.

⁴ Dias, Jorge de Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, págs. 444 e 445.

1.4. Elemento objectivo dos ilícitos criminais

O tipo objectivo do crime de coacção sexual consiste no constrangimento de uma outra pessoa a sofrer ou a praticar com o agente ou terceiro acto sexual de relevo. Sendo para tal indiferente o género agente, da vítima e do terceiro.

Os meios de coacção, previstos no n.º 1 do artigo 163.º do Código Penal, são a violência ou a ameaça com um mal importante. A violência pode ser física ou psíquica, incluindo as formas não consentidas de domínio da vontade da vítima. A ameaça de um mal importante consiste na comunicação de um mal em sentido social e não jurídico nem, muito menos, jurídico-criminal⁵.

Quer a acção de violência, quer a ameaça com um mal importante, devem ser adequadas ao resultado do constrangimento (isto é, à acção, omissão ou tolerância de uma actividade). No juízo de adequação devem ser ponderadas, por um lado, as características físicas e psíquicas da vítima do constrangimento e do agente do crime e, por outro lado, as competências técnicas da vítima para resistir à violência⁶.

Acto sexual de relevo é todo aquele comportamento que, de um ponto de vista predominante objectivo, assume uma natureza, um conteúdo ou um significado directamente relacionado com a esfera da sexualidade e, por aqui, com a liberdade de determinação sexual de quem o sofre ou pratica.

Por outro lado, ao exigir que o acto sexual seja de relevo a lei impõe ao intérprete que afaste da tipicidade não apenas os actos insignificantes ou bagatelares, mas que investigue do seu relevo na perspectiva do bem jurídico protegido, ou seja, que influa objectivamente na autodeterminação sexual da vítima, considerando a idade desta.

Relativamente ao conceito de “acto sexual de relevo”, escreve José Mouraz Lopes que se trata de um “(...) conceito que, embora indeterminado, se pretendeu essencialmente liberto de conteúdos moralistas”⁷, embora entenda que não se poderá prescindir, para a correcta interpretação do conceito, de “referências a conceitos valorativos sociais, que dificilmente poderão deixar de levar em consideração pautas morais convencionais que ainda disciplinam o comportamento sexual das pessoas. O que deverá ser, sempre que possível, de evitar”⁸. Mais refere este autor que “os conceitos ético sociais em matéria de sexo evoluindo rapidamente, de sociedade para sociedade e de cultura para cultura, não se compadecem com codificações perenes, ideológica e eticamente vinculadas. Os hábitos e costumes de uma determinada cultura, devendo ser índices ou referências que o intérprete deve ir buscar para concretizar a ilicitude, não são regra para seguir e aplicar indiscriminadamente. Importará, por isso,

⁵ Vide o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 13-01-2016, Orlando Gonçalves, proc. 53/13.1GESRT.C1, disponível em www.dgsi.pt.

⁶ Idem.

⁷ In “Os Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação sexual no Código Penal”, Coimbra Editora, 3.ª Edição, Abril de 2002, pág. 22.

⁸ Idem, pág. 24, citando Conde, Francisco Munõz, Derecho Penal, Parte Especial, 9.ª edição, Tirant Lo Blanch, Valência 1993, pág. 417.

*sublinhar que é a liberdade sexual do indivíduo que está em causa e que é tutelada e não a liberdade sexual de uma comunidade*⁹. Finaliza com exemplos de acto sexual de relevo: cópula, cópula vulvar ou vestibular, penetração peniana anal, v. g. “*coito anal*”, penetração peniana bucal, v. g. “*coito oral*”; beijo lingual; excitação do clítoris de uma paciente na ocasião de um exame ginecológico; passar as mãos nas coxas, seios, órgãos sexuais e ainda todas as formas de manipulação (v. g. masturbação). Importa não esquecer que o acto sexual de relevo terá de configurar, em primeiro lugar, um acto sexual. Mas não só. É o carácter grave, “*de importância*”, do ato que o faz transportar para o *iter criminis*¹⁰.

Por último, o “*acto sexual de relevo*” é definido na jurisprudência “*(...) como o acto que tendo relação com o sexo (relação objectiva), se reveste de certa gravidade em que, além disso, há da parte do seu autor a intenção de satisfazer apetites sexuais (...)* Para justificar a expressão “*de relevo*” terá a conduta de assumir gravidade, intensidade objectiva e concretizar intuítos e desígnios sexuais visivelmente atentatórios da auto-determinação sexual; de todo o modo, será perante o caso concreto de que se trate o “*relevo*” tem de recortar-se (...)”¹¹.

O tipo material ou objectivo do crime de violação concretiza-se em o agente constranger a vítima a sofrer ou praticar, consigo ou com outrem, um ou mais actos sexuais de especial relevo: cópula, coito anal, coito oral, introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos.

Cópula é o resultado de uma relação heterossexual de conjugação carnal entre órgãos sexuais femininos e masculinos. O facto de o crime de violação englobar, também, os actos de penetração anal e oral, não desvirtua no entanto a noção de cópula.

Exigir-se-á sempre a introdução completa ou incompleta do órgão sexual masculino na vagina. O que era tradicionalmente, apelidado de “*cópula vestibular ou vulvar*” - quando o acto sexual, consubstanciado no contacto externo dos órgãos sexuais masculinos e femininos atinge a consumação pela *emissio seminis*, sem que se tenha verificado penetração do pénis na vagina – é um acto sexual de relevo, para efeitos do crime de coacção sexual.

O coito anal ou oral implica a introdução completa ou incompleta do órgão sexual masculino no ânus ou boca da vítima, homem ou mulher.

É indiferente para efeitos de consumação que exista *emissio seminis*, já que a relevância típica é conferida pela penetração total ou parcial.

A violência é um elemento típico do crime de violação, previsto no n.º 1 do artigo 164.º do Código Penal.

As ambiguidades referentes à não punibilidade de situações em que ocorressem factos que consubstanciavam um constrangimento da vítima, sem que se verificasse uma situação de

⁹ Ibidem, pág. 24.

¹⁰ Ibidem, páginas 27 e 28.

¹¹ Cfr. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12-07-2005, Simas Santos, proc. 05P2442, disponível em www.dgsi.pt.

violência física ou psíquica clara¹², levaram a um entendimento jurisprudencial amplo do conceito de violência, para efeitos de concretização do crime.

Não tem sido inteiramente pacífico, na doutrina, o conceito de violência.

Assim, para Figueiredo Dias¹³, *“(...) não basta nunca à integração do tipo objectivo do ilícito (...) que o agente tenha constrangido a vítima a sofrer ou a praticar”* acto de violação, *“isto é, que este acto tenha tido lugar sem ou contra a vontade da vítima (contrariamente a uma jurisprudência muito difundida dos nossos tribunais tanto a propósito da violação como do atentado ao pudor com violência, que considerava existir “sempre” violência quando o acto tivesse sido praticado contra ou sem a vontade da(o) ofendida(o), - sic. Ac.R. Coimbra de 17-2-93, CJ i-1993-70 – ou sempre que o consentimento não tivesse sido “livre” – sic. Ac. R. Porto de 6-3-91, CJ 2-1991-287. Actos sexuais súbitos e inesperados praticados sem ou contra a vontade da vítima, mas aos quais não preexistiu a utilização de um daqueles meios de coacção, não integram o tipo objectivo de ilícito”*.

E acrescenta que, *“meio típico de coacção é pois, antes de tudo, a violência, existindo esta quando se aplica a força física (com vis absoluta ou como vis compulsiva), destinada a vencer uma resistência oferecida ou esperada”*.

Em sentido não inteiramente coincidente, refere Sénio Alves¹⁴ que na falta de referência expressa do artigo 164.º, n.º 1, à violência física, parecer ser de concluir que tanto a violência física como a moral, se determinaram a cópula, são elementos constitutivos do tipo de violação. *“É que a violência moral (consistente, v.g., no perigo de um mal maior para a vítima ou sua família) pode determinar a cópula e, a não ser que se reconduzissem factos deste tipo à noção de “ameaça grave” (com as dificuldades inerentes à determinação do que é “grave” e à respectiva prova), ela ficaria impune. (...) A “grave ameaça” é algo diferente, de um ponto de vista qualitativo. Consiste, penso, no colocar a vítima perante a iminência da verificação da violência (física ou moral) provocando-lhe um tal temor que a determine à cópula”*.

José Mouraz Lopes¹⁵, considera que após a reforma de 2007 *“(...) o legislador nacional optou por criminalizar, nos casos de coacção sexual e na violação, apenas as situações de atentados à liberdade sexual que atentam gravemente contra a liberdade da vontade do sujeito, através de coacção grave ou violência e não os casos de prática de actos sexuais de relevo apenas praticados sem o consentimento da vítima maior de idade – Figueiredo Dias, nas Actas da Comissão Revisora, na discussão do tipo de crime de coacção sexual, expressamente refere que «não basta a simples falta de consentimento, sendo preciso, por exemplo, a violência ou ameaça grave»”*.

¹² Questão colocou-se até 2015, a Lei n.º 83/2015, de 05 de Agosto veio contemplar outros meios de constrangimento (n.º 2 do artigo 164.º do Código Penal).

¹³ Dias, Jorge Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, págs. 453-454.

¹⁴ Alves, Sénio, *Crimes Sexuais, Notas e Comentários aos artigos 163.º a 179.º do Código Penal*, Livraria Almedina, Coimbra, 1995, págs. 32 e seguintes.

¹⁵ Lopes, José Mouraz, *Os Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal*, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2008, págs. 49 e seguintes.

Também a jurisprudência se vem pronunciando nesse sentido, citando-se a título exemplificativo o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 14.06.2017, Horácio Correia Pinto, proc. 16/16.5GAAGD.P1, disponível em www.dgsi.pt: *“Para se falar de coacção, especializada através da sua finalidade, tem que preexistir uma relação de causa efeito, ou seja que o meio de coacção tenha por objectivo a prática do acto sexual. Como violência deverá ser considerada apenas o uso da força física (vis absoluta ou vis compulsiva), destinada a vencer uma resistência oferecida ou esperada. Não é necessário que a força usada deva qualificar-se de pesada ou grave, mas será indispensável que se considere idónea a vencer, segundo as concretas circunstâncias do caso, a resistência efectiva ou esperada da vítima. Aliás, não se torna necessária uma resistência efectiva, bastando que devesse contar-se com ela e o uso da violência se destine a vencê-la”*.

Existe violência ou constrangimento físico quando a mulher cessou a resistência inicial mas foi posta pelo agente em situação tal que seria inútil resistir¹⁶.

Trata-se no fundo de impedir a valoração do consentimento da vítima quando este não é totalmente livre, (vide artigo 38.º, n.º 2, do Código Penal).

Daí que, quando perante uma situação de coacção, moral ou física que leve a vítima a aderir à cópula, ainda assim se estará perante uma situação de violência.

Por outro lado é necessário que entre a conduta do agente e a prática do acto sexual de relevo em causa se verifique um nexo de causalidade.

1.5. Elemento subjectivo dos ilícitos criminais

O tipo subjectivo dos ilícitos criminais de coacção sexual e violação pressupõem por parte do agente uma conduta dolosa, em qualquer das modalidades de dolo previstas no artigo 14.º do Código Penal.

No crime de coacção sexual o agente deve representar a oposição da vontade da vítima. Como refere Paulo Pinto de Albuquerque¹⁷ *“(…) para tal, é suficiente que ele não esteja seguro do consentimento da vítima. Dito de forma positiva, atenta a natureza do bem jurídico em causa, que toca o mais íntimo de cada ser humano, o agente só pode agir na certeza do consentimento da vítima. A oposição da vítima não tem de se exprimir por uma resistência física, podendo sê-lo também por palavras, gestos ou qualquer outro modo perceptível (acórdão do TEDH M.C. v. Bulgária, de 4.12.2003, § 166, e CONCEIÇÃO CUNHA, 2003 v: 199, e 2011: 475 a 478, MARIA CLARA SOTTOMAYOR, 2011: 298 E 299, INÊS LEITE, 2011: 63, e MIGUEZ GARCIA e CASTELO RIO, 2014: 687, anotações 10.ª e 11.ª ao artigo 163.º (embora com afirmações dúbias, como “O simples desrespeito pela vontade da pessoa não pode ser*

¹⁶ Santos, Beleza dos, Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 57, págs. 317 e seguintes.

¹⁷ Albuquerque, Paulo Sérgio Pinto de, Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 3.ª edição actualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015, págs. 649-650.

qualificado de violência”, os Autores decidem-se pela consideração de que “Não se torna porém indispensável uma resistência efectiva”, mas contra FIGUEIREDO DIAS, anotações 19.ª, 20.ª e 26.ª ao artigo 163.º, in CCCP, 1999, e, de novo, anotações 21.ª, 22.ª e 30.ª ao artigo 163.º, in CCCP, 2012, LEAL-HENRIQUES e SIMAS SANTOS, 2002 b: 381 e 382, e HELENA MONIZ, 2005: 320). É político-criminalmente intolerável e constitucionalmente inadmissível a suposição de que “a vítima não possui a necessária oposição íntima séria” quando ela exprimiu verbalmente ou de outra forma perceptível que não quer o acto sexual (...)”.

No crime de violação o agente também deve representar a oposição da vítima. Porém, a motivação libidínica não é um elemento típico implícito. A título do exemplo, *“comete o crime de violação o agente que introduz à força um saco de cocaína na vagina ou no ânus da vítima com vista a efectuar um transporte de droga”*¹⁸.

1.6. Agravação

De acordo com o artigo 177.º do Código Penal: *“1 - As penas previstas nos artigos 163.º a 165.º e 167.º a 176.º são agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se a vítima:*

a) For ascendente, descendente, adoptante, adoptado, parente ou afim até ao segundo grau do agente; ou

b) Se encontrar numa relação familiar, de coabitação, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho do agente e o crime for praticado com aproveitamento desta relação.

2 - As agravações previstas no número anterior não são aplicáveis nos casos da alínea c) do n.º 2 do artigo 169.º e da alínea c) do n.º 2 do artigo 175.º

3 - As penas previstas nos artigos 163.º a 167.º e 171.º a 174.º são agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se o agente for portador de doença sexualmente transmissível.

4 - As penas previstas nos artigos 163.º a 168.º e 171.º a 175.º, nos n.ºs 1 e 2 do artigo 176.º e no artigo 176.º-A são agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se o crime for cometido conjuntamente por duas ou mais pessoas.

5 - As penas previstas nos artigos 163.º a 168.º e 171.º a 174.º são agravadas de metade, nos seus limites mínimo e máximo, se dos comportamentos aí descritos resultar gravidez, ofensa à integridade física grave, transmissão de agente patogénico que crie perigo para a vida, suicídio ou morte da vítima.

6 - As penas previstas nos artigos 163.º a 165.º, 168.º, 174.º, 175.º e no n.º 1 do artigo 176.º são agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se a vítima for menor de 16 anos.

7 - As penas previstas nos artigos 163.º a 165.º, 168.º, 174.º, 175.º e no n.º 1 do artigo 176.º são agravadas de metade, nos seus limites mínimo e máximo, se a vítima for menor de 14 anos.

¹⁸ Albuquerque, Paulo Sérgio Pinto de, Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 3.ª edição actualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015, págs. 656.

8 - Se no mesmo comportamento concorrerem mais do que uma das circunstâncias referidas nos números anteriores só é considerada para efeito de determinação da pena aplicável a que tiver efeito agravante mais forte, sendo a outra ou outras valoradas na medida da pena”.

Em 2015, a lei n.º 103/2015, de 24 de Agosto, ampliou o leque de agravações introduzindo novos motivos e formas de agravação e contemplando novos crimes.

Assim, passou a prever-se o aproveitamento de uma situação de coabitação, pelo aumento de vulnerabilidade da vítima; a prática dos factos conjuntamente por duas ou mais pessoas, e alargou-se o âmbito incriminatório do crime previsto no artigo 165.º do Código Penal (abuso sexual de pessoa incapaz de resistência).

Tais alterações visaram transpor para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 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, que substituiu a Decisão-Quadro n.º 2004/68/JAI do Conselho, de 22 de Dezembro de 2003, e dar ainda cumprimento às obrigações assumidas por Portugal com a ratificação da Convenção do Conselho da Europa para a Protecção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, assinada em Lanzarote, em 25 de Outubro de 2007 (Convenção de Lanzarote).

1.7. Queixa

Conforme resulta do artigo 178.º do Código Penal: *“1 - O procedimento criminal pelos crimes previstos nos artigos 163.º a 165.º, 167.º, 168.º e 170.º depende de queixa, salvo se forem praticados contra menor ou deles resultar suicídio ou morte da vítima.*

2 - Quando o procedimento pelos crimes previstos nos artigos 163.º e 164.º depender de queixa, o Ministério Público pode dar início ao mesmo, no prazo de seis meses a contar da data em que tiver tido conhecimento do facto e dos seus autores, sempre que o interesse da vítima o aconselhe.

3 - O procedimento criminal pelo crime previsto no artigo 173.º depende de queixa, salvo se dele resultar suicídio ou morte da vítima.

4 - Nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor não agravados pelo resultado, o Ministério Público, tendo em conta o interesse da vítima, pode determinar a suspensão provisória do processo, com a concordância do juiz de instrução e do arguido, desde que não tenha sido aplicada anteriormente medida similar por crime da mesma natureza.

5 - No caso previsto no número anterior, a duração da suspensão pode ir até cinco anos”.

A reforma de 2007 veio estabelecer a natureza pública dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual contra menores.

Com excepção do crime previsto no artigo 173.º do Código Penal (Actos sexuais com adolescentes), todos os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual envolvendo

menores de 18 anos passaram a ter natureza pública, e mesmo no caso do artigo 173.º do Código Penal, o crime é público se dele resultar suicídio ou morte da vítima.

Com as alterações introduzidas em 2015 pela Lei n.º 83/2015, de 5 de Agosto, os ilícitos criminais de violação e de coacção sexual, continuando a ter natureza semi-pública, passaram a contemplar uma restrição a essa natureza. Pois, por força desta alteração, o processo pode ter início em relação a vítimas maiores de idade oficiosamente pelo Ministério Público no prazo de seis meses a contar da data em que tiver tido conhecimento do facto e dos seus autores, sempre que o interesse da vítima o aconselhe.

Ou seja, sempre que o Ministério Público percepcione que a vítima se sente coagida a não expressar livremente a sua vontade, sendo do seu interesse a descoberta da verdade e a punição do agente, deve dar início ao processo sem queixa.

Já nas situações em que a vítima, de forma perfeitamente livre e consciente, não pretende o procedimento, por razões pessoais, então o Estado não pode ultrapassar a sua vontade.

1.8. Penas acessórias

Estatui o artigo 69.º-B do Código Penal, sob a epígrafe *“Proibição do exercício de funções por crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual”* que: *“1 - Pode ser condenado na proibição de exercer profissão, emprego, funções ou atividades, públicas ou privadas, ainda que não remuneradas, cujo exercício envolva contacto regular com menores, por um período fixado entre dois a 20 anos, atenta a concreta gravidade do facto e a sua conexão com a função exercida pelo agente, quem for punido por crime previsto nos artigos 163.º a 176.º-A, quando a vítima não seja menor.*

2 - É condenado na proibição de exercer profissão, emprego, funções ou atividades, públicas ou privadas, cujo exercício envolva contacto regular com menores, por um período fixado entre cinco e 20 anos, quem for punido por crime previsto nos artigos 163.º a 176.º-A, quando a vítima seja menor.

3 - É condenado na proibição de exercer funções ou atividades públicas ou privadas, ainda que não remuneradas, nos estabelecimentos previstos no n.º 1 do artigo 166.º, por um período fixado entre cinco e 20 anos, quem for punido por crime previsto no artigo 166.º”.

Ainda, sob a epígrafe *“Proibição de confiança de menores e inibição de responsabilidades parentais”*, dispõe o artigo 69.º-C do Código Penal que: *“1 - Pode ser condenado na proibição de assumir a confiança de menor, em especial a adoção, tutela, curatela, acolhimento familiar, apadrinhamento civil, entrega, guarda ou confiança de menores, por um período fixado entre dois e 20 anos, atenta a concreta gravidade do fato e a sua conexão com a função exercida pelo agente, quem for punido por crime previsto nos artigos 163.º a 176.º-A, quando a vítima não seja menor.*

2 - É condenado na proibição de assumir a confiança de menor, em especial a adoção, tutela, curatela, acolhimento familiar, apadrinhamento civil, entrega, guarda ou confiança de menores, por um período fixado entre cinco e 20 anos, quem for punido por crime previsto nos artigos 163.º a 176.º-A, quando a vítima seja menor.

3 - É condenado na inibição do exercício de responsabilidades parentais, por um período fixado entre cinco e 20 anos, quem for punido por crime previsto nos artigos 163.º a 176.º-A, praticado contra descendente do agente, do seu cônjuge ou de pessoa com quem o agente mantenha relação análoga à dos cônjuges.

4 - Aplica-se o disposto nos n.ºs 1 e 2 relativamente às relações já constituídas”.

As penas acessórias são, em regra, entendidas como uma mera faculdade e não como uma consequência directa do crime, na linha da doutrina aceite de que inexistem efeitos automáticos das penas¹⁹.

As penas acessórias têm uma função coadjuvante das penas principais, dependendo de razões de prevenção geral e especial e da culpa na determinação da medida concreta. A pena acessória deve revelar-se necessária, adequada, proporcional e não excessiva.

A sua aplicabilidade, em termos processuais, deve estar sustentada em factualidade própria e o pedido de aplicação destas penas acessórias deve constar na acusação. Porém, tal não obsta a que na decisão final as mesmas sejam aplicadas, devendo, no entanto, o tribunal comunicar a alteração a efectuar, nos termos do n.ºs 1 e 3 do artigo 358.º do Código de Processo Penal. A fundamentação do acórdão uniformizador n.º 7/2008, do STJ assim o impõem.

As penas acessórias de proibição de exercício de funções ou de proibição de confiança de menores têm carácter facultativo, dependendo da gravidade do crime e sua conexão com a função exercida pelo agente, no caso em que a vítima é maior.

Tais penas acessórias têm aplicação obrigatória nas situações em que as vítimas sejam menores de idade, ou no caso da pena acessória de inibição das responsabilidades parentais, que tem de ser sempre aplicada caso o agente do crime praticado um crime sexual contra descendente, desce de do cônjuge ou de com quem viva em relações análogas à do cônjuge.

Ainda, possui carácter obrigatório a aplicação de pena acessória de proibição de exercer funções ou actividades públicas ou privadas, mesmo que não remuneradas, nos estabelecimentos previstos no n.º 1 do artigo 166.º, quem for punido por este crime, (cfr. artigo 69.º-B, n.º 2, do Código Penal).

A este respeito, acompanhando José Mouraz Lopes e Tiago Caiado Milheiro²⁰ “(...)A aplicabilidade automática das penas acessórias, mesmo quando a vítima é menor, suscita as maiores reservas sobre a sua compatibilização constitucional. A sedimentação do princípio da proibição do efeito automática das penas a que se alude no artigo 30.º, n.º 4 da CRP, tem sido efectuada, de forma inequívoca pelo TC em variadíssima jurisprudência, sustentada exactamente na afirmação de que nenhuma pena envolve, como efeito necessário, a perda de direitos civis, profissionais ou políticos. (...) No caso dos artigos 69.º-B e 69.º-C, estabelece-se um efeito automático da condenação em relação a crimes, cujos contornos concretos podem

¹⁹ Dias, Jorge Figueiredo, Direito Penal, As Consequências Jurídicas do Crime, Lisboa, 1994, pág. 158.

²⁰ Lopes, Milheiro, José, Tiago, Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, 1.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, págs. 229-230.

demonstrar a desnecessidade de aplicação da pena acessória e, inclusive, a sua flagrante desproporcionalidade e excesso na reacção sancionatória, face à diversidade de crimes (v. g. namorado com 17 anos condenado em virtude de um apalpão a namorada também menor de idade, que passa a estar obrigatoriamente impossibilitado de assumir responsabilidades parentais). Ou seja, a impossibilidade do juiz ponderar a necessidade da aplicação da pena acessória atenta a gravidade dos factos, ademais considerando os limites mínimos das penas – 5 anos, colide com os princípios da proporcionalidade e da culpa. Ressalte-se igualmente, que essa impossibilidade de ponderação determina que a condenação penal tenha como efeito automático, ope legis, a perda de direitos civis e profissionais em violação do artigo 30.º, n.º 4 da CRP. Entende-se assim, que existirão situações em que, nomeadamente considerando o crime em causa e as circunstâncias em que o mesmo ocorreu, se impõe recusar a aplicação do normativo por inconstitucionalidade”. (negrito nosso)

2. Aspectos práticos e gestão processual

2.1. Diligências de inquérito/tramitação processual

Apresentada queixa, recebida a notícia do crime sendo a vítima menor ou tendo resultado suicídio ou morte desta, e sempre que o Ministério Público entender que o interesse da vítima o aconselha, dá início ao inquérito com vista ao apuramento dos factos, autoria dos mesmos e respectiva responsabilidade, bem como à descoberta e recolha de prova, (cfr. artigos 262.º do Código de Processo Penal, artigo 219.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa e artigo 3.º, n.º 1, al. c), h) e i), do Estatuto do Ministério Público).

Assim, obtida a notícia de factos susceptíveis de integrar o crime de violação ou coacção sexual, sem prejuízo das especificidades do caso concreto, cumprirá, determinar:

- i. Anotação na capa e informaticamente que se trata de crime de investigação prioritária, (cfr. artigos 2.º, al. d) e 3.º, al. c), da Lei n.º 96/2017, de 23 de Agosto);
- ii. Sujeição do inquérito a segredo de justiça, (cfr. artigo 86.º, n.º 3, do Código de Processo Penal e Directiva da Procuradoria-Geral da República de 09.01.2008);
- iii. Se oficie o Serviço de Saúde (Hospital, Centro, Clínica) para remeter a documentação clínica da vítima, caso tenha recebido tratamento médico;
- iv. Requisição e junção do certificado de registo criminal do(s) denunciado(s);
- v. Averiguação de processos pendentes;
- vi. Pesquisa e junção de print da base de dados referente à aplicação do instituto da suspensão provisória do processo;
- vii. Requisição e junção do assento de nascimento da vítima (caso seja menor);
- viii. Se aponha na capa do inquérito, em local próprio, a data do termo do prazo prescricional, indicando-o (Circular n.º 2/2006);
- ix. Delegação de competências (cfr. artigo 270.º do Código de Processo Penal e artigo 7.º, n.º 3, al. a), da Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto), apenas em situações excepcionais, e sem prejuízo da intervenção directa do Magistrado do

Ministério Público, definindo as diligências de investigação a levar a cabo (Circular 6/2002)²¹;

- x. Realização urgente da perícia de natureza sexual²²;
- xi. Realização da perícia de avaliação do dano corporal;
- xii. Inquirição da vítima (presidida pelo Magistrado do Ministério Público)²³;
- xiii. Requerer a tomada de declarações para memória futura da vítima (cfr. artigo 28.º da Lei n.º 93/99, de 14 de Julho, artigo 1.º, als. j) e l), 67.º-A, n.º 1, al. b) e 271.º, n.º 1, do Código de Processo Penal), sem a presença do arguido (cfr. artigos 271.º, n.º 6, e 352.º, n.º 1, al. a) e b), do Código de Processo Penal);
- xiv. Atribuição do estatuto de vítima (artigo 67.º-A do Código de Processo Penal, Lei n.º 130/2015, de 04 de Setembro);
- xv. Realização da prova por reconhecimento, nos termos do artigo 147.º do Código de Processo Penal;
- xvi. Constituição de arguido e interrogatório, nessa qualidade. Na mesma diligência, caso o arguido consinta, proceder à recolha do seu ADN (zaragatoa bucal) e/ou recolha de impressão digital;
- xvii. Inquirição de testemunhas.

A gestão processual deste tipo de inquéritos – em que se investigam factos susceptíveis de integrar a prática de crime de violação e de coacção sexual, deve ser especialmente vocacionada para a tutela da vítima, pois para além da sua liberdade sexual e autodeterminação sexual, trata-se da sua intimidade e vida privada, onde emergem sentimentos de vergonha, culpabilização pelo acto, sofrimento físico ou psíquico, tristeza, revolta, humilhação, traumas e depressões.

O trauma para a vítima de um crime sexual constitui uma marca permanente na sua personalidade que a acompanhará, na maioria dos casos, para o resto da vida, pelo que a reabilitação é nestes processos um princípio essencial a evitar, justificando que a delegação de competências ocorra apenas em situações excepcionais.

A sujeição do inquérito a segredo de justiça afigura-se de crucial importância, atentos os bens jurídicos pessoalíssimos em causa, a necessidade de defesa da privacidade, integridade psíquica, física e estabilidade emocional das vítimas.

Importa também ter presente que a vítima apenas deverá depor se estiver apta física e mentalmente para o efeito (artigo 131.º, n.º 2, do Código de Processo Penal), e que pode recusar-se a fazê-lo caso se verifiquem as situações descritas no artigo 134.º, n.º 1, als. a) e b), do Código de Processo Penal. Sendo a vítima criança não existe um limite mínimo de idade para a audição, devendo atender-se a este factor e sua maturidade para decidir da audição, que é um direito seu (artigo 22.º, n.º 3, do Estatuto da vítima).

²¹ Não se afigura aconselhável a delegação de competências nos inquéritos em que se investiga este tipo de criminalidade. Cremos que a preservação da intimidade e esfera privada da vítima assim o justifica.

²² Quando tenham decorrido menos de 48/72 horas e o crime sexual tenha incluído ejaculação ou contactos susceptíveis de deixar vestígios biológicos. Não se verificando essas situações o exame médico-legal pode ser realizado mais tarde.

²³ Se a vítima for menor a inquirição decorre nos termos do artigo 271.º, n.º 2 do Código de Processo Penal.

Ainda, tratando-se de vítima menor, pode ter lugar a perícia sobre a personalidade, conforme resulta do n.º 3, do artigo 131.º, n.º 3, do Código de Processo Penal.

Acresce que, sendo imprescindível para a protecção da vítima, deverá o Magistrado do Ministério Público, nos casos em que é admissível a prisão preventiva, emitir mandados de detenção fora de flagrante delito (artigo 257.º, n.º 1, al. c), do Código de Processo Penal).

Neste tipo de criminalidade, não só os perigos elencados no artigo 204.º do Código de Processo Penal, legitimam essa detenção (por aplicação ex vi do artigo 257.º, n.º 1, al. b), do Código de Processo Penal), como a necessidade de proteger a vítima é um pressuposto autónomo.

Também o mecanismo da tomada de declarações para memória futura assume especial relevância, sendo obrigatório no decurso do inquérito sempre que esteja em causa um crime contra a liberdade e autodeterminação sexual e a vítima seja menor (artigo 271.º, n.º 2, do Código de Processo Penal).

Se as vítimas forem maiores não é imperativo a realização de tal diligência, mas afigura-se aconselhável, por forma a evitar situações relacionadas com vitimização secundária e face à necessidade de salvaguardar a espontaneidade das declarações da vítima.

A prova por reconhecimento (artigo 147.º do Código de Processo Penal) nos crimes em análise constitui um importante meio de prova, devendo ser realizada com a maior celeridade possível, de modo a lograr-se uma identificação fidedigna do agressor, pois o decurso do tempo potencia que as memórias retidas sobre as características daquele se vão esvanecendo e a próprias vítimas criam mecanismos de defesa que passam muitas vezes pelo esquecimento, afastando assim lembranças que lhes causam sofrimento. Este meio de prova assume naturalmente maior relevância quando a vítima não conhece o agressor.

A reconstrução é também um meio de prova (artigo 150.º do Código de Processo Penal) que poderá relevar na criminalidade *sub judice*, na medida em que permite uma melhor percepção do que a mera palavra escrita da actuação criminosa.

Contudo, cremos que este meio de prova, realizado com o contributo da vítima, só deverá ser utilizado como último reduto, perante forte necessidade, porquanto tal implica um reviver de uma situação traumática e marcante para a vítima, como consequências nefastas a nível psicológico e emocional.

Ainda, a reconstrução do percurso do agressor sexual, antes e depois da prática do crime, pode ser um elemento probatório fundamental com vista à identificação, ou à infirmação a outra prova que possa existir.

O Magistrado do Ministério Público pode socorrer-se de informação relativa ao tempo de passagem nas vias com sistema de controlo de tráfego, como é o caso das portagens, ou até requerer autorização judicial para obtenção de informação da localização celular.

As impressões digitais são também um importante elemento probatório para identificar o agressor ou para corroborar a prova já recolhida, sobretudo por se tratar de crimes caracterizados pela negação, quer do suspeito, quer da vítima, ainda que por motivos distintos. A sua recolha no local do crime e a posterior comparação de tais vestígios lofoscópicos com a impressão digital do suspeito poderá, em determinadas circunstâncias, ser suficiente para sustentar uma condenação.

Por fim, a base de dados de perfis de ADN é um poderoso instrumento de investigação, que poderá permitir apurar o autor do crime, especialmente nas situações em que não existe suspeito.

Na prática sendo recolhidos vestígios biológicos do agressor sexual (cabelo, sangue, saliva, sémen, unhas, etc.), mas desconhecendo-se a sua identificação, o Magistrado do Ministério Público pode determinar a inserção do perfil de ADN extraído de tais vestígios na base de dados de ADN (artigo 18.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro), sendo que automaticamente o sistema informático fará a detecção, através de uma análise completa ao sistema para apurar se existem outros perfis de ADN coincidentes.

Existindo coincidência com um perfil de ADN que tenha associado a identificação de um indivíduo (amostras referência), estamos perante um elemento probatório crucial para descobrir o agente do crime.

A condenação por crime sexual com pena igual ou superior a três anos de prisão determina a recolha (caso ainda não se tenha feito no processo) e inserção do perfil de ADN na base de dados (artigos 8.º, n.ºs 1 e 2, e 18.º, n.º 3, da Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro), pelo que se afigura relevante requerer na acusação que, após trânsito em julgado da decisão, se determine tal recolha.

Salienta-se que a base de dados de ADN para alcançar a referida potencialidade deverá reunir um elevado número de perfis de ADN e tal só é possível se forem determinadas as inserções na fase de investigação (amostras problema) e na fase de condenação (perfis de ADN de arguidos condenados).

3. Iniciativas legislativas em curso

3.1. Projectos de Lei n.ºs 1047/XIII/4.ª (PAN) e 1058/XIII/4.ª (BE)

Durante o segundo semestre de 2018, à semelhança do que já havia ocorrido em 2015, o legislador manifestou intenção de modificar novamente o Código Penal.

Nesta senda o PAN (Pessoas-Animais-Natureza) e o Bloco de Esquerda apresentaram dois projectos de lei que visam adequar o Código Penal à Convenção de Istambul, endurecer as molduras penas nos crimes contra a liberdade sexual e alterar a natureza dos crimes de violação e coacção sexual.

À data da elaboração do presente trabalho, os referidos projectos de lei encontram-se em discussão na especialidade, sendo que também o Partido Socialista se prepara para apresentar semelhante diploma.

Vejamos o que motivou tais iniciativas legislativas.

A 16 de Novembro de 2012 o Governo português aprovou a Convenção de Istambul²⁴, ratificada pela Assembleia da República a 21 de Janeiro de 2013.

Dispõe o artigo 8.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa que “*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*”, pelo que dúvidas não subsistem quanto à vinculação do Estado Português à referida Convenção.

O artigo 36.º da Convenção de Istambul prescreve o seguinte:

Artigo 36.º

Violência sexual, incluindo violação

1. As Partes deverão adoptar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar a criminalização da conduta de quem intencionalmente:

a) Praticar a penetração vaginal, anal ou oral, de natureza sexual, de quaisquer partes do corpo ou objectos no corpo de outra pessoa, sem consentimento desta última;

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

c) Levar outra pessoa a praticar actos de natureza sexual não consentidos com terceiro.

2. O consentimento tem de ser prestado voluntariamente, como manifestação da vontade livre da pessoa, avaliado no contexto das circunstâncias envolventes.

3. As Partes deverão adoptar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar que as disposições do n.º 1 também se aplicam a actos praticados contra os cônjuges ou companheiros ou contra os ex-cônjuges ou ex-companheiros, em conformidade com o direito interno.

Ora, da análise deste preceito resulta que para efeitos do elemento objectivo dos crimes sexuais, mormente do crime de violação, o que releva não é a existência ou não de violência, mas sim a existência ou não de consentimento por parte do sujeito passivo/vítima.

Porém, o crime de violação, previsto e punido no artigo 164.º do Código Penal, assenta na violência, ameaça, constrangimento e impossibilidade de resistência, elementos do tipo objectivo, e não na falta de consentimento.

²⁴ A Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica, habitualmente conhecida como Convenção de Istambul, consubstancia uma Convenção do Conselho da Europa destinada a combater a violência contra mulheres e a violência doméstica através da prevenção da violência, protecção das vítimas e eliminação da impunidade dos agressores. Entrou em vigor a 1 de Agosto de 2014, sendo que em 2017, esta já tinha sido ratificada por 44 países e pela União Europeia.

Conforme resulta do projecto de lei n.º 1047/XIII/4.ª apresentado pelo PAN: “(...) *Um recente relatório da Amnistia Internacional, denominado “Right to be free from rape”, concluiu que a legislação concernente ao crime de violação permanece “inadequada e ineficaz na maioria dos países europeus”, uma vez que a formulação do crime de violação assenta ainda na violência física, ameaça ou coacção, contrariando desta forma o que se encontra vertido na Convenção de Istambul. Destarte, de um total de 31 Estados europeus, apenas 8 apresentam uma definição de violação baseada no consentimento, considerando a Amnistia Internacional que esta conjuntura representa uma miríade de incongruências legislativas e políticas, que conduzem à promoção da culpabilização da vítima de violação conjugada com a perpetuação da impunidade dos agressores.*

Portugal faz parte do lote de países em que a definição do crime de violação assenta na violência, ameaça e coerção e não na falta de consentimento.

Sublinha-se a este propósito, que o Comité das Nações Unidas para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres aconselhou diversos países europeus, nos últimos anos, a adaptarem os respectivos ordenamentos jurídicos de forma a integrar plenamente as recomendações vertidas na Convenção de Istambul. A título de exemplo, traz-se à colação os casos da Islândia e da Suécia onde as legislações foram adaptadas, em Março e Maio deste ano, respectivamente, de forma a integrar as premissas patentes na Convenção de Istambul – onde sobressai a modificação do tipo objectivo concernente ao crime de violação.

No caso alemão, a definição legal de violação apresenta como base o consentimento, havendo sido em 2016 eliminado o requisito de necessidade de prova da existência de resistência física ao autor do crime por parte da vítima – elemento que continua a ser valorizado pela Jurisprudência portuguesa em diversos casos. (...)”.

A par da desconformidade da nossa legislação com a Convenção de Istambul, “(...) *A Jurisprudência portuguesa evidencia uma conjuntura em que descortinamos uma constante diminuição da importância atribuída aos crimes de âmbito sexual. (...) os dados emanados pelo Ministério da Justiça, relativos às decisões tomadas pelos Tribunais de primeira instância em 2016, a pena de prisão suspensa foi aplicada em 58% das 404 condenações por crimes sexuais em que são conhecidas as sanções decretadas. Neste universo, apenas 37% dos agressores foram condenados a penas de prisão efectiva e 5% a penas mais leves, como prisão substituída por multa ou trabalho comunitário.*

*A título de exemplo, nos casos de coacção sexual, as condenações a prisão efectiva são tão residuais, que estão protegidas pelo segredo estatístico, existindo, porém, a certeza que das 32 condenações por este crime em 2016 (incluindo as tentativas e os casos agravados) 23 terminaram em penas de prisão suspensas. Já nos casos de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência, a percentagem de condenações a prisão efectiva fica nos 53% e a penas suspensas nos 47%. Apesar de em 2014 e 2015 o número absoluto de condenações por estes quatro crimes sexuais ter descido (de 465 para 341), em termos percentuais a proporção de penas de prisão efectiva e suspensas quase não se alterou. Em 2015, foram enviados para o cárcere 40% dos agressores condenados. No ano anterior, a percentagem ficou em 39%. (...) o **Relatório***

Anual de Segurança Interna referente ao ano de 2017, depreende-se que o crime de violação foi um dos únicos crimes que subiu comparativamente ao ano anterior.

Isabel Ventura, Investigadora, que na elaboração da respectiva tese de doutoramento procedeu à análise de centenas de acórdãos relacionados com crimes de foro sexual, havendo outrossim, estudado a história deste tipo de crimes na legislação portuguesa desde a Idade Média, enfatiza que a alta frequência de penas suspensas consubstancia uma mera decorrência dos traços históricos que desembocam na constante desvalorização destes por parte dos Tribunais. (...) Conceição Cunha, professora de Direito Penal na Universidade Católica, a qual versa o seu estudo sobre os crimes sexuais, assevera que os Tribunais exageram na frequência de aplicação de penas suspensas – “concordo com a privação da liberdade como último recurso. Porém, face a crimes graves, como é claramente o caso de crimes sexuais, que criam grave instabilidade na comunidade, danos dificilmente reparáveis (por vezes mesmo irreparáveis) nas vítimas e em que se verifica também, com frequência, a reincidência, há que ter particular prudência na adequação de uma pena suspensa” (...), (cfr. Exposição de Motivos do Projecto de Lei n.º 1047/XIII/4:ª apresentado pelo PAN). (negrito nosso)

Assim, o PAN propõe:

- Alterar o crime de violação no sentido de considerar como violação todo e qualquer acto sexual sem consentimento assente na cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos;
- Revogar os artigos 165.º e 166.º do CP referentes aos crimes de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência e abuso sexual de pessoa internada, dado que estes devem ser integrados nos crimes de coacção sexual e violação, mas funcionando como circunstâncias agravantes, porquanto reportam-se a situações de pessoas com especial vulnerabilidade, onde a reprovação social e legislativa deve revestir maior intensidade;
- Endurecimento das molduras penais nos crimes contra a liberdade sexual, aumentando os limites mínimos e máximos das molduras penais, com vista, por um lado, a fomentar uma crescente consciencialização social da gravidade deste tipo de crimes, por outro, a obstar ao recurso ao instituto da suspensão da execução da pena de prisão nos casos mais graves.
- Alteração do leque de circunstâncias agravantes previstas no artigo 177.º do CP, tendo por referência o artigo 46.º da Convenção de Istambul;
- Alteração da natureza dos crimes de violação e coacção, passando de semi-pública a pública (artigo 178.º do CP).

O Bloco de Esquerda no seu Projecto de Lei n.º 1058/XIII/4.ª realça que *“O crime de violação atinge, sobretudo, mulheres e crianças. Apesar da neutralidade prevista no tipo legal de violação quanto ao género da vítima, este crime é, indubitavelmente, uma forma de violência de género, e uma das mais invisíveis. A violação configura um atentado aos direitos humanos das mulheres - não é por acaso que, segundo dados dos Relatórios Anuais de Segurança Interna (RASI), nenhuma mulher foi detida por violação -, à sua integridade física e emocional, à sua liberdade e autodeterminação sexual, sem esquecer que tantas das suas vítimas são menores. No entanto, e face aos recentes sinais do seu impacto nas sociedades modernas, sublinhe-se que a média europeia de condenações é de apenas 14%.*

Apesar do facto de muitas lacunas se encontrarem nos sistemas de prevenção e nas visões sedimentadas e estereotipadas de género, que continuam a alimentar-se da dicotomia entre “sexo forte” e “sexo fraco”, o quadro legal vigente é também ineficiente, impondo-se, então, um sinal inequívoco da condenação deste crime e dos restantes crimes sexuais. (...)”

De acordo com os dados do Relatório Anual de Segurança Interna de 2018, as participações do crime de violação aumentaram 17,6%.

A esmagadora maioria de agressores enquadra-se em relações de proximidade familiar ou de conhecimento, sendo por isso falsa a ideia de que o crime de violação é cometido por estranhos. Segundo o referido Relatório, 56% dos casos de violação são praticados por familiares ou conhecidos.

Neste quadro, sublinha-se a débil neutralidade da nossa lei penal que interioriza a noção instalada de ser o violador um estranho, que só é reconhecido pelo recurso da violência e da ameaça²⁵.

E, ainda, o “ónus de resistência da vítima, como se a vítima, se não defender o seu corpo e a sua autonomia com energia, agredindo o violador, merecesse ser violada ou a sua liberdade sexual deixasse de ser tutelada pelo direito penal”²⁶.

À semelhança do PAN também o Bloco de Esquerda evidencia que as várias decisões judiciais que têm vindo a público denotam que a desculpabilização dos agressores por via da responsabilização das vítimas se mantém actual na cultura jurídica. Sustentando-se, assim, a ideia das vítimas (na esmagadora maioria mulheres), como as instigadoras, provocadoras e sedutoras.

Salienta ainda que o recurso às penas de prisão suspensas aplicadas a agressores condenados por crimes sexuais continua a ser a regra.

Concluindo que tais indicadores transmitem um sentimento de tolerância, desvalorização dos crimes sexuais e impunidade, não só para os agentes do crime, como também para as vítimas e para a sociedade geral e que, portanto, a força da censura de *ultima ratio* não tem tido a contundência suficiente.

Neste contexto, o Bloco de Esquerda propõe:

- o reconhecimento de que um acto sexual sem consentimento é um crime de violação ou de coacção sexual, pois é no não consentimento que radica a violência do acto e a natureza do crime, pelo que a violência ou ameaça grave devem deixar de constituir meios típicos de constrangimento, mas circunstâncias agravantes da pena;

- a eliminação do n.º 2 dos artigos 163.º e 164.º, ambos do CP, aí se fazendo constar que a tentativa é punível;

²⁵ Sottomayor, Clara, *O conceito legal de violação: um contributo para a doutrina penalista*, Revista do Ministério Público, 128, Dezembro de 2011, p. 275.

²⁶ Idem, págs. 274-275.

- o aumento do limite mínimo da pena no crime de violação para cinco anos;
- a revogação dos artigos 165.º e 166.º do CP referentes aos crimes de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência e abuso sexual de pessoa internada, integrando-os nos crimes de coacção sexual e violação, mas funcionando como circunstâncias agravantes;
- introdução da violência, do uso da autoridade ou dependência nas circunstâncias agravantes;
- alteração da natureza dos crimes de violação e coacção, passando de semi-pública a pública (artigo 178.º do CP).

3.2. Análise crítica das soluções consagradas nos projectos de lei

i. Alteração do tipo objectivo dos crimes de violação e coacção

Desde logo, os dois Projectos de Lei *supra* referidos propõem a alteração do elemento essencial do tipo objectivo dos crimes de coacção e de violação, suprimindo o segmento “*por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir*”, passando os ilícitos criminais a conter uma cláusula geral de não consentimento.

Esta alteração cumpre o desiderato da Convenção de Istambul, revelando-se adequada a garantir a protecção do bem jurídico tutelado.

Com a eliminação do modo de execução da conduta descrita no n.ºs 1 dos ilícitos criminais em apreço impõe-se a supressão do crime específico vertido no n.º 2 daqueles preceitos, como bem propõe o grupo parlamentar do Bloco de Esquerda no respectivo projecto de lei.

ii. Circunstâncias agravantes

O Projecto de Lei n.º 1047/XIII/4.ª (PAN) adita nos n.ºs 2 e 3 dos artigos 163.º e 164.º do Código Penal circunstâncias agravantes dos ilícitos criminais em apreço, para além das previstas no artigo 177.º (cuja redacção também é alterada).

A redacção proposta para ambos os preceitos é idêntica, variando, apenas, na moldura penal aplicável e na previsão do resultado morte ou suicídio da vítima decorrente da prática dos actos tipificados como violação.

A circunstância agravante que integra a nova redacção do n.º 2 dos referidos preceitos legais consubstancia o tipo autónomo de crime de abuso sexual de pessoa internada (artigo 166.º do Código Penal).

Como bem se assinala no Parecer da Procuradoria-Geral da República relativo ao Projecto de Lei, o texto das alíneas importadas do artigo 166.º do Código Penal carece de actualização, pois os anteriormente designados estabelecimentos de correcção deram lugar aos actuais centros educativos, sendo ainda de incluir a referência a casas de acolhimento residencial,

bem como as casas onde residem crianças e jovens a quem foi aplicada medida de promoção e protecção de acolhimento residencial.

No que concerne à redacção do n.º 3 dos artigos 163.º e 164.º, faz-se notar no Parecer da Procuradoria-Geral da República que com excepção da alínea d) (apenas prevista para o crime de violação), as restantes contêm cláusulas de agravamento de manifesta abstracção e imprecisão, sendo de ponderar a substituição das alíneas a) e b) pela remissão para algumas das alíneas do n.º 2 do artigo 132.º do Código Penal.

Acresce que, a redacção proposta para as normas em análise carece de harmonização com o previsto no actual n.º 5 do artigo 177.º do Código Penal, que passa a figurar como n.º 6 na nova redacção.

O aludido Projecto de Lei, bem como o Projecto de Lei n.º 1058/XIII/4.ª (BE) contemplam ainda um aditamento de circunstâncias agravantes no artigo 177.º do Código Penal.

Em termos gerais, afigura-se positivo o aumento das circunstâncias agravantes, porém seria desejável que estas não se pautassem por conceitos indeterminados e fossem aplicáveis a todos os crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual.

iii. Agravamento das molduras penais

Em ambos os Projectos de Lei é proposto o aumento das molduras penais abstractas dos crimes em análise, fundamentado na necessidade de reforçar o carácter intimidatório das penas (prevenção geral negativa) e de evitar o recurso à suspensão da execução da pena de prisão, elevando o limite mínimo para os cinco anos.

Acompanhando o entendimento da Procuradoria-Geral da República vertido no já referido Parecer, dir-se-á que *“(...) no exercício de tipificação de conduta criminosa, atendendo à necessidade de tutela de determinado bem jurídico, e de fixação da moldura penal aplicável sempre deverá presidir o princípio da proporcionalidade. E a fim de se avaliar se a moldura a aplicar será a adequada e a (estritamente) necessária a salvaguardar os interesses a prosseguir, importa ter bem presentes as finalidades das penas, tal como aludidas, designadamente, no artigo 40.º do Código Penal. Desta norma (...) decorre que a prevenção geral surge num primeiro patamar do desígnio das penas. Mas esta prevenção geral não poderá ser a negativa, senão a positiva, de integração, de reposição da confiança da comunidade na validade da norma jurídica e de reforço da consciência do dever ser. Por respeito ao princípio da culpa (...) é afastada qualquer conceção retributiva da pena, impondo o Estado de Direito Democrático um direito penal (re)socializador.(...)”*, pelo que *“(...) importaria, assim, aferir das condições de execução das penas aplicadas e da sua (in)capacidade de reintegração social e de prevenção da reincidência(...)”*.

Quanto ao objectivo de limitar a aplicação da suspensão da execução da pena de prisão *“(...) importaria, também, (...) análise aprofundada nos seguintes planos: i) comparação analítica dos casos em que são aplicadas penas de prisão suspensas na sua execução aos crimes sexuais*

com os casos de aplicação da mesma pena substitutiva a outros crimes com idêntica gravidade; ii) avaliar os efeitos da suspensão da execução da pena de prisão nos crimes sexuais, nas suas diversas modalidades e condições, de forma a aferir em que medida as finalidades de prevenção, geral e especial, foram, ou não, alcançadas (...)”

De facto, suscita-nos dúvidas se o endurecimento das molduras penais, nos exactos termos propostos, se afigurará a solução adequada, necessária e proporcional, atendendo à natureza dos bens jurídicos a salvaguardar e às causas da sua lesão.

Ademais, tais molduras quando comparadas com penas aplicáveis ao abuso sexual de crianças revelam-se desequilibradas, por serem mais severas, o que não se compreenderá atenta a maior vulnerabilidade da liberdade sexual quando as vítimas são crianças.

iv. Alteração da natureza do crime de violação

Em ambos os projectos é proposta a alteração da natureza dos crimes de coacção sexual e violação através da alteração do artigo 178.º do Código Penal, passando a crimes públicos.

Tal opção apresenta como vantagem a eliminação de influências negativas sobre o exercício de direito de queixa e sua desistência, à semelhança do que ocorrera no crime de violência doméstica.

Contudo, importa ter presente os efeitos desta alteração ao retirar a decisão da acção penal à vítima, hipóteses de vitimização secundária, exposição da sua intimidade e esfera privada, quando a vontade da vítima possa não passar pelo exercício da acção penal, justamente para preservar a sua intimidade e por não pretender reviver a situação do crime.

Acresce que o n.º 2 do artigo 178.º do Código Penal, após a alteração da Lei n.º 83/2015, de 05 de Agosto, salvaguarda de modo equilibrado o interesse do Estado e da Comunidade no exercício da acção penal, com o interesse da vítima.

Pelo exposto, vemos com alguma reserva a alteração da natureza dos crimes em apreço.

v. Restrição do instituto da suspensão provisória

Igualmente, em ambos os Projectos de Lei se pretende afastar a possibilidade de determinação do instituto da suspensão provisória do processo nos crimes de coacção sexual e violação.

A este propósito importa referir que o actual n.º 4 e 5 do artigo 178.º do Código Penal salvaguarda o interesse da vítima menor.

Cremos que a revogação destes preceitos ou a sua alteração de molde a obstar à sua aplicação nos crimes de violação ou coacção sexual implicaria a redução da eficácia da protecção dos interesses das vítimas menores.

vi. Revogação dos crimes de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência e de abuso sexual de pessoa internada

Finalmente, nos Projectos de Lei é ainda proposta a revogação dos crimes de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência e de abuso sexual de pessoa internada, passando as acções típicas aí contidas a figurar como circunstâncias agravantes, conforme *supra* referido.

Tal solução legislativa justificar-se-ia, de acordo com a exposição de motivos dos Grupos Parlamentares, considerando que as incriminações em causa “(...) *se reportam a situações de pessoas com especial vulnerabilidade, onde a reprobção social e legislativa deve revestir maior intensidade (...)*”.

Afigura-se-nos que é justamente por tais motivos que se justifica a consagração de tipos criminais autónomos.

De resto, como se assinala nos Pareceres da Procuradoria-Geral da República relativos aos projectos de lei “(...) *com a alteração do tipo objectivo dos crimes de violação e coação sexual, passando a bastar a ausência de consentimento, diferente sempre será a circunstância de esse consentimento não poder ser prestado, por falta de capacidade, física ou psíquica, para o efeito. (...)*”.

Assim, conforme se sugere nos aludidos Pareceres seria preferível “(...) *uma solução que reformule a redação dos tipos de crime de abuso sexual de pessoa incapaz (de resistência ou, melhor, de assentimento) e de abuso sexual de pessoa internada, actualizando-os e adequando-os ao novo paradigma dos crimes contra a liberdade sexual – a ausência de consentimento [e, bem assim, quanto à eventual revisão das molduras penais aplicáveis]; ao invés de os revogar, transformando-os [pelo menos, quanto ao abuso sexual de pessoa internada] em circunstâncias agravantes dos demais ilícitos*”.

IV. Hiperligações e referências bibliográficas

Hiperligações

<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210/signatures>
<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/paginas/iniciativaslegislativas.aspx>
https://apav.pt/apav_v3/index.php/pt/
<http://www.dgsi.pt/>
<https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=ad5cfe37-0d52-412e-83fb-7f098448dba7>

Jurisprudência

- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 13.01.2016, Orlando Gonçalves, proc. 53/13.1GESRT.C1, disponível em www.dgsi.pt.

- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 14.06.2017, Horácio Correia Pinto, proc. 16/16.5GAAGD.P1, disponível em www.dgsi.pt.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 15.05.2012, Sérgio Corvacho, proc. 320/09.6PBSTR.E1, disponível em <http://www.dgsi.pt>.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 10.05.2010, Margarida Almeida, proc. 77/07.8TAPT.B.G2, disponível em <http://www.dgsi.pt>.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 20.10.2010, Telo Lucas, proc. 150/07.2JAPDL.L1-3, disponível em <http://www.dgsi.pt>.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12.07.2005, Simas Santos, proc. 05P2442, disponível em www.dgsi.pt.

Referências bibliográficas

- Albuquerque, Paulo Sérgio Pinto de, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª edição actualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015, págs. 649-650.
- Albuquerque, Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal*, 2.ª edição, Lisboa, 2008, página 442.
- Alves, Sénio, *Crimes Sexuais, Notas e Comentários aos artigos 163.º a 179.º do Código Penal*, Livraria Almedina, Coimbra, 1995, pág. 32 e seguintes.
- Berenguer, Enrique Orts, *Delitos contra la libertad sexual*, Valencia, Tirant lo blanch, 1995.
- Dias, Jorge de Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, páginas 443, 444-445, 448 e 453-454.
- Dias, Jorge Figueiredo, *As Consequências Jurídicas do Crime*, Lisboa, 1994, pág. 158.
- Dias, Maria do Carmo, *Repercussões da Lei n.º 59/2007, nos crimes contra a liberdade sexual*, Revista do CEJ, n.º 8, pág. 223.
- Gonçalves, Manuel Lopes Maia, *Código Penal Português, Anotado e Comentado*, 18.ª edição, Coimbra, 2007, pág. 621.
- Leite, André Lamas, *As alterações de 2015 ao Código Penal em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais – Nótulas esparsas*, Coimbra Editora, Julgar, N.º 28, 2016.
- Lopes, José Mouraz, *Os Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação sexual no Código Penal*, 3.ª Edição, Coimbra Editora, Abril de 2002, pág. 22.
- Lopes, José Mouraz, *Os Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação sexual no Código Penal*, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2008, pág. 49 e seguintes.
- Lopes, Milheiro, José, Tiago, *Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual*, 1.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, págs. 229-230.
- Santos, Beleza dos Santos, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 57, págs. 317 e seguintes.
- Sottomayor, Clara, *O conceito legal de violação: um contributo para a doutrina penalista*, Revista do Ministério Público, 128, Dezembro de 2011, pág. 275.

CRIMES DE VIOLAÇÃO E COAÇÃO SEXUAL

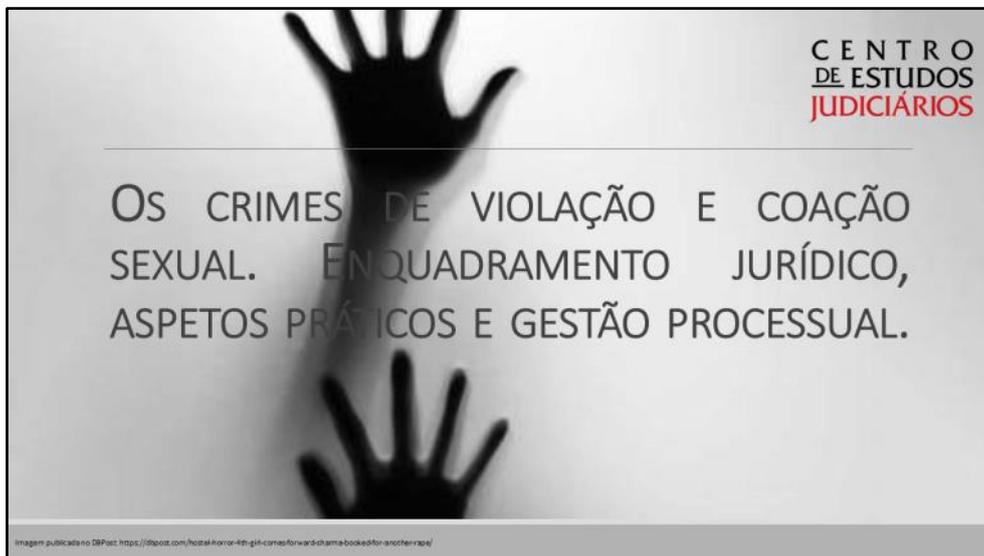
**Enquadramento jurídico, aspetos práticos
e gestão processual**

Trabalho de grupo



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

CRIMES DE VIOLAÇÃO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO, ASPECTOS PRÁTICOS E GESTÃO PROCESSUAL



Sumário

1. Evolução Histórica e Bem Jurídico
2. Conceitos de Ato Sexual de Revelo, Cópula, Coito Anal, Coito Oral, Penetração de Partes do Corpo e Objetos
3. Da Convenção de Istambul à Lei nº 83/2015
4. Meios típicos de constrangimento
5. Iniciativas Legislativas em Curso
6. Pena Principal e Agravação
7. Penas Acessórias
8. Aspectos processuais
9. Inquérito e Gestão Processual

Evolução Histórica

- Criminalização da Violação
 - origem: defesa da "propriedade" sobre a mulher
 - Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas: crime imoral

- Código Penal de 1886
 - cópula ilícita
 - valor tutelado: honra sexual da mulher

Evolução Histórica

- Código Penal de 1982
 - ☐ Até à Reforma de 1995
 - princípios ético-sociais e moralistas
 - bens jurídicos protegidos: honestidade, pudor social e moralidade sexual
 - atentado ao pudor com violência
 - ☐ Após a Reforma de 1995
 - eliminadas as referências moralistas
 - bem jurídico protegido: liberdade e autodeterminação sexual
 - coito anal ato equiparado
 - coação sexual
 - ☐ Reforma de 1998
 - coito oral
 - assédio sexual - relações de dependência hierárquica, económica ou de trabalho

Evolução Histórica

- ☐ Reforma 2007
 - penetração vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos
 - assédio sexual - relações familiares, de tutela ou curatela
- ☐ Reforma 2015
 - supressão dos meios tipificados do constrangimento
- ☐ Atualmente – artigo 163º, do Código Penal
 - 1 - Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, ato sexual de relevo é punido com pena de prisão de um a oito anos.
 - 2 - Quem, por meio não compreendido no número anterior, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar ato sexual de relevo, consigo ou com outrem, é punido com pena de prisão até 5 anos.

Evolução Histórica

☐ Atualmente – artigo 164º, do Código Penal

1 - Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa:

a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou

b) A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos;

é punido com pena de prisão de três a dez anos.

2 - Quem, por meio não compreendido no número anterior, constranger outra pessoa:

a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou

b) A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos;

é punido com pena de prisão de 1 a 6 anos.

Ato Sexual de Relevância

▪ Doutrina

▪ Conceito



→ comportamento sexual

→ objetivamente grave

→ liberdade sexual

▪ Evolução

→ relação com o crime de violação

▪ Exemplos

Cópula, Coito Anal, Coito Oral

CÓPULA

▪ Evolução Histórica

☐ Código Penal 1886

→ conceito médico-legal

→ conceito ético-social

☐ Código Penal 1982

→ conceito médico-legal

☐ Conceito Atual



→ relação heterossexual

→ introdução total ou

parcial do pênis na

vagina

→ sem *emissio seminis*

Cópula, Coito Anal, Coito Oral

COITO ANAL

- Reforma 1995
- Conceito



- introdução, completa ou incompleta do pénis no ânus
- relações homossexuais

COITO ORAL

- Reforma 1998
- Conceito



- penetração do órgão masculino na boca da vítima
- relações homossexuais

Cópula, Coito Anal, Coito Oral



Penetração de Partes do Corpo e Objetos

- Reforma 2007
- Conceito
- Exemplos



- ato de quem sofre
- introdução completa ou incompleta na vagina ou ânus
- relações homossexuais

Da Convenção de Istambul à Lei n.º 83/2015, de 05 de Agosto

A Convenção de Istambul

No plano **substantivo**:

- ❖ Criação de uma Europa livre de violência contra as mulheres;
- ❖ Reconhecimento de que a violência sexual deve ser definida com base na **ausência de consentimento** em relação a ato de natureza sexual;
- ❖ Exigência de criminalização da violação e dos demais atos de natureza sexual **não consentidos**.

Artigo 36.º (Violência sexual, incluindo violação)

1. As Partes tomarão 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 atos de carácter sexual **não consentidos** com uma pessoa;
- c) obrigar outra pessoa a praticar atos de carácter sexual **não consentidos** com uma terceira pessoa.

2. O consentimento tem de ser prestado voluntariamente, como manifestação da vontade livre da pessoa, avaliado no contexto das circunstâncias envolventes.

A Lei n.º 83/2015, de 05 de agosto

Artigo 163.º (Coação sexual)

1. (...)

2. Quem, por meio não compreendido no número anterior e **abusando de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, ou aproveitando-se de temor que causou** constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar ato sexual de relevo, consigo ou com outrem, é punido com pena de prisão até 5 anos.

A Lei n.º 83/2015, de 05 de agosto

Artigo 164.º (Violação)

1 - (...)

2 - Quem, por meio não compreendido no número anterior e **abusando de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, ou aproveitando-se de temor que causou** constranger outra pessoa:
a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou
b) A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos;
é punido com pena de prisão de 1 a 6 anos.

Meios de constrangimento e não consentimento

Constranger = coagir, compelir, forçar, impor, obrigar, levar a...

Ato imediatamente dirigido à prática, ativa ou passiva, de um ato sexual de relevo (F. Dias).

Meios de constrangimento e não consentimento



Meios de constrangimento e não consentimento

Deu-se cumprimento à Convenção de Istambul?

Relatório de Avaliação da Convenção de Istambul promovido pelo GREVIO (Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence), divulgado em 21 de Janeiro de 2019

NÃO

Meios de constrangimento e não consentimento

173. Em Portugal, a definição de crimes sexuais dada pelo Código Penal não é baseada apenas na ausência de consentimento da vítima. Os artigos 163º (coação sexual) e 164º (violação) do Código Penal exigem, como elemento constitutivo do crime, o uso de violência, ameaça grave ou colocação da vítima em estado de inconsciência ou incapacidade de resistir. Na sequência da reforma penal de 2015, o segundo parágrafo de ambos os artigos foi alterado no sentido de abranger a conduta de coação sexual e violação cometidas por meio não compreendido no número anterior (...). O objetivo desta alteração foi aproximar a legislação portuguesa do artigo 36º da Convenção de Istambul. O GREVIO nota, contudo, que estas alterações não cortaram definitivamente com o requisito do uso da força, uma vez que nos parágrafos segundos dos artigos 163º e 164º do Código Penal, a conduta típica é definida pelo uso do verbo «constranger». O GREVIO considera que esta palavra não é suficiente para cortar definitivamente com a prática de longa data dos tribunais portugueses de exigirem a prova da resistência da vítima para a condenação do agressor.

Meios de constrangimento e não consentimento

Os crimes de coação sexual e de violação assentam no não consentimento?

SIM... desde sempre

Art. 393º do Código Penal de 1886: “Aquelle que tiver copula illicita com qualquer mulher, **contra sua vontade** (...)”.

Um acto sexual de relevo praticado entre adultos só é crime se não for consentido:

- “a vontade delimita a fronteira entre o lícito e o ilícito” (Reis Alves)

- “pelo próprio teor da tipicidade (...) se conclui que a ação típica terá – para o ser – de se dirigir contra (e de se impor à) vontade do ofendido. Em termos tais que a ocorrência do consentimento do ofendido é suficiente para converter a conduta num processo normal, mesmo socialmente positivo, de expressão no plano do tráfego jurídico, da realização sexual” (Costa Andrade).

Meios de constrangimento e não consentimento

É no não consentimento que radicam os crimes de coação sexual e de violação.

O constrangimento é a materialização da ausência de consentimento.

Não é possível constranger alguém à prática/sofrimento de um ato sexual de relevo se essa pessoa nisso consentir (*nulla iniuria est, quae in volentem fiat*).

Meios de constrangimento e não consentimento

O problema reside na consagração, nos n.ºs 1 dos artigos 163º e 164º, de *meios típicos de constrangimento*.

Eliminação dos meios típicos de constrangimento

+

Cláusula geral de constrangimento, acompanhada ou não do não consentimento expreso

Convenção de Istambul

Meios de constrangimento e não consentimento

Assentando *apenas* no não consentimento, como redigir a lei?! 

Quem, sem o consentimento da outra pessoa, praticar com ela ou levá-la a praticar com outrem ato sexual de relevo... ?

“levar a praticar” (“fizer com que”, “obrigar a”), através de *qualquer meio de coação* idóneo a quebrar a vontade da vítima (violência física ou psíquica, ameaça, criação de temor, etc), tem subjacente, explícita ou implícitamente, uma ideia de *constrangimento*.

Art. 36º, n.º 1, al. c), da CI: “obrigar outra pessoa a praticar atos de carácter sexual não consentidos com uma terceira pessoa”.

Projetos de lei

Projeto de Lei n.º
1047/XIII/4.ª do
Grupo Parlamentar
do PAN



Projeto de Lei n.º
1058/XIII/4.ª do
Grupo Parlamentar
do BE



Projeto de Lei n.º
1155/XIII/4.ª do
Grupo Parlamentar
do PS

Motivação dos Grupos Parlamentares

O crime de violação tem vindo a aumentar – RASI de 2017 e 2018

Sem prejuízo das alterações de 2015, permanece a desconformidade da nossa Lei com a Convenção de Istambul, na medida em que os dolo ilícitos (violação e coação sexual) devem assentar unicamente na ausência de consentimento - Relatório de Avaliação da Convenção de Istambul promovido pelo GREVIO, divulgado em 21.01.2019

A desculpabilização dos agressores por via da responsabilização das vítimas mantém-se actual na cultura judicial

A maioria das penas de prisão que têm vindo a ser aplicadas pelos nossos Tribunais são suspensas na sua execução, o que gera um sentimento de impunidade nas vítimas e nos cidadãos

Principais alterações

Alteração do elemento essencial do tipo objetivo dos crimes de violação e coação sexual, suprimindo-se o segmento "por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir", passando os ilícitos criminais a conter uma cláusula geral de não consentimento (PAN, BE e PS)

Consequente supressão do crime específico vertido no n.º 2 dos artigos 163.º e 164.º do CP (PAN, BE e PS)

Agravamento das molduras penais (PAN e BE)

Alteração da natureza dos ilícitos criminais, convertendo-os em crimes públicos (PAN e BE)

Revogação dos artigos 165.º (crime de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência) e 166.º (crime de abuso sexual de pessoa internada) do CP, integrando-os nos crimes de violação e coação sexual, mas funcionando como circunstâncias agravantes (PAN e BE)

Principais alterações

Restrição do instituto da suspensão provisória (PAN E BE)

Alteração do leque de circunstâncias agravantes previstas no artigo 177.º do CP (aditamento de circunstâncias em conformidade com o disposto no artigo 46.º da Convenção de Istambul) - (PAN, BE e PS)

Ao contrário dos grupos parlamentares do PAN e BE, o PS propõe a manutenção dos ilícitos criminais previstos nos artigos 165.º e 166.º do CP, porém propõem a alteração do segmento "impossibilidade de opor resistência", substituindo-o por "incapacidade de manifestar o seu dissentimento"

Alteração do artigo 200.º do CPP, alargando o âmbito de aplicação da medida de coação de proibição de contacto aos crimes de ameaça, coação e perseguição (PS)

Análise crítica dos projetos de lei

As soluções consagradas nos referidos projetos de lei não constituem uma completa inovação no quadro das iniciativas legislativas apresentadas à Assembleia da República.

A alteração do elemento essencial do tipo objetivo dos crimes de violação e coação sexual, eliminando-se os meios típicos de constrangimento, cumpre o desiderato da Convenção de Istambul, revelando-se adequada a garantir a proteção do bem jurídico tutelado.

O agravamento das molduras penais previsto nos projetos de lei do PAN e BE, fundamenta-se na necessidade de reforçar o carácter intimidatório das penas (prevenção geral negativa) e na necessidade de evitar o recurso à suspensão da execução da pena de prisão.

A este respeito realça que a fixação das molduras penais deverá nortear-se pelo princípio da proporcionalidade, devendo a moldura ser adequada e estritamente necessária à salvaguarda dos interesses a prosseguir, tendo-se presente as finalidades das penas, a prevenção geral tem de ser positiva e não negativa.

Análise crítica dos projetos de lei

Ademais, tais molduras propostas contrastam com as molduras de outros ilícitos que atentam de modo grave contra bens jurídicos pessoais e, no limite, contra a dignidade humana (ex. crime de escravidão – 5 a 15 anos)

Vejo com alguma reserva a alteração da natureza dos crimes em apreço, pois se, por um lado, tal opção apresenta como vantagem a eliminação de influências negativas sobre o exercício de direito de queixa e sua desistência, à semelhança do que ocorrerá no crime de violência doméstica, por outro, importa ter presente os efeitos desta alteração ao retirar a decisão da ação penal à vítima

Acresce que, podendo o Ministério Público dar início ao procedimento criminal sempre que o interesse da vítima o aconselhar, encontra-se assim salvaguardado de modo equilibrado o interesse do Estado e da Comunidade no exercício da ação penal com o interesse da vítima

Análise crítica dos projetos de lei

No que concerne à revogação dos crimes de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência e de abuso sexual de pessoa internada, seria preferível manter a consagração dos tipos autônomos, atualizando-os e adequando-os ao novo paradigma dos crimes contra a liberdade sexual – ausência de consentimento; ao invés de os revogar, transformando-os em circunstâncias agravantes

A restrição do instituto da suspensão provisória do processo não se afigura uma solução aplaudível, pois implicaria a redução da eficácia da proteção dos interesses das vítimas menores

Afigura-se positivo o aumento das circunstâncias agravantes, por se tratar de circunstâncias que não apenas revelam graus de culpa e de ilicitude acrescidos como poderão, em regra, revelar que a vítima, por força da relação em que se insere, da sua idade, doença ou gravidez, estaria mais vulnerável ao abuso e menos livre para manifestar a sua vontade

Análise crítica dos projetos de lei

Por último, considero a alteração proposta à redação do artigo 200.º do CPP, adequada à realidade factual deste tipo de ilícitos e à necessidade de proteção das suas vítimas em face do perigo de continuação da atividade criminosa, em particular no crime de perseguição

Sem prejuízo, creio que as condutas previstas nas alíneas a), e) e f) do n.º 1 do artigo 200.º do CPP, mostram-se igualmente adequadas à satisfação das exigências cautelares que se verificarem, sendo também de ponderar o seu alargamento aos crimes de ameaça, coação e perseguição

Crime de coação sexual

MOLDURA PENAL

O Decreto-lei n.º 48/95 de 15 de Março tipificou o crime de coação sexual – artigo 163.º do Código Penal



Penal de prisão de 1 a 8 anos.

A lei n.º 65/98, de 02 de Setembro tipificou no n.º 2 do artigo 163.º do Código Penal



Penal de prisão até 2 anos.

A Lei n.º 83/2015 de 5 de Agosto agravou a moldura penal do n.º 2 do artigo 163.º do Código Penal



Penal de prisão até 5 anos.

Crime de violação

MOLDURA PENAL

O Decreto-lei n.º 48/95 de 15 de Março tipificou o crime de violação – artigo 164.º, n.º 1 e 2 do Código Penal



Penal de prisão de 3 a 10 anos.

O Decreto-lei n.º 65/98, de 2 de Setembro alterou o n.º 2 do artigo 164.º do Código Penal



Penal de prisão até 3 anos.

A Lei n.º 83/2015 de 5 de Agosto agravou a moldura penal do n.º 2 do artigo 164.º do Código Penal



Penal de prisão de 1 a 6 anos.

Circunstâncias agravantes

Artigo 46.º da Convenção de Istambul

- Ter a infração sido praticada por um membro da família, uma pessoa que coabita com a vítima ou uma pessoa que abusou da sua autoridade contra o cônjuge ou ex-cônjuge, ou contra o companheiro ou ex-companheiro, tal como previsto no direito interno;
- Ter a infração, ou terem as infrações conexas, sido repetidamente praticadas;
- Ter a infração sido praticada contra uma pessoa que se tornou vulnerável devido a circunstâncias particulares;
- Ter a infração sido praticada contra uma criança ou na sua presença;
- Ter a infração sido praticada por duas ou mais pessoas agindo conjuntamente;
- Ter a infração sido precedida ou acompanhada de uma violência de gravidade extrema;
- Ter a infração sido praticada com a utilização ou a ameaça de uma arma;
- Ter a infração causado danos físicos ou psicológicos graves à vítima;
- Ter o perpetrador sido anteriormente condenado pela prática de infrações da mesma natureza.

Circunstâncias agravantes

O artigo 177.º do Código Penal está em conformidade com o previsto no artigo 46.º da Convenção de Istambul?



Circunstâncias agravantes

1.ª parte da alínea a) da Convenção de Istambul	Alínea b) da Convenção de Istambul	Alínea d) da Convenção de Istambul	Alínea e) da Convenção de Istambul	Alínea h) da Convenção de Istambul	Alínea i) da Convenção de Istambul
↓	↓	↓	↓	↓	↓
177.º, alínea a) do Código Penal	Artigo 30.º, n.º 3 do Código Penal	Artigo 177.º, n.º 6 e 7 do Código Penal	Artigo 177.º, n.º 4 do Código Penal	Artigo 177.º, n.º 5 do Código Penal	Artigo 75 e 76 do Código Penal

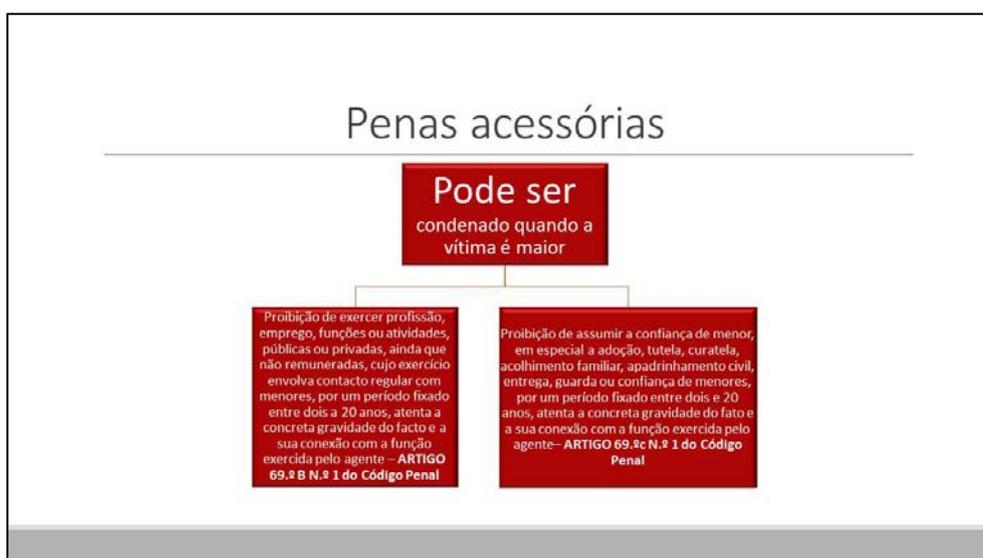
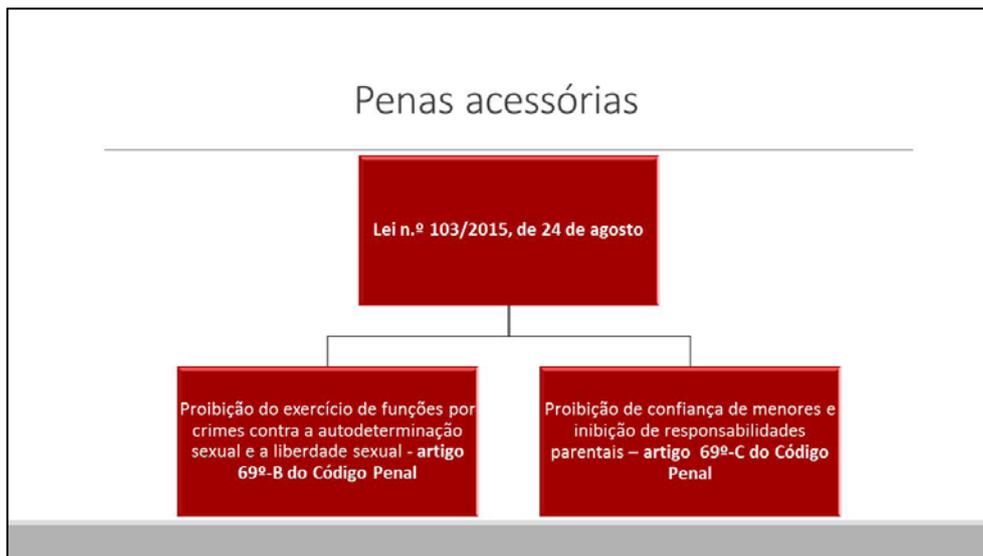
Artigo 46.º da Convenção de Istambul

Parte final da alínea a)

- Alínea c)

Alínea f)

- Alínea g)



Penas acessórias

As penas acessórias previstas nos artigos 69.º - B, n.º 2, 69.º C, n.º 2 e 3 do Código Penal são de aplicação automática



A natureza dos crimes

REGRA GERAL: natureza **semipública**, porquanto o procedimento depende da prévia apresentação de queixa (cfr. artigo 178.º, n.º 1, 1.ª parte do CP).

EXCEÇÃO: crimes praticados contra menor, que tenham como resultado o suicídio ou a morte da vítima (cfr. artigo 178.º, n.º 1, 2.ª parte do CP) ou quando o MP, aconselhado pelo interesse da vítima, entender dar início ao procedimento sem a prévia apresentação de queixa (cfr. artigo 178.º, n.º 2 do CP).



Solução híbrida

A tutela da vítima



A tutela da vítima

Lei n.º 130/2015, de 04 de setembro – Estatuto da Vítima



Surge o artigo 67.º-A no CPP com a seguinte redação:

“1 – Considera-se:

a) Vítima:

i) A pessoa singular que sofreu um dano, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou psíquica, um dano emocional ou moral, ou um dano patrimonial, diretamente causado por ação ou omissão, no âmbito da prática de um crime;

(...)

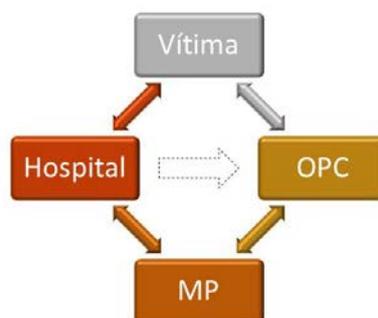
b) Vítima especialmente vulnerável: a vítima cuja especial fragilidade resulte, nomeadamente, da sua idade, do seu estado de saúde ou de deficiência, bem como facto de o tipo, o grau e a duração da vitimização haver resultado em lesões com consequências graves no seu equilíbrio psicológico ou nas condições da sua integração social;”

A tutela da vítima

Verdadeiro sujeito processual?



A notícia do crime



A competência para a investigação

Instrumentos hierárquicos

Circular da PGR n.º 6/02

Diretiva da PGR n.º 1/2002



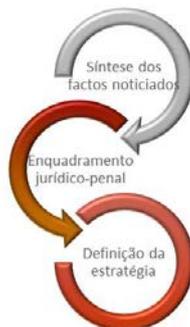
Deve haver intervenção direta do Ministério Público, sem prejuízo da delegação de competência na Polícia Judiciária (cfr. artigo 7.º, n.º 3, alínea a) da LOIC).



Tal significa que o Ministério Público não deve proferir um despacho de delegação genérica de competência.

Ao invés, deve pormenorizar, tanto quanto possível, as diligências que pretende que o OPC realize.

O primeiro despacho



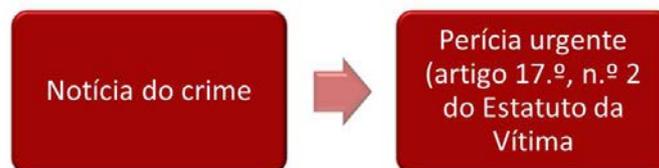
O primeiro despacho

- ❖ Crime de investigação prioritária (artigo 3.º, alínea c) da Lei n.º 96/2017, de 23 de agosto, alínea b) do Ponto I da Diretiva n.º 1/2017 da PGR e Despacho da PGR de 06.03.2019).
- ❖ Atribuição do estatuto de vítima ou de vítima especialmente vulnerável.
- ❖ Sujeição do inquérito a segredo de justiça (artigo 86.º, n.º 3 do CPP e Diretiva da PGR de 09.01.2008).
- ❖ Oficiar os Serviços de Saúde para remessa de expediente clínico.
- ❖ Requisitar o CRC do(a) denunciado (a).
- ❖ Averiguar da existência de processos pendentes.
- ❖ Pesquisar na base de dados referente à aplicação do instituto da suspensão provisória do processo.

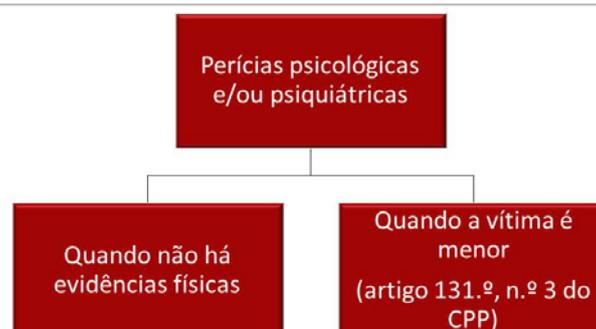
O primeiro despacho

- ❖ Requisição e junção do assento de nascimento da vítima;
- ❖ Aposição da data do termo do prazo prescricional (Circular n.º 2/2006);
- ❖ Determinar a realização de perícia médico-legal à vítima (artigo 159.º, n.º 1 do CPP, 17.º, n.º 2 do Estatuto da Vítima e 21.º da Lei n.º 45/2004, de 19 de agosto);
- ❖ Comunicar à CPCJ territorialmente competente.

Perícias médico-legais



Perícias médico-legais



Declarações para memória futura

Vítima menor de idade → **Obrigatório** nos termos do artigo 271.º, n.ºs 1 e 2 do CPP

Vítima maior de idade → **Desejável** nos termos do artigo 271.º, n.º 1 do CPP e 21.º, n.º 2, alínea d) e 24.º do Estatuto da Vítima.

Reconhecimento

Por
descrição

Mediante
seleção de
uma pessoa

Encerramento do inquérito

Encerramento
do inquérito

Arquivamento

Soluções de
consenso

Acusação

Encerramento do inquérito: arquivamento

- Pena de prisão superior a 5 anos → Comunicar o arquivamento ao superior hierárquico (Circular n.º 6/2002 da PGR).
- Investigação realizada pela PJ → Comunicar o arquivamento (Circular n.º 4/2008 da PGR).

Encerramento do inquérito: acusação

- ❖ Promover a recolha de amostra de ADN em caso de condenação (artigo 8.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro);
- ❖ Promover o registo de identificação criminal de condenados por crime contra a autodeterminação sexual e liberdade sexual, se praticados contra menor (Lei n.º 103/20015, de 24 de agosto);
- ❖ Comunicar à PJ (Circular n.º 4/2008 da PGR).

Encerramento do inquérito: a suspensão provisória do processo



Título:
**Crimes de violação e coacção sexual. Enquadramento
jurídico, aspectos práticos e gestão processual**

Ano de Publicação: 2020

ISBN: 978-989-9018-14-3

Série: Formação Ministério Público

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt