

■ Formação contínua ■

# Julgar com perspetiva de género – entre a constitucionalidade e a igualdade

março 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



---

Julgar com perspectiva de género é diferente de ter um julgar masculino ou um julgar feminino.

A reflexão passa precisamente por aí, por saber como é possível a matéria de género, com toda a sua envolvência cultural, sociológica e histórica, pode ou deve influenciar a forma como um/a magistrado/a exerce as suas funções. Tudo num contexto em que importa nunca deixar de respeitar a Constituição e a Lei.

Pelo segundo ano consecutivo o Centro de Estudos Judiciários lançou a discussão e, desta vez, juntou Clara Sottomayor, Maria João Antunes, Rogério Alves, Isabel Marques da Silva e Isabel Ventura, moderados por Carlos Pinto de Abreu e Judite Babo.

O resultado está espelhado neste e-book que servirá, como o anterior\*, para, sem pretensões de doutrinar, encarar o tema – polémico – com pensamento variado e crítico.

É falando, argumentando e reflectindo (e não omitindo, ignorando ou censurando) que se evolui e se pode contribuir para cada um/a poder ter uma posição sólida sobre as matérias, que não ficam esgotadas (sendo certo que está já em preparação o e-book respeitante à edição de 2020).

(ETL)

---

\* "[Julgar com perspectiva de género - entre a igualdade e a constitucionalidade](#)".

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## Ficha Técnica

**Nome:**

Julgar com perspectiva de género – entre a constitucionalidade e a igualdade

**Coleção:**

Formação Contínua

**Conceção e organização:**

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

**Plano de Formação 2018/2019:**

Julgar com perspectiva de género – entre a constitucionalidade e a igualdade – Lisboa, 30 de janeiro de 2019 ([programa](#))

**Intervenientes:**

Judite Babo – Procuradora da República, Coordenadora da Secção especializada de Violência Doméstica e Crimes Afins e Criminalidade Violenta - DIAP de Vila Nova de Gaia

Carlos Pinto de Abreu – Advogado

Clara Sottomayor – Juíza Conselheira do Tribunal Constitucional

Rogério Alves – Antigo Bastonário da Ordem dos Advogados

Maria João Antunes – Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Isabel Marques da Silva – Juíza Conselheira do Supremo Tribunal Administrativo

Isabel Ventura – Socióloga e Investigadora do CEMRI - Centro de Estudos das Migrações e das Relações Interculturais da Universidade Aberta

**Revisão final:**

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

Ana Caçapo – Departamento da Formação do CEJ

## 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](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 – 31/03/2020	

# Julgar com perspetiva de género – entre a constitucionalidade e a igualdade

## Índice

<b>Constitucionalidade na construção da igualdade</b>	9
<i>Carlos Pinto de Abreu</i>	
<b>Julgar com perspetiva de género</b>	15
<i>Judite Babo</i>	
<b>1. Direitos humanos, género e igualdade</b>	23
<i>Clara Sottomayor</i>	
<b>2. Julgar no feminino: as questões do género deverão fazer-nos espécie?</b>	49
<i>Rogério Alves</i>	
<b>3. Género e racionalidade das leis penais</b>	57
<i>Maria João Antunes</i>	
<b>4. Julgar no feminino ou simplesmente julgar...</b>	69
<i>Isabel Marques da Silva</i>	
<b>5. Violência e crimes sexuais: representações e práticas judiciais</b>	77
<i>Isabel Ventura</i>	

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

# Constitucionalidade na construção da igualdade

*Carlos Pinto de Abreu*



CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

**MODERAÇÃO – Carlos Pinto de Abreu\******Constitucionalidade na construção da igualdade*****I**

Julgar e decidir não é um exclusivo de juízes.

A vida é uma sucessão infindável de juízos pessoais, acções e omissões. Todos e todas julgamos. Bem e mal. Acertada e erradamente. Fundada ou precipitadamente. Científica, técnica ou intuitivamente. Asséptica ou interessadamente. Superficial ou aprofundadamente. Jurídica ou politicamente. Social ou economicamente. Cultural ou religiosamente. Podia não acabar nas múltiplas e ricas perspectivas possíveis do juízo.

Hoje debruçamo-nos sobre o particular juízo de um homem juiz ou o específico juízo de uma mulher juíza. O juízo judicial e judiciário. Será assim tão diferente? E terá que sê-lo? E, se sim, em que medida? Iremos ver.

Sobre o juízo masculino ou feminino no acto de julgar nada direi, até porque os oradores e oradoras certamente o farão e a minha já longa experiência não tem visto grandes diferenças na racionalidade própria, na *praxis* judiciária e até no rito processual. Prefiro vê-lo apenas como bom juízo necessário a uma boa decisão.

**II**

Não vejo que se possa julgar bem apenas com uma perspectiva de género. Julgar-se-á adequadamente se tivermos em conta ambos os géneros.

A perspectiva de género é essencial, mas não pode ser autoritária, estanque, arbitrária, única, unívoca, aplicada de forma preferencial ou, sequer, com qualquer preponderância *a priori*.

Se for possível e é sempre possível - com tempo, ponderação, esforço, audição, participação, contraditório pleno, cruzamento de provas, apreciação crítica das mesmas e das regras da experiência comum, um misto de realismo, de cepticismo e de pragmatismo e, sobretudo, um profundo sentido da alteridade - há que julgar com todas aquelas perspectivas.

Nenhuma pode ser minimizada e, muito menos, descartada. Também, e talvez principalmente, na justiça. Onde militam, a par e par, autoridade e responsabilidade, credibilidade e confiança.

---

\* Advogado.

### III

Julgar e decidir casos judiciais é um exclusivo de juízes.

Mas não prescinde do inestimável contributo de magistrados do Ministério Público, de advogados, de polícias, de intérpretes e tradutores, de funcionários, de arguidos, de vítimas, de assistentes, de lesados, de demandantes, de demandados, de testemunhas, de peritos, de consultores técnicos e de outros intervenientes processuais.

Todos diferentes. Todos importantes. Cada um do seu género e com o seu género. Cada um com a sua essência humana matricial e com a sua mutável circunstância familiar, social, profissional, histórica e temporal.

Conhecer a lei é básico. Saber Direito exige-se. Ser culto e justo é requisito. Saber ouvir é essencial. Saber sentir, também. E decidir. Sentir e decidir apesar do género... e ser sensível ao género... ao seu e ao do outro.

### IV

Julgar e decidir casos judiciais é fazê-lo no seu género e independentemente do seu género. É fazê-lo independentemente do género dos visados. Este é um imperativo ético. E uma missão diária, difícil e interminável. Um grande desafio e uma honra. Uma enormíssima responsabilidade e um peso.

As clivagens, as roturas, as assimetrias, as acentuações das diferenças, e mesmos os abusos e as violências, não podem ser excludentes, nem discriminatórias. Até a discriminação positiva tem que ser vista com um especial cuidado para que não signifique discriminação negativa, ou possa em tal, de algum modo, redundar.

Julgar com perspectiva de género é algo que se impõe a qualquer um dos géneros. Que se deve abstrair do seu. E que deve pensar no outro.

Mas que não se julgue nunca nem decida por causa e apenas por causa de qualquer um dos géneros. São de condenar todos os enviesamentos, todas as imposições, todas as pré-compreensões ou juízos unívocos... e também assim é com os juízos de género.

### V

A constitucionalidade do acto de julgar como acto soberano e legitimado pela lei e pela justiça parte precisamente da abstracção e da generalidade. Não do género masculino e/ou do género feminino ou de qualquer outra diferença ou destriça que redunde em imperativo categórico não fundado na igualdade fundamental ou justificado por uma diferença real.

A construção da igualdade não pode assentar num qualquer *super* juízo ou num *infra* juízo mais ou menos feminino ou masculino. Há que compreender, antes de julgar e decidir, a pessoa e a sua circunstância.

Com excepção de situações particulares, na magna consideração dos direitos fundamentais da pessoa não deverão sobrepor-se elementos de género.

Todas as pessoas, independentemente do género, têm direito à vida, à liberdade, à integridade física e moral, ao respeito, à segurança, à autodeterminação sexual, à justiça, etc. E cada caso é um caso.

A circunstância de cada pessoa e a actividade de julgamento dos actos ou consequências dos mesmos é que têm que ser concreta e individualmente ponderadas, aferidas criticamente no juízo factual e jurídico e devidamente ponderadas no equilíbrio simbólico, pedagógico e reparador da decisão.

## VI

E aí, na confluência dos factos apurados com o direito constituído, das circunstâncias essenciais e acidentais com a lei e a jurisprudência, o género é, ou pode ser, muitíssimo relevante. Não como factor de distinção, mas como factor de compreensão. Não, na sua singeleza, como dirimente, agravante ou atenuante, que pode excepcionalmente ser, mas como privilegiado vector de observação, que tem sempre que ser... e dever ser.

Não deve, por si só, o género, ser indutor de qualquer benefício ou causador de algum prejuízo, mas deve actuar como catalizador de uma boa e adequada decisão concreta que tenha em conta todos os factores relevantes, incluindo... o género, se for esse o caso.

## VII

Deve o juiz, ou a juíza, na sua busca da verdade processualmente admissível e de completude de um bom juízo ou de uma boa decisão, procurar encontrar a informação, o conhecimento e a sabedoria, busca sempre temperada por valores que transcendem as meras dogmática jurídica e técnica processual, ou seja, os valores da humanidade, da qualidade, da acessibilidade, da eficiência e da equidade.

E por tudo isto, independentemente do género, a imprescindível arte de julgar exigirá, como exige sempre, o exercício de faculdades de inteligência, de argúcia e de bom senso, temperadas sempre pelas virtudes da prudência e da clarividência, para poder distinguir a verdade da mentira, o bem do mal, o criminoso do inocente, o essencial do acessório, o intencional do acidental, o previsível do imprevisível, o exigível do inexigível, enfim a negligência inadmissível do simples erro compreensível, erro que nos acompanhará até ao fim dos tempos, homens e mulheres, juízes e juízas, magistrados e magistradas, advogados e advogadas.

A palavra aos oradores e às oradoras, a quem se agradecem os doutos contributos que nos enriquecerão e nos permitirão vislumbrar, discutir e afirmar o essencial e aceitar o acessório: o justo e a justiça na sua unidade indissociável entre si e com o ser humano e a defesa e promoção da sua dignidade, liberdade, igualdade e pleno desenvolvimento em sociedade, são fulcrais; o género só é relevante para afirmar a *unidade na diversidade*.

# Julgar com perspetiva de género

*Judite Babo*



CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

**MODERAÇÃO – Judite Babo\***

Os magistrados judiciais julgam apenas segundo a Constituição e a lei e não estão sujeitos a ordens ou instruções, salvo o dever de acatamento pelos tribunais inferiores das decisões proferidas, em via de recurso, pelos tribunais superiores.

O dever de obediência à lei compreende o de respeitar os juízos de valor legais, mesmo quando se trate de resolver hipóteses não especialmente previstas (artigo 4.º do EMJ).

Por sua vez, a autonomia constitucionalmente consagrada da magistratura do ministério Público é condição indispensável da independência sem restrições do poder judicial, libertando-o da pressão dos interesses do executivo e sendo indirectamente garante da igualdade dos cidadãos perante a lei.

**Segundo Cunha Rodrigues**, as atribuições do M.ºP.º visam, nas democracias modernas, quatro grandes objetivos:

- A promoção e defesa da legalidade;
- A defesa da sociedade contra o crime;
- A realização do princípio da igualdade ao acesso ao direito e à justiça;
- A defesa da independência dos tribunais;

Deste modo, só o respeito pelos princípios democráticos, nomeadamente os de sede constitucional, devem presidir à actuação do Ministério Público.

Partindo da consagração constitucional da independência do poder judicial e da autonomia do Ministério Público, importa então abarcar o conteúdo constitucional do princípio da igualdade consagrado no artigo 13.º da CRP e entender de que forma esse princípio estruturante de uma sociedade democrática se impõe aos tribunais e às suas decisões, considerando a perspetiva de género.

**O princípio da igualdade consagrado na CRP (artigo 13.º) estabelece que,**

«Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual».

Assim,

---

\* Procuradora da República, Coordenadora da Secção especializada de Violência Doméstica e Crimes Afins e Criminalidade Violenta – DIAP de Vila Nova de Gaia.

**Não se descrimine para discriminar!**

**Trate-se igual o que é igual;**

**Trate-se diferente o que é diferente;**

**Eliminem-se os critérios subjectivos-** ascendência, **sexo**, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social, orientação sexual;

Como forma de tornar efectivo o princípio da igualdade, que excluí, claramente, qualquer desequilíbrio e discriminação em razão do género, houve por parte do direito internacional- **convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação de mulheres (CEDAW); Convenção do Conselho da Europa sobre prevenção e luta contra a violência da mulher e violência doméstica- Estambul, 11-3-2011 – Declaração sobre a eliminação da violência contra as mulheres (ONU) –** e com repercussões directas na legislação nacional, a necessidade de garantir uma compensação das desigualdades fácticas de oportunidades que no caso das mulheres se traduz num caminho de proactividade no sentido de as eliminar, acumuladas ao longo dos séculos.

A desigualdade fáctica entre homens e mulheres não pode ser entendida sem o pleno conhecimento dos papéis historicamente e culturalmente impostos à mulher, produto de uma visão patriarcal das sociedades, e com reflexo em todas as vertentes da vida, familiares, amorosas, de trabalho, de poder, de lazer, de manifestação artística e desportiva, etc.

É verdade que o nosso legislador optou, na vertente criminal, e concretamente no crime de violação doméstica e crimes sexuais por uma neutralidade de género, em termos do(a)s possíveis ofendidos e ofendidas, aí prevista(o)s, mas também é indesmentível que os tribunais se deparam em tal tipo de criminalidade com uma inegável incidência de género, sendo as vítimas maioritariamente ( em percentagem superior a 85%) do sexo feminino.

A motivação revelada em muitos dos comportamentos criminosos protagonizados pelo homem/agressor contra a mulher/vítima espelham o pré-juízo sobre esses modelos de definição de género, alicerçados na premissa de que há coisas que a mulher não faz, que há coisas que a mulher obrigatoriamente faz, que há outras sobre as quais ela não deve opinar ou decidir e ainda outras, fora do seu domínio, que ainda assim, delas deverá ser penalizada.

Ignorar esta realidade é diminuir a capacidade de julgar com imparcialidade e com justiça no caso concreto.

Tentar perceber a dinâmica de um casal heterossexual, em contexto de coabitação ou não, ignorando o contexto histórico e social da mulher no mundo, no sentido da sua desigualdade fáctica perante o homem, é amputar a capacidade de avaliação crítica da produção de prova em julgamento, considerando que em muitos casos a mesma assenta primordialmente no depoimento da mulher/vítima.

O crime de violência doméstica que protege essencialmente o bem jurídico da dignidade humana e que se consuma, em muitas circunstâncias, na violência psicológica exercida sobre a vítima, colocando em causa a sua identidade, a sua auto-estima, a sua privacidade, a sua liberdade pessoal, a sua saúde mental, assume-se num “mostruário” por excelência da discriminação de género, sendo recorrente a humilhação infligida às mulheres/vítimas sobre o seu aspecto físico, a sua idade, as suas aptidões para os trabalhos domésticos e a secundariedade do trabalho fora de portas e a sua suposta serventia para a satisfação sexual do parceiro/masculino.

As humilhações e insultos trocados são recorrentemente ligados – *seja qual for a condição económica, social e académica dos agressores e vítimas/ e autonomia destas* – ao aspecto físico da mulher, na sua vertente de objecto de satisfação sexual do homem e da vaidade masculina perante terceiros sobre os seus atributos de beleza física.

Por outro lado, as limitações à liberdade pessoal se ligam essencialmente ao controlo sobre a interação das vítimas/mulheres com outros homens, seja em que circunstâncias for, ou em sítios onde supostamente possam ocorrer encontros com homens, desconhecidos do agressor.

Também nos crimes sexuais a vítima/mulher é vista pelo agressor numa representação objectivada de satisfação sexual, sendo inequívoco que nesse tipo de criminalidade ainda existe uma tendência, uma tentação, quase um impulso atávico por parte do agressor, e mesmo das pessoas que o rodeiam, e por vezes até das pessoas que rodeiam a própria vítima, de efectuar um julgamento moral do comportamento da vítima/mulher, fundado em pré-juízos sobre a inadequação de certos actos, interpretados como sedutores e tentadores do homem, e justificadores de uma “animalidade”, ainda frequentemente associada às necessidades sexuais do homem/agressor, compreendidas como incontroladas por esse impulso de masculinidade.

Esta compreensão dos fenómenos associados a este tipo de criminalidade não inverte ou desvirtua a actividade de julgar mas ao contrário fortifica-a, criando mecanismos de garantia de que o princípio da igualdade protagonizado pela Constituição é respeitado, percebendo-se o que é diferente e as razões que sustentam a diferença, e reequilibrando-as na apreciação crítica a efectuar aos comportamentos humanos com cariz criminoso que possam estar em causa.

A este propósito se pode ainda chamar à colação a necessidade recente de alargamento da previsão normativa do crime de importunação sexual (artigo 170.º do Código Penal), não obstante alguma doutrina alertar para o eventual risco de banalização do direito penal como ultimo ratio de intervenção.

No entanto, nenhuma dúvida poderá existir, mesmo para os mais puristas do direito penal, que a criminalização autónoma da mutilação genital feminina (artigo 144.º-A do Código Penal), é o reconhecimento absoluto de que a condição de **mulher** ainda é justificadora de tal comportamento para algumas sociedades, conduta essa que viola e ofende a mulher/vítima na sua identidade biológica, física, psicológica, emocional, conceptual.

Ou seja, mais uma vez caberá ao julgador captar toda a génese protectora do bem jurídico ligada à preservação da integridade física e psicológica da mulher e da sua dignidade como tal e interiorizar que essa dignidade só será verdadeiramente reposta se a vítima for compreendida na sua identidade de género.

Apesar de existir uma marcante incidência das questões de género na vertente criminal, também a mesma assume particular acutilância nas questões familiares e nas questões de regulação das responsabilidades parentais, destacando-se neste último aspecto um longo caminho entre o inequívoco reconhecimento legal da paridade dos papéis do pai e da mãe relativamente aos poderes/deveres a exercer na educação dos filhos e a sua concretização na prática.

Mas é ainda no mundo laboral que a igualdade de género se revela em muito desalinho, com contornos de grande evidência na ocupação dos cargos de chefia, onde prepondera a discricionariedade de escolha de currículos em detrimento das candidatas/mulheres, na dificuldade de opção e acesso das mulheres a determinadas profissões, no assédio sexual maioritariamente dirigido às mulheres/trabalhadoras/ dependentes, e no direito inequívoco do exercício pleno da maternidade que empurra muitas mulheres para a precariedade no emprego, sendo também o acto de julgar um factor corrector das desigualdades fácticas que se vão denunciando e que ainda continuam a ser uma realidade.

Por outro lado, e ao nível dos aplicadores do direito, existe felizmente um reconhecido esforço e proatividade, nomeadamente, por parte da PGR, de investimento na especialização dos seus operadores, na linha do que vem sido defendido por muitos pensadores, dos quais se destaca a Sra. Procuradora-adjunta, Dra. Rita Sousa, na sua tese de Mestrado “ Introdução às Teorias Feminista do Direito”.

\*

E como a poesia, também é uma forma de denúncia das desigualdades, finalizo este pequeno texto introdutório à temática da nossa formação, com poema alusivo à mulher, do poeta José Carlos Ary dos Santos,

### MULHER

A mulher não é só casa  
mulher-loiça, mulher-cama  
ela é também mulher-asa,  
mulher-força, mulher-chama  
E é preciso dizer  
dessa antiga condição  
a mulher soube trazer  
a cabeça e o coração  
Trouxe a fábrica ao seu lar  
e ordenado à cozinha  
e impôs a trabalhar  
a razão que sempre tinha

Trabalho não só de parto  
 mas também de construção  
 para um filho crescer farto  
 para um filho crescer são  
 A posse vai-se acabar  
 no tempo da liberdade  
 o que importa é saber estar  
 juntos em pé de igualdade  
 Desde que as coisas se tornem  
 naquilo que a gente quer  
 é igual dizer meu homem  
 ou dizer minha mulher

\*

#### Oradoras convidadas (parte da tarde):

##### ***Julgar no feminino ou simplesmente julgar...***

Isabel Marques da Silva, Juíza Conselheira do Supremo Tribunal Administrativo.

Isabel Marques da Silva (n. 30-07-1970), Juíza Conselheira da Secção de Contencioso Tributário do Supremo Tribunal Administrativo (desde 25 de Fevereiro de 2009), tendo sido até essa data assistente da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, assumindo as regências das disciplinas de Direito Fiscal, Finanças Públicas, Processo Tributário e Infracções Fiscais na licenciatura, Mestrados e Pós-Graduações. Licenciada em Direito (1993) e Mestre em Ciências Jurídico - Económicas (1998) pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Membro da Direcção da Associação Fiscal Portuguesa (AFP) e associada do Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal (IDEFF) e do Instituto Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Membro da comissão de redacção da Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal. Autora de vários trabalhos publicados na área do Direito Fiscal, com particular incidência nos temas das infracções tributárias e do processo tributário.

\*

##### **Violência e crimes sexuais: representações e práticas judiciais!**

**Isabel Ventura, Socióloga e Investigadora do CEMRI - Centro de Estudos das Migrações e das Relações Interculturais da Universidade Aberta,** Isabel Ventura (Lisboa, 1975) doutorou-se na Universidade do Minho, com uma tese sobre crimes de violação.

É mestre em Estudos sobre as Mulheres (Universidade Aberta), tendo apresentado nesse contexto a tese que deu origem ao livro *As Primeiras Mulheres Repórteres* (2012, Tinta-da-china), e licenciada em Jornalismo pela Universidade de Coimbra.

É investigadora do Centro de Investigação em Ciências Sociais (CICS) da Universidade do Minho, e membro do Centro de Estudos das Migrações e das Relações Interculturais (CEMRI) da Universidade Aberta.

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

# 1. Direitos humanos, género e igualdade

*Clara Sottomayor*



CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## 1. DIREITOS HUMANOS, GÉNERO E IGUALDADE <sup>1</sup>

Clara Sottomayor\*

1. Introdução: O sujeito contextualizado em função do género
  2. Perspetiva de género na violência doméstica e na violência sexual
    - 2.1. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH)
    - 2.2. Violação e coação sexual no direito penal nacional
  3. Perspetiva de género na criminalização do lenocínio
  4. Maternidade e paternidade nas decisões de guarda de crianças: estereótipos de género e interesse das crianças
- Vídeo

### 1. Introdução: O sujeito contextualizado em função do género

Na moderna ciência jurídica, o sujeito de direitos deixa de ser uma noção abstrata, sem idade, género, raça e estatuto económico-social, passando a ser a pessoa humana contextualizada. Esta nova conceção, que atende às diferenças de determinados grupos de pessoas em relação a um paradigma dominante, opera uma fragmentação do conceito de sujeito de direito, que passa a ser dividido em categorias carecidas de uma proteção especial: os pobres, os trabalhadores, os homossexuais, os consumidores, as pessoas idosas, as mulheres vítimas de violência, as pessoas portadoras de deficiência, as crianças, a população prisional, os imigrantes, os refugiados.

A noção de direitos humanos, enquanto direitos básicos da pessoa humana, decorre do princípio da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, segundo o qual “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”. Contudo, urge questionar que direitos são esses, qual o seu conteúdo, como se posicionam as mulheres em relação a eles, e saber se é possível a sua reconceitualização a partir de uma perspetiva de género<sup>2</sup>.

A construção dogmática dos Direitos Humanos evoluiu de uma conceção individualista e universal destes direitos, para uma construção que tem em conta as especificidades provenientes da realidade em que vivem os grupos e as comunidades coletivas, passando a falar-se dos direitos humanos dos povos indígenas e das minorias, bem como de categorias específicas das populações marginalizadas ou oprimidas: aqui se incluem, entre outros grupos, as mulheres, que constituem a maioria da população mundial, atravessando todos os povos e culturas, nacionalidades e etnias. A construção da igualdade substancial ou de facto, porque aquela que é meramente formal perpetua o sistema de desigualdades estruturais e históricas, exige à comunidade internacional e aos Estados um compromisso ativo com a reversão da situação de subordinação em que as mulheres viveram e vivem ainda em todo o mundo, mesmo na Europa, onde são o alvo preferencial de violência doméstica e sexual, entre outras formas de discriminação laboral, social, familiar e institucional.

<sup>1</sup> Comunicação efetuada em 30 de janeiro de 2019 no CEJ no Seminário «Julgar com perspetiva de género – entre a constitucionalidade e a igualdade».

\* Juíza do Supremo Tribunal de Justiça.

<sup>2</sup> Cf. ELIZABETH JELIN, «Mulheres e Direitos Humanos», *Estudos Feministas*, N.º 1/1994, pp. 11 e seguintes.

O sistema patriarcal remonta a pelo menos a 5000 anos atrás da nossa época, constituindo o Código de *Hammurabi* da Antiga Mesopotâmia o primeiro livro de leis escrito, que não reconhecia às mulheres um estatuto jurídico independente, de pessoa autónoma, concebia o casamento como uma transferência entre grupos da propriedade sobre a capacidade reprodutiva das mulheres e a violação dentro do casamento não era crime. Ainda hoje as principais vítimas de violência doméstica são mulheres. A grande maioria das vítimas de abuso sexual de crianças e de violação são do sexo feminino. A taxa de pobreza das mulheres é superior à dos homens, ocupando estas, em maior número, as situações de trabalho em tempo parcial, profissões menos remuneradas, e são pagas, mesmo nas profissões qualificadas, com salários mais baixos do que os homens para o mesmo trabalho.

Na aplicação do direito com perspetiva de género, questiona-se, portanto, a definição individualista e universal dos direitos humanos, e denuncia-se a sua identificação com os valores ocidentais e masculinos, pretendendo inserir-se no seu conteúdo o contexto das relações de género. A ênfase na norma da igualdade reforça uma conceção baseada no direito universal natural, segundo a qual «todos os seres humanos são iguais por natureza». Ora, na realidade social, os indivíduos não são iguais e os seus direitos não podem ser isolados das estruturas sociais em que vivem. Os direitos humanos têm uma dimensão de historicidade incompatível com a ideia de referências naturais e universais, acima do tempo e do espaço. Verifica-se, pois, uma tensão entre o princípio da igualdade e o direito à diferença, necessitando as mulheres de direitos iguais aos dos homens, mas reivindicando também um tratamento diferenciado que valorize as especificidades das mulheres, nomeadamente, em relação à maternidade. Esta afirmação da diferença traz consigo, contudo, um perigo de defesa de uma visão feminina com pretensões de universalidade ou de essencialismo. Daí que importe salientar que existe, não um conceito universal de «mulher», mas «mulheres» portadoras de experiências e pontos de vista distintos, e que dentro do mesmo grupo se verificam, por exemplo, diferenças de raça, classe, idade, nacionalidade, religião, etnia, tornando-se necessário proceder a uma incorporação de múltiplas perspetivas e à interseção das diferenças e das relações de poder intrínsecas às diferenças.

Neste quadro, o discurso dos direitos tem uma importante força simbólica e valorativa, chamando a atenção para os indivíduos e grupos marginalizados e para pontos de vista alternativos, eliminando a falsa pretensão de que já gozam de igualdade e de liberdade. Mas é importante que este discurso não seja centrado no sujeito universal e neutro, mas que defenda a questão da igualdade de direitos no contexto das relações sociais onde se manifestam as diferenças de poder.

O método jurídico do estudo de questões de direitos humanos deve ser um método que parte da realidade em que vivem as pessoas, caso contrário, os métodos tradicionais, de carácter conceitual e lógico-dedutivo, contêm o perigo de ocultação ou negação das diferenças e de formalização excessiva dos direitos. Em última análise, todos os sujeitos são iguais em direitos e deveres e este conceito formal de igualdade seria suscetível de resolver todos os problemas jurídicos e sociais, por si mesmo, como se de uma varinha de condão se tratasse, insensibilizando os juristas para as várias desigualdades de facto verificadas na sociedade.

A mentalidade jurídica dominante, tal como formatada nas universidades e em todas as escolas profissionais de direito (advocacia, magistratura), profundamente marcada pelo legalismo positivista, segundo o qual para cada problema jurídico só existe uma solução possível – a que o juiz ou o jurista “descobre” como se fosse um oráculo – analisa o princípio da igualdade em ligação com uma ideia cega de neutralidade, que não vê nem pondera as diferenças, nomeadamente, diferenças de poder históricas entre os indivíduos.

As teorias feministas do direito representam uma importante crítica ao paradigma dominante que tem colocado, sob a capa do universalismo, os homens como o ponto de referência do pensamento jurídico, transformando as mulheres em “diferentes” ou “invisíveis” e excluindo-as do poder de definição das normas, no duplo sentido de exclusão dos poderes do Estado (e de serem ainda hoje, no mundo ocidental, um grupo minoritário dentro do poder legislativo e executivo do Estado), e de invisibilização da sua experiência do conteúdo da lei e das decisões judiciais, que refletem apenas (ou de forma predominante) a experiência e a perspetiva dos homens. O direito, sob uma neutralidade aparente, reflete a experiência e o ponto de vista dos homens, visando o feminismo corrigir essa desigualdade histórica e propor um sistema de referência em que as mulheres, as suas experiências e visão do mundo são validadas, a par ou lado a lado com a experiência dos homens.

O conceito de género, como uma categoria socialmente construída, que impõe aos homens e às mulheres funções distintas na sociedade, remetendo as mulheres para o espaço privado e concentrando nos homens o poder político e económico, permite fazer luz sobre as diferentes realidades em que vivem homens e mulheres, e contextualiza os direitos nos sistemas de relações sociais, onde se manifestam as diferenças de poder.

O «género» refere-se aos papéis, aos comportamentos, às atividades e aos atributos socialmente construídos que uma determinada sociedade considera serem adequados para mulheres e homens. Num sistema patriarcal de sociedade e de família, o dominante no mundo, embora em diferentes graus de intensidade, as tarefas, as funções e a noção de identidade de cada um dos sexos estão definidas de uma forma distinta e oposta, sendo que as posições de poder, de privilégio e autoridade pertencem aos elementos masculinos, nos domínios da família, do poder político e do poder económico, estando os recursos e a propriedade concentrados nas mãos dos homens. Mesmo nas sociedades democráticas e igualitárias, verifica-se uma discrepância entre mudanças legislativas e práticas sociais, subsistindo um patriarcado implícito, baseado nos costumes e nas tradições, que influencia o conhecimento e a ciência, impregnando todas as ideologias, instituições e culturas.

Dada a insuficiência normativa da DUDH para atender às concretas e específicas situações de vida das mulheres, a comunidade internacional contemplou em convenções internacionais as especificidades dos direitos humanos das mulheres, obrigando-se os Estados Parte a tomar, entre outras, todas as medidas apropriadas para modificar os padrões socioculturais e eliminar os preconceitos, os costumes e as tradições e qualquer outra prática que se funde na ideia de

inferioridade das mulheres ou no papel estereotipado dos homens e das mulheres<sup>3</sup>: Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres (Nações Unidas, 1979); Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra as mulheres (Convenção de Belém do Pará, 1994), Protocolo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos sobre os Direitos das Mulheres em África (Protocolo de Maputo, 2003) e a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica (Convenção de Istambul, 2011).

A discriminação, que, por razões históricas e culturais, marca a vida das mulheres, também afeta as crianças, sendo que mulheres e crianças estiveram e estão, ainda, em muitas partes do mundo, sujeitas ao domínio patriarcal dos homens, seus pais ou maridos, numa lógica semelhante aos direitos de propriedade sobre bens materiais.

No domínio dos Direitos das Crianças, a comunidade internacional também reconheceu a insuficiência normativa da DUDH, tendo as Nações Unidas elaborado a Declaração dos Direitos das Crianças de 1959, com o objetivo de realizar as necessidades das crianças como seres humanos em desenvolvimento, e a Convenção sobre os Direitos das Crianças (1989), que marcou a passagem da visão das crianças como objeto de políticas sociais de proteção para o seu estatuto como pessoas capazes de autodeterminação e titulares de direitos de participação.

No elenco dos direitos fundamentais da Constituição formal não estão incluídos expressamente os direitos humanos das mulheres enquanto direitos reportados à situação ou realidade específica em que vivem, nomeadamente, à sua situação de vítimas efetivas ou potenciais de violência. A Constituição consagra os direitos de que é titular a pessoa humana, neutra em relação ao género, ou o sujeito universal, como é a nossa tradição jurídica e tem sido elemento caracterizador da nossa legislação.

Contudo, os direitos fundamentais não são apenas aqueles que as normas formalmente constitucionais enunciam; são ou podem ser também direitos provenientes de outras fontes, na perspetiva mais ampla da Constituição material, nomeadamente de tratados internacionais que vinculam o Estado português (artigo 16.º da CRP), em especial, os que consagram catálogos de direitos, como é o caso da Convenção sobre os Direitos das Crianças, da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres, e também da Convenção de Istambul, como é designada a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e à Violência Doméstica (ratificada por Portugal em 21 de Janeiro de 2013).

As regras e princípios de direito internacional valem como elementos de interpretação da norma constitucional nacional aplicável, servindo de critério de orientação no processo de densificação das disposições da Constituição, podendo contribuir para o alargamento do conteúdo de determinado princípio ou direito fundamental previamente consagrado na Lei Fundamental, ou para o reconhecimento de direitos fundamentais novos.

<sup>3</sup> Cf. MARIA TERESA FÉRIA DE ALMEIDA, «Se as mulheres fossem seres humanos», *Julgar*, N.º 22, 2014, pp. 103 e seguintes.

## 2. Perspetiva de género na violência doméstica e na violência sexual

A dicotomia entre a esfera pública e a privada está relacionada com a perspetiva de género, na medida em que tradicionalmente os direitos fundamentais eram direitos civis e políticos dos indivíduos, situados na esfera pública e traduzindo uma relação entre indivíduo e Estado. Diferentemente, os direitos específicos das mulheres e das crianças precisam de ser feitos valer, não só contra o Estado, mas também na esfera privada das relações familiares, aquela em que são violados e desrespeitados. Tendo sido, historicamente, a violência no seio da família encoberta pela ideia de privacidade, verifica-se, hoje, uma necessidade de intervenção do Estado na vida familiar através de um conjunto de medidas positivas de proteção das vítimas de violência e de punição efetiva dos agressores de mulheres e de crianças.

Contudo, as violações dos direitos das mulheres na esfera privada das relações familiares ou em contextos íntimos definidos como vida quotidiana, não eram abarcadas pelos direitos oponíveis contra o Estado na esfera pública.

A violência doméstica criou a necessidade de configurar a intervenção do Estado noutros moldes, fazendo-a entrar na família e na vida pessoal das mulheres. A privacidade não pode justificar a impunidade legal (ou judicial) da violência praticada em contextos íntimos. Se é certo que os sujeitos passivos do tipo legal de crime de violência doméstica, são, não só as mulheres em relação de conjugalidade ou de namoro com o agente do crime, mas também homens (sobretudo, nas relações entre pessoas do mesmo sexo), ou pessoas particularmente indefesas em razão da idade, deficiência, doença, gravidez ou dependência económica, as estatísticas oficiais do Estado demonstram que a maioria das vítimas, aproximadamente 90% são mulheres, e que a maioria dos agressores é do sexo masculino (cf. Relatório de Segurança Interna 2018). Esta conclusão de que as mulheres são as principais afetadas tem conduzido a que a violência doméstica seja designada como violência de género, por atingir, de forma desproporcionada, as mulheres, pelo facto de o serem, independentemente de qualquer causa de vulnerabilidade.

A violência de género engloba, assim, todas as formas de violência (física, psíquica, sexual, patrimonial ou institucional) exercida por homens sobre mulheres, pelo facto de o serem e pela posição social de subordinação que estas ocupam, em sociedades, expressa ou implicitamente patriarcais, em função da sua condição de mulheres.

De acordo com esta tendência para particularizar os direitos humanos fundamentais, segundo a realidade social em que estão inseridos os seus titulares, a lei processual penal, em grande medida em virtude de obrigações internacionais e comunitárias assumidas pelo Estado português, reconhece que as mulheres e crianças vítimas de criminalidade violenta (vítimas de violência doméstica e de tráfico de pessoas, e de crimes contra a autodeterminação sexual) são titulares de direitos específicos no processo penal, que podem implicar restrições dos direitos dos arguidos, p. ex. a natureza urgente dos processos crimes de violência doméstica; a validade das declarações da vítima para memória futura como meio de prova; a obrigação de ouvir a criança para memória futura e de gravar o seu depoimento; o direito de depor sem a presença do arguido; a possibilidade de detenção do suspeito, fora de flagrante delito, para

proteção da vítima; a recolha da prova em 72 horas e a aplicação urgente de medida de coação.

O legislador tomou em conta que, de um modo geral, a vítima de violência doméstica, pelo contexto relacional em que se encontra, de proximidade espacial e dependência económica e/ou emocional do agente, contexto que frequentemente se mantém no decurso do processo, fica especialmente exposta às consequências da sua duração, não sendo raras as situações de reiteração ou agravamento das condutas agressivas, exacerbadas pela própria pendência do litígio judicial, incluindo femicídios em situações com prévia denúncia ao sistema de justiça penal.

Apesar da existência de leis que punem a violência doméstica e garantem medidas de assistência e proteção às vítimas, no quadro judiciário da violência doméstica verifica-se uma invisibilidade das crianças que assistem à violência familiar, que não beneficiam expressamente de um estatuto de vítimas, as medidas de coação têm-se revelado ineficazes, e a taxa de penas de prisão suspensas na sua execução tem sido superior a 90%.

A violência doméstica é crime público, mas depois acaba por ser tratada como um conflito, em que vítima e agressor são vistos como sujeitos em pé de igualdade, ambos carecendo de apoio do Estado. Tem-se entendido que a repressão penal assume aqui um carácter secundário. A aplicação da medida de coação de prisão preventiva representa uma percentagem mínima da totalidade das medidas de coação aplicadas, mesmo entre os casos de violência mais grave<sup>4</sup>. O sistema centra-se na assistência à vítima, fazendo recair sobre esta o ónus da mudança de residência para fazer face ao perigo de revitimização ou de perda da vida. O recurso à institucionalização em casas abrigo é necessariamente acompanhado da desinserção social, escolar e profissional da mulher e dos filhos, arrastando danos psico-sociais para estes.

O sacrifício ou o custo imposto às vítimas como a contrapartida da sua proteção, para manter a liberdade do agressor, inflige sobre estas uma revitimização, ferindo, por isso, os sentimentos de justiça da comunidade. Por outro lado, este sistema não tem funcionado, continuando a existir casos de mulheres assassinadas após a apresentação da denúncia ao sistema penal. Torna-se necessário repensar o sistema e reprimir, de forma imediata, o comportamento do agressor através do Direito Penal, não se compreendendo um sistema que aplica penas de prisão efetivas a autores de pequena criminalidade patrimonial, só porque

<sup>4</sup> Defendendo que o tipo legal de violência doméstica integra o conceito de criminalidade violenta e que é legalmente possível o recurso à medida de coação de prisão preventiva, *vide* o acórdão TRL 12-10-2017 (proc. n.º 89/17.3PGOER-A.L1-9), em cujo sumário pode ler-se o seguinte: «I - O crime de violência doméstica integra o conceito de criminalidade violenta. II - Socialmente os casos de violência doméstica encontram uma crescente reprovação não só pela consciência do seu elevado número, mas também pela interiorização de que as suas vítimas são normalmente pessoas indefesas merecendo por isso a mais ampla protecção humanitária e jurídica. III - Os crimes relacionados com a violência doméstica caracterizam-se por serem cíclicos e de intensidade crescente, sendo que a médio prazo, os ciclos tendem a repetir-se e a ser cada vez mais próximos entre si, aumentando igualmente a gravidade das condutas até aos desfechos trágicos, razão pela qual está sempre presente um intenso perigo de continuação da actividade criminosa.»

reincidente, e deixa sistematicamente em liberdade os autores de criminalidade violenta em contexto familiar.

A exigência de aumento da moldura penal ou de restrição do poder discricionário do juiz na decisão da suspensão da execução da pena não pode ser considerada uma forma de populismo penal. Estas medidas devem ser vistas como necessárias para traduzir a primazia dos bens jurídicos pessoais sobre os bens jurídicos patrimoniais, que caracteriza as sociedades democráticas, bem como a coerência axiológica das normas penais e da política criminal. Uma moldura penal abstrata de 1 a 5 anos, dada a gravidade dos comportamentos abrangidos pela incriminação e a essencialidade dos bens jurídicos afetados para a sobrevivência da comunidade – o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, a igualdade de género, o direito à integridade pessoal e à autonomia (e não meramente a saúde, a integridade física ou o bom nome) – não traduz o juízo de desvalor ético-jurídico dos factos, que, apesar de integrarem o conceito de criminalidade violenta, são tratados, pela lei e por alguma jurisprudência, como «pequena criminalidade». Note-se que o facto de a pena concreta ser inferior a 5 anos não impõe a suspensão da pena de prisão, pois a lei, no artigo 50.º, n.º 1, do CP, confere ao juiz um poder de avaliação da gravidade dos factos, da personalidade do agente, da conduta anterior e posterior ao crime e circunstâncias do mesmo e das necessidades de prevenção especial e geral, não sendo imperativa a suspensão de penas de prisão inferiores a cinco anos. No mesmo sentido, as condenações por crime de abuso sexual de crianças apresentam uma taxa de suspensão da pena de prisão muito elevada, superior a 50% dos casos. Mais uma vez, é pertinente observar que esta aplicação do artigo 50.º do CP não é imposta pela lei, nem sequer nos casos em que o agente é primário, isto é, não sofreu condenações anteriores, mas trata-se antes do fruto de uma prática judiciária, que urge repensar e questionar<sup>5</sup>. Mais uma vez a crítica à frequência com que é aplicada a suspensão da execução da pena de prisão não decorre de qualquer populismo penal ou excesso de emoção, mas de conhecimentos científicos sobre o grau de culpabilidade do agente, sempre elevado, dada a natureza necessariamente premeditada do crime, e sobre os danos psíquicos causados às vítimas, amplamente descritos na literatura, como o stress pós-traumático e a dissociação da personalidade, vividos pelas vítimas de violência doméstica e sexual tal como pelas vítimas de tortura e os sobreviventes do holocausto ou da guerra<sup>6</sup>.

O discurso anti-prisão faz todo o sentido para justificar medidas alternativas ou de substituição da pena de prisão para os casos de pequena criminalidade patrimonial, pequeno tráfico de droga associado ao consumo, crime de condução sem carta ou para os casos de penas de multa, que, por não serem pagas, a lei converte em penas de prisão. Aliás a maioria da população prisional são indivíduos do sexo masculino, pobres e desinseridos socialmente, muitos deles sem família e que já viveram em instituições, durante a infância e juventude. É

<sup>5</sup> Neste sentido, na jurisprudência, admitindo que as circunstâncias de o arguido não ter antecedentes criminais e de ser profissionalmente inserido não assumem particular relevo, pois o agente utilizou de violência física e psíquica, repetidamente, sobre a vítima, demonstrando o seu comportamento que as finalidades de prevenção especial não podem ser atingidas através de uma pena suspensa, *vide* acórdão TRL 21-03-2019, proc. n.º 974/160PEOER.L1-9).

<sup>6</sup> Cf. DANIEL GOLEMAN, *Inteligência Emocional*, tradução portuguesa, 1996, pp. 224-225; JUDITH HERMAN, *Trauma and Recovery : The Aftermath of Violence-From Domestic Abuse to Political Terror*, Basic Books, 1992, 1997, pp. 96-114.

em relação a estes grupos que deve ser repensado o sistema penal e prisional, por para estes ser decisiva a reinserção social e não a estigmatização de uma pena de prisão. Contudo, como também o TEDH tem reconhecido, as penas privativas da liberdade aplicadas a agressores de mulheres e de crianças têm o importante efeito positivo de permitir às vítimas refazer a sua vida e recuperarem das sequelas psicológicas da violência, sobretudo tendo em conta que, nos casos de violência doméstica, os agressores continuam a perseguir as vítimas.

Para combater a criminalidade violenta, que afeta de forma profunda e frequente a integridade pessoal e a liberdade das vítimas, pondo em perigo a sua vida, seja devido ao risco de femicídio, seja porque as mulheres são sujeitas a perseguições e a tortura, quando tentam romper a relação, ficando impedidas de recuperarem a sua autodeterminação e de fazerem projetos de vida, é importante a privação da liberdade dos agressores condenados.

A relevância do problema da violência doméstica para a comunidade nacional é assumida na lei, pela criação de um estatuto particular de vítima e pelo estabelecimento de um “Plano Nacional Contra a Violência Doméstica”. Em 2019, devido a um aumento dos casos de assassinato de mulheres pelo companheiro ou ex-companheiro, o Estado criou uma comissão técnica multidisciplinar para a melhoria da prevenção e combate à violência doméstica (Resolução do Conselho de Ministros n.º 52/2019, de 6 de março) e estabeleceu um conjunto de medidas destinadas ao aperfeiçoamento dos mecanismos a adotar nas 72h seguintes à denúncia pela GNR, PSP e PJ, bem como um manual de atuação funcional que estabelece um conjunto de procedimentos com vista à proteção e apoio à vítima, à preservação e aquisição urgente da prova, à contenção e definição da situação processual da pessoa agressora e ao desencadeamento e articulação com os procedimentos que corram simultaneamente termos na área de família e menores (Resolução do Conselho de Ministros n.º 139/2019, 19 de agosto de 2019). Prevê-se também uma revisão do modelo de avaliação e gestão do grau de risco da vítima, incluindo indicadores relativos a crianças e jovens, e outras vítimas em situação de vulnerabilidade acrescida. Completando este processo de reconfiguração do sistema, a Lei n.º 80/2019, de 2 de setembro vem assegurar formação obrigatória aos magistrados em matéria de direitos humanos e violência de género, designadamente violência doméstica.

As normas do Código Penal e da Lei n.º 112/2009 (que consagra medidas de assistência e proteção às vítimas de violência doméstica), apesar de redigidas de forma neutra em relação ao género, são invocadas sobretudo por mulheres, por serem estas as que se encontram na situação de vitimização por violência em contexto de relações íntimas.

Estas normas, que preveem direitos específicos das vítimas de violência doméstica, não infringem o princípio da igualdade, tal como configurado no artigo 13.º, n.º 1, da CRP, pois a imposição legislativa de um regime de tramitação urgente aos processos por crime de violência doméstica, e a aplicação de medidas de assistência e de proteção às vítimas, não se baseia em motivos subjetivos ou arbitrários, nem é materialmente infundada, mas, pelo contrário, antes se harmoniza com a finalidade de proteção da vítima deste tipo de ilícito, que é um objetivo constitucionalmente legítimo. Estas normas, apesar de significarem restrições aos direitos de defesa dos arguidos, em virtude da especificidade deste tipo de criminalidade, caracterizada pela particular vulnerabilidade da vítima, não assumem um carácter

desproporcionado, suscetível de violar o artigo 18.º, em conjugação com o artigo 32.º, ambos da CRP, situando-se, pelo contrário, dentro dos limites do que é razoável, para numa lógica de concordância prática, proteger outros bens jurídicos fundamentais em conflito. Com efeito, sem pôr em causa o carácter eminentemente público e indisponível da pretensão jurídico-punitiva do Estado, a necessidade de proteção da vítima concreta e individualizada do crime é hoje considerada uma dimensão irrenunciável de uma política criminal moderna e eficaz.

As normas que visam garantir as necessidades específicas de proteção e de assistência das mulheres vítimas de violência doméstica, conferindo-lhes direitos que implicam restrições aos direitos dos arguidos respeitam, portanto, a dimensão material e axiológica do princípio da igualdade, enquanto princípio que atende às diferenças e à medida dessas diferenças, em que se pondera a perspetiva de género para compreender a posição de inferioridade social e fáctica, em que se encontram, em particular, as mulheres vítimas de violência.

### 2.1. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH)

A CEDH foi o primeiro tratado regional sobre direitos humanos que estabeleceu mecanismos de controlo e de execução, através do TEDH, responsabilizando os Estados por negligência ou incumprimento dos seus deveres de proteção das mulheres e das crianças vítimas de violência nas relações íntimas e familiares.

No que diz respeito aos direitos das mulheres, revela-se ser decisivo para a segurança das mulheres vítimas de violência e para o seu direito a uma justiça célere e eficiente, a conceção da violência doméstica e sexual como uma forma de tortura das vítimas, proibida pelo artigo 3.º da CEDH, aplicável também à violência contra as crianças. Neste âmbito, assume relevo o dever do Estado de proteção efetiva das vítimas contra atos violentos praticados por sujeitos privados em contexto de relação de intimidade. Este dever diz respeito ao Estado no seu todo, em particular, ao juiz comum que decide da aplicação das medidas de coação no processo-crime de violência doméstica, dirigidas à proteção da vida, da integridade física, psíquica e sexual das mulheres, e que implicam, simultaneamente, a necessidade preventiva ou repressiva de restringir direitos fundamentais de outros particulares (os arguidos) que perturbam ou ameaçam bens jusfundamentalmente protegidos de outro particular<sup>7</sup> – a vítima de violência.

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos conceitualiza a violência doméstica como uma forma de tortura, tratamento cruel ou degradante consoante a sua intensidade, entendendo que as vítimas de violência infligida no espaço privado merecem a proteção do artigo 3.º da CEDH, que consagra o princípio da proibição da tortura e dos tratamentos desumanos e degradantes. Esta norma exige a implementação de mecanismos penais (*Beganović c. Croácia*, § 69; *M.C. v. Bulgária*, no. 39272/98, § 151, ECHR 2003-XII) para assegurar que os indivíduos não são sujeitos a tortura, tratamentos degradantes ou desumanos, incluindo maus tratos praticados por sujeitos privados (*A. c. Reino Unido*, § 22), e

<sup>7</sup> Sobre este problema jurídico-constitucional, vide, JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais nas relações entre particulares, Do dever de protecção à proibição do défice*, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 215-228.

para reprimir a prática de atos contra a integridade pessoal. Neste contexto, os Estados membros do Conselho da Europa podem ser condenados se o sistema jurídico interno, em particular, a lei penal, não proporcionar uma proteção efetiva e prática aos direitos garantidos nos artigos 3.º e 8.º da CEDH. Esta última norma, consagrando o direito ao respeito pela vida privada e familiar, abrange também, segundo a jurisprudência do TEDH, a proteção do direito à integridade física e psíquica das pessoas.

No caso *Valiulienė c. Lithuania*, de 26-06-2013, o TEDH condenou a Lituânia por violação dos deveres positivos consagrados no artigo 3.º da CEDH, por falta de mecanismos jurídico-criminais adequados para travar a prática de ofensas contra a integridade física e psíquica de uma pessoa por outros sujeitos privados e por não ter proporcionado à vítima de violência doméstica proteção adequada, prática e efetiva, incumprindo, assim, as obrigações positivas contidas no artigo 3.º da CEDH, que exige que os indivíduos, dentro da sua jurisdição, não estejam sujeitos a tortura, tratamentos degradantes ou desumanos impostos por outros sujeitos.

No caso *Volodina c. Rússia*, de 09-07-2019, o TEDH condenou a Rússia por violação do artigo 3.º, na sua dimensão procedimental e substancial, por não ter cumprido a sua obrigação positiva de investigação efetiva de todos os atos de violência doméstica denunciados pela vítima, bem como por violação desta norma em conjugação com o artigo 14.º (proibição da discriminação), pelo facto de a recorrente, mulher vítima de violência física e psíquica, grave e continuada, incluindo ameaças de morte, da parte do seu ex-companheiro, não ter recebido proteção da polícia, que apenas se limitou a um inquérito de pré-investigação dos factos, tendo concluído que as ofensas verificadas não eram graves nem tinham uma natureza criminal, decidindo não prosseguir com a ação penal. O TEDH procedeu a uma interpretação e aplicação da Convenção sensível às questões de género, reconhecendo a natureza de tratamento desumano e degradante às ameaças e perseguições sofridas pela vítima e entendendo que as obrigações positivas do Estado, em relação à violência doméstica, abrangem o dever de prevenção, investigação efetiva dos factos e punição, bem como proteção e reparação das vítimas. O TEDH reconheceu a violência doméstica como uma forma de violência de género que atinge desproporcionadamente as mulheres, pelo facto de o serem, invocando como critério interpretativo da CEDH, a CEDAW (Convenção das Nações Unidas para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres) e o princípio de direito internacional consuetudinário, segundo o qual a violência de género contra as mulheres é uma forma de discriminação, que impede a igualdade substancial de género e perpetua a desigualdade entre homens e mulheres (n.º 111). Contudo, em declaração de voto, o juiz português Paulo Pinto de Albuquerque defendeu que o TEDH, dada a intensa gravidade dos factos, devia ter ido mais longe e classificado a violência doméstica como tortura, por estarmos perante formas graves de dor e de sofrimento deliberadamente infligidas na pessoa da vítima, pelo seu ex-companheiro, que atuou motivado por sentimentos de vingança em relação à ex-companheira, pelo facto de aquela ter rompido a relação, ameaçando-a de morte e perseguindo-a ao ponto de a recorrente ter adquirido uma nova identidade para sobreviver.

Entendeu ainda o juiz português, que o TEDH devia ter abandonado o teste do caso *Osman* para medir a dimensão positiva da obrigação de proteção do Estado, exigindo para despoletar

uma intervenção protetiva do Estado, não um risco iminente ou uma ameaça imediata para os direitos da vítima à vida, à liberdade e à integridade, mas apenas um risco atual. É que o Estado sabe ou tem o dever de saber que um segmento da população, no caso da violência de género, as mulheres, estão sujeitas a violência repetida no seu quotidiano e que basta uma ameaça do agressor, ainda que o dano não seja imediato ou iminente, para gerar medo, angústia e vulnerabilidade.

Na sua declaração de voto, o Juiz Paulo Pinto de Albuquerque defendeu que o TEDH, dadas as lacunas da legislação penal da Rússia em matéria de violência doméstica, devia ter invocado as injunções previstas no artigo 46.º da CEDH, para impor ao Estado reformas legislativas: 1) a tipificação do crime de violência doméstica como ofensa corporal autónoma; 2) a punição da violência doméstica como uma das formas de violência mais grave; 3) a natureza da violência doméstica como crime público, para que o MP possa prosseguir com a ação, independentemente de queixa da vítima; 4) a natureza urgente do processo-crime, da investigação penal e das medidas de proteção; 5) a possibilidade de detenção preventiva do agressor; 6) formação profissional obrigatória em violência de género e direitos humanos para as polícias, procuradores e juízes.

No caso *B.V. c. Belgique*, de 02-05-2017, o TEDH entendeu que o Estado tinha violado a dimensão procedimental do artigo 3.º CEDH, por não ter mecanismos suficientes para investigar, efetivamente e de forma célere, uma violação. O TEDH entende que os Estados têm uma obrigação positiva, ao abrigo do artigo 3.º, de adotar disposições penais que punam efetivamente a violação e de as aplicar através de um inquérito efetivo, sério e profundo aos factos (*M.C. c. Bulgarie*, no [39272/98](#), § 153, CEDH 2003-XII), com medidas de investigação adequadas e céleres. No caso *E.B. v. Romania* (recurso n.º 49089/10), o TEDH reiterou que os Estados têm a obrigação inerente ao artigo 3.º da CEDH de ter normas penais que punam efetivamente a violação e de as aplicar na prática através de uma investigação efetiva e de um processo penal, em particular, quando a vítima é uma criança ou uma pessoa vulnerável. O artigo 8.º da CEDH, que se refere à proteção da vida privada, envolve, segundo o TEDH, a adoção de medidas de proteção na esfera das relações dos indivíduos entre si. Embora o Estado tenha uma margem de apreciação em relação aos meios necessário para cumprir o artigo 8.º na esfera de proteção contra atos de indivíduos, a dissuasão efetiva de atos com a gravidade de um crime de violação, em que estão em causa valores fundamentais e aspetos essenciais da vida privada, exige uma lei penal eficiente. Neste contexto, uma posição rígida dos Estados no sentido de apenas perseguirem penalmente as ofensas sexuais que reúnem prova de resistência física, deixa determinados tipos de violação sem sanção e põe em perigo a proteção efetiva da autodeterminação sexual das pessoas. O TEDH concluiu que as obrigações que decorrem para os Estados dos artigos 3.º e 8.º da CEDH exigem a penalização e a efetiva repressão penal de todos os atos sexuais não consensuais, incluindo os casos de falta de resistência física da vítima. A Roménia foi condenada, por violação do princípio da proibição da tortura (artigo 3.º da CEDH) e do direito à proteção da privacidade e da integridade pessoal (artigo 8.º da CEDH), pelo facto de as autoridades terem colocado uma ênfase indevida na falta de prova de resistência da recorrente e de não terem procedido, como deviam, a uma abordagem sensível e contextual do caso, necessária, sobretudo, por estar em causa uma vítima portadora de uma vulnerabilidade psíquica, cuja capacidade mental as autoridades do

Estado não se preocuparam em investigar, embora tivesse sido requerido um exame psiquiátrico. O Estado falhou também no cumprimento dos seus deveres de informação acerca dos direitos processuais da vítima e de lhe providenciar apoio judiciário e aconselhamento, bem como na aplicação das medidas de proteção previstas na Convenção do Conselho da Europa sobre a prevenção e o combate à violência contra as mulheres e à violência doméstica (Convenção de Istambul).

O artigo 8.º da CEDH consagra o direito ao respeito pela vida privada e familiar, entendendo o TEDH que esta norma engloba também os direitos de proteção da integridade pessoal e desenvolvimento das crianças e das mulheres vítimas de violência no seio da família, designadamente, direitos de proteção contra a vitimização secundária provocada pela participação no processo penal.

O TEDH analisa, também, as queixas relativas a castigos corporais aplicados como medida disciplinar à luz do artigo 3.º da CEDH, entendendo que, mesmo que os castigos corporais não atinjam o limiar de severidade mencionado no artigo 3.º, podem, todavia, ser abrangidos pelo artigo 8.º no âmbito do direito à integridade física e moral. Os castigos corporais são considerados como uma forma de violência contra as crianças abrangida pelos artigos 19.º, 28.º, n.º 2, e 37.º da Convenção sobre os Direitos das Crianças, preceitos aplicados pelo TEDH juntamente com os artigos 3.º e 8.º da CEDH.

Em matéria de abuso sexual de crianças, o TEDH tem também condenado os Estados por incumprimento dos seus deveres de investigação dos factos e de proteção em relação às vítimas.

As queixas referem-se geralmente ao facto de os Estados não terem tomado medidas adequadas para proteger as vítimas e para proceder a investigações efetivas das alegações de abuso sexual, bem como ao impacto das agressões ou do abuso sexual na integridade física e psíquica da vítima. Por vezes, a distinção entre as obrigações que incumbem aos Estados por força do artigo 3.º e do artigo 8.º é bastante imprecisa, sendo que o TEDH utiliza raciocínios semelhantes, na interpretação e aplicação de ambas as normas, para concluir que houve violações dos deveres positivos do Estado.

No processo *M.C. c. Bulgária* a requerente era uma adolescente do sexo feminino, de 14 anos de idade, que apresentou queixa de ter sido violada por dois jovens do sexo masculino após uma saída noturna. A queixa apresentada às autoridades nacionais foi arquivada, por não terem sido detetados indícios de nenhuma forma de violência física. O TEDH observou que as alegações de violação estavam abrangidas pelo artigo 3.º da CEDH e que o Estado requerido tinha de proceder à investigação efetiva dessas alegações. Para concluir que as autoridades búlgaras não tinham realizado tal investigação, o TEDH baseou-se em elementos que provavam que as autoridades geralmente arquivavam os processos em que a vítima não podia apresentar indícios de resistência física à violação. O TEDH considerou que este nível de prova não correspondia à experiência vivida pelas vítimas de violação, nem à realidade dos factos, tornando a investigação das autoridades ineficiente contrariamente ao artigo 3.º da CEDH, que proíbe a tortura.

No caso *Y. v. Slovenia*, de 28-05-2015, o Estado foi condenado pelo fracasso das autoridades em assegurar uma rápida investigação e perseguição penal da queixa da recorrente por abuso sexual. O TEDH entendeu ter sido violado o artigo 3.º, na sua dimensão procedimental, enquanto dever positivo do Estado de investigar casos de abuso sexual.

A jurisprudência do TEDH relativa a crimes sexuais contra crianças e jovens também se aplica nos processos relativos à pornografia infantil, analisados à luz do artigo 8.º da CEDH. No caso *Söderman c. Suécia*, foi apresentada uma queixa por uma adolescente cujo padrasto tentou filmá-la enquanto ela estava na casa de banho a tomar um duche. A queixosa alegou que o quadro legislativo sueco não protegeu adequadamente a sua vida privada. O TEDH condenou a Suécia, por violação do artigo 8.º, entendendo que os Estados têm obrigações positivas de instituir um quadro legislativo que proporcione uma proteção adequada às vítimas através da consagração legislativa de ações penais ou civis efetivas contra a tentativa de pornografia infantil.

## 2.2. Violação e coação sexual no direito penal nacional

Em cumprimento do artigo 36.º da Convenção de Istambul, que impõe aos Estados a criminalização de todos os atos sexuais sem consentimento, o Código Penal português, após uma primeira alteração legislativa em 2015 (Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto) que veio a ser considerada insuficiente<sup>8</sup>, alargou expressamente a incriminação, nos tipos legais de coação

<sup>8</sup> Foi na sequência do acórdão do TRP, de 27-06-2018 (3897/16.9JAPRT), que aplicou uma pena de prisão suspensa a dois indivíduos, funcionários de uma discoteca, condenados por abuso sexual (artigo 165.º, n.ºs 1 e 2, do CP) de uma mulher de 26 anos, que se encontrava desmaiada na casa de banho de uma discoteca, que, no Parlamento, foram apresentados projetos de alteração dos artigos 163.º e 164.º do CP, que culminaram com a aprovação da Lei n.º 101/2019. A fundamentação deste acórdão, na sequência de um recurso do MP que pedia a prisão efetiva, suscitou uma forte crítica pública por ter apreciado a culpa e a ilicitude do comportamento dos agressores da seguinte forma: « *A culpa dos arguidos (...) situa-se na mediania, ao fim de uma noite com muita bebida alcoólica, ambiente de sedução mútua, ocasionalidade (não premeditação), na prática dos factos. A ilicitude não é elevada. Não há danos físicos [ou são diminutos] nem violência [o abuso da inconsciência faz parte do tipo]*». Na verdade, houve violência física conforme decorre do facto provado n.º 22 e do exame pericial aí citado. Mas, para além desta incongruência da afirmação citada com os factos provados, destes decorre também uma violência psicológica intensa que escapou completamente aos julgadores. A circunstância de a vítima conhecer bem os agressores e neles confiar por serem funcionários da discoteca que costumava frequentar, bem como o facto de um dos agressores a ter ajudado, enquanto ela estava a vomitar na casa de banho, pondo-lhe a mão na testa (facto provado n.º 6), são de molde a suscitar na vítima a confiança qualificada de que estes não a maltratariam nem dela abusariam sexualmente. Contudo, precisamente, no momento em que ela perde os sentidos e a capacidade de consentir, um dos indivíduos, «verificando a incapacidade da ofendida de reger a sua vontade e de ter consciência dos seus actos, resolveu e com ela manteve relações sexuais de cópula vaginal completa» (facto provado n.º 9); «Durante o tempo em que a ofendida E permaneceu na casa-de-banho sem consciência de si própria e incapaz de dispor da sua vontade – circunstâncias do pleno conhecimento dos arguidos C e B que assim o observaram, o arguido B, em primeiro lugar e o arguido C, em segundo, mantiveram com a mesma relações sexuais de cópula vaginal completa» (facto provado n.º 12). Estes factos traduzem um grau de violência psicológica elevadíssimo e devastador, que costuma ser designado pelo «dano da traição e da perda da confiança nas outras pessoas e no mundo», que abala profundamente o equilíbrio da vítima e a sua segurança. A referência à bebida alcoólica que a vítima teria consumido e a um suposto ambiente de sedução mútua (que nem sequer consta dos factos provados), para além de

sexual e de violação, às situações em que um indivíduo constrange outra pessoa, à prática dos atos descritos nos artigos 163.º, n.º 1 e 164.º, n.º 1, do CP, entendendo-se, por constrangimento, segundo o n.º 3, qualquer meio, não previsto no número anterior (que se reporta à violência, ameaça grave ou colocação da vítima em estado de inconsciência ou impossibilidade de resistir), empregue para a prática de atos sexuais contra a vontade cognoscível da vítima (Lei n.º 101/2019, de 6 de setembro). Contudo, também a noção de constrangimento e de vontade cognoscível da vítima constituem conceitos que podem levantar dúvidas de interpretação e avaliação dos factos, podendo conduzir a decisões baseadas em preconceitos de género. Deve, por isso, entender-se que, segundo uma interpretação conforme à Convenção de Istambul, a que está vinculado o Estado português pelo facto de ter ratificado a Convenção, basta, para o preenchimento do tipo legal de crime, a falta de consentimento da vítima, expressa de forma verbal ou não verbal, presumindo-se que o silêncio, acompanhado de passividade, medo e de falta de participação positiva ou ativa nos atos, são suficientes para, de acordo com regras de experiência, se presumir que a falta de vontade foi perceptível para o agente do crime, tendo-se em conta o contexto das circunstâncias envolventes.

Abandona-se, assim, a noção central de violação ou de coação sexual como crimes de execução vinculada, tendo sido esta modalidade mais gravosa de violação ou de coação sexual, remetida para o n.º 2 dos respetivos preceitos. Na verdade, na experiência de vida das mulheres é mais comum a violação ou coação sexual serem praticadas sem o uso de violência ou ameaça grave, num contexto relacional íntimo, com um companheiro ou um indivíduo conhecido com quem inicia uma relação ou tem um encontro (*date rape*), do que a violação praticada por um estranho que ameaça a mulher com uma arma ou que a agride fisicamente. Segundo alguma jurisprudência, que sofreu fortes críticas pela doutrina<sup>9</sup>, o conceito de «violência» só estava preenchido com a prova de atos de agressão à integridade física adicionais à falta de consentimento, bem como um «ónus de resistência» da vítima ou um «debate entre agressor e vítima», requisitos que embora não resultassem de previsão legal

---

simbolizar uma naturalização da violência sexual, que fere os sentimentos do cidadão comum, representa a negação do valor pedagógico que deve ter uma decisão judicial, contribuindo para a desculpabilização de atos que os tribunais devem censurar e desincentivar que os cidadãos pratiquem. Mas o mais importante é que a referência a estes elementos é completamente desajustada para apreciar a ilicitude e a culpa de um ato praticado num momento em que a jovem mulher se encontrava incapacitada para prestar consentimento. Este facto (incapacidade de prestar consentimento), só por si (por ser irrelevante tudo o que tenha sucedido em momentos anteriores, em que a mulher se encontrava consciente), justificaria um juízo de culpa e de ilicitude diferente daquele a que procedeu o acórdão, e necessariamente muito mais gravoso. O que surpreende, na fundamentação do acórdão, não se situa na área dos conhecimentos jurídicos, mas na deficiente avaliação e ponderação dos factos provados para o efeito de apreciação da ilicitude e da culpa. Esta constatação deve levar-nos a refletir sobre a importância da formação especializada em violência de género consistir não tanto na transmissão de conhecimentos técnico-jurídicos e de conteúdos legislativos, mas no apuramento da sensibilidade e empatia dos juizes com as vítimas de violência, por exemplo, levando sobreviventes de violência a testemunhar sobre os seus sentimentos diante de juizes fora de um contexto judiciário de avaliação da prova.

<sup>9</sup> Cf. MARIA CLARA SOTTOMAYOR, «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*, n.º 18, Ano 32, 2011, pp. 273-318.

expressa, derivavam do preconceito cultural de culpabilização da vítima com que a lei era interpretada, que ignorava as relações de poder entre os géneros<sup>10</sup>.

A perspetiva de género a julgar crimes sexuais envolve a consciência de que, nos crimes de violação e de coação sexual, a maioria das vítimas são do sexo feminino e a maioria dos autores dos factos ilícitos criminais são homens. Para explicar estes crimes e compreender a reação da vítima ao crime, que passa pela paralisação motivada pelo medo<sup>11</sup>, mais relevante do que a diferença de força física entre agressor e vítima são os diferentes condicionamentos culturais de cada um dos géneros e a desigualdade de poder, que ocorre numa cultura que naturaliza a agressão sexual masculina e objetifica o corpo das mulheres, presumindo a disponibilidade sexual das mulheres e culpabilizando-as pela agressão sofrida. A análise do testemunho das vítimas nestes crimes, para aferir a falta de consentimento, passa pela audição empática, sem interrupções, para que esta possa exprimir o que pensou e sentiu durante a agressão e nos momentos que a antecederam.

Os crimes contra a autodeterminação sexual de menores levantam problemas específicos que não serão aqui tratados, apenas competindo lembrar que estes crimes são cometidos, na sua maioria, por familiares ou indivíduos do sexo masculino, que pertencem à rede social das vítimas, na sua maioria do sexo feminino, e portanto, atingidas por duas causas particulares de vulnerabilidade, a idade e o género. Contudo, diferentemente dos crimes sexuais contra adultos, os crimes contra a autodeterminação sexual de menores atingem também um grande número crianças e jovens do sexo masculino. Pensa-se que as vítimas do sexo masculino representam cerca de 30% da totalidade das vítimas menores de idade. O agressor em mais de 90% dos casos é do sexo masculino. Não havendo diferença de género, verifica-se, contudo, hierarquia de idade, que, em termos biológicos, psicológicos e culturais, coloca as crianças e os jovens numa situação de inferioridade em relação ao abusador, e quando o abuso tem natureza intrafamiliar ou provém de figuras de autoridade ou de referência, como padres,

<sup>10</sup> Vide acórdão TRP 13-04-2011, proc. n.º 476/09.OPBBGC.P1, em cujo sumário se estipula que: «I - O crime de Violação, previsto no artigo 164.º, n.º 1, do CP, é um crime de execução vinculada, i.é., tem de ser cometido por meio de violência, ameaça grave ou acto que coloque a vítima em estado de inconsciência ou de impossibilidade de resistir.

II – O agente só comete o crime se, na concretização da execução do acto sexual, ainda que tentado, se debater com a pessoa da vítima, de forma a poder-se falar em “violência”.

III – A força física destinada a vencer a resistência da vítima pressupõe que esta manifeste de forma positiva, inequívoca e relevante a sua oposição à prática do acto.

IV – 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».

<sup>11</sup> Vide acórdão TRL 12-06-2019 (proc. n.º 473/16.OJAPDL.L1), em cujo sumário se afirma que: «II - A inexistência de qualquer reação ou resistência de uma vítima de violência sexual radica no facto de esta sentir a agressão como uma ofensa à sua integridade física, ou mesmo à sua vida, pelo que adota um comportamento orientado para a sua preservação, podendo optar por diferentes estratégias de sobrevivência. III - Vítimas há em que o medo lhes impede a demonstração de qualquer reação, é a chamada imobilidade tónica, outras em que se opera uma dissociação da realidade, como se a agressão de que estão a ser vítimas não se passasse com elas e apenas estivessem a observá-la e outro grupo de vítimas decide não resistir para evitar ferimentos ou morte. IV - A ausência de resistência física por parte de uma vítima de um crime de violação não pode ser considerada como uma forma de aceitação ou consentimento da agressão, mas pelo contrário expressa apenas o desejo de sobreviver a uma situação cujo controle não detém e relativamente à qual experimenta um sentimento de completa impotência».

professores ou educadores, soma-se ainda esta circunstância como explicativa da particular vulnerabilidade das vítimas e da particular gravidade dos danos psíquicos causados.

### 3. Perspetiva de género na criminalização do lenocínio

As pessoas prostituídas são também um grupo vulnerável, carecido de proteção, dada a condição de pobreza em que vivem. A perspetiva de género, na análise do problema da criminalização do lenocínio, permite também compreender que a prostituição é um fenómeno que atinge maioritariamente mulheres, devido à tradição patriarcal de objetificação do seu corpo. Este fenómeno não pode, portanto, ser estudado sem considerar que a maioria dos clientes são homens e a maioria das pessoas prostituídas são mulheres, constituindo a prostituição, em virtude da desigualdade histórica inerente às relações de género, uma violação do princípio da igualdade de género.

A criminalização do lenocínio não resulta de uma tutela de qualquer moral social conservadora, mas da tutela de bens jurídicos portadores de dignidade constitucional – o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, o direito à autodeterminação sexual, à integridade pessoal, e o direito à identidade, enquanto direito a ser sujeito e não objeto de outrem. O contexto de pobreza e de miséria a que está associada a prostituição e a exploração da necessidade económica e social das pessoas prostituídas, que dependem desta atividade para sobreviverem, permite concluir que a prostituição, em regra, não constitui uma escolha livre das pessoas, mas resulta como a consequência inevitável de percursos de vida marcados pelo abandono, pobreza e vitimação por abuso sexual na infância. Como tem reconhecido o Tribunal Constitucional, a intervenção penal assenta “numa perspetiva fundada de que as situações de prostituição, relativamente às quais existe promoção e aproveitamento económico por terceiros, comportam um risco elevado e não aceitável de exploração de uma situação de carência e desproteção social, interferindo com – colocando em perigo – a autonomia e liberdade do agente que se prostitui” (cf. Acórdão n.º 641/2016, ponto 8).

Neste sentido, conforme referido na Decisão Sumária n.º 129/2018, existem estudos sobre prostituição<sup>12</sup>, que fornecem base empírica às conclusões plasmadas nos Acórdãos do Tribunal Constitucional, demonstrando que cerca de 75% a 90% das mulheres prostituídas foram vítimas de agressões físicas ou abuso sexual na infância, no seio da sua própria família e que a maioria das pessoas prostituídas, de ambos os sexos, foi iniciada na prostituição por terceiros quando era menor de idade, havendo prova empírica suficiente de que a vitimação por abuso sexual na infância ou na adolescência contribuiu, de forma significativa, para a sua entrada na prostituição. Aproximadamente 90% das mulheres inquiridas indicou que gostava de deixar a prostituição mas que tinha medo de ser rejeitada e de não ter emprego<sup>13</sup>. Um outro estudo revelou que 62% das mulheres na prostituição relataram ter sido vítimas de violação e 68%

<sup>12</sup> Cf. os estudos citados por CATHERINNE MACKINNON, *Sex Equality*, University Case Book Series, New York, Foundation Press, 2001, pp. 1412-1413.

<sup>13</sup> Cf. «Streetwork Outreach with Adult Female Prostitutes, Final Report», 1987, *apud* CATHERINE MACKINNON, *ob. cit.*, p. 1411.

apresentam sintomas de stress pós-traumático tal como as vítimas de tortura<sup>14</sup>, sendo consensual, entre os estudos feitos, o elevado risco de violência e de morte das mulheres prostituídas<sup>15</sup>.

Por outro lado, o fenómeno da prostituição, nas últimas décadas, passou a estar ligado ao tráfico de mulheres e de meninas para exploração sexual, um dos negócios mais rentáveis do mundo e que criou a chamada “escravatura” dos tempos modernos, sendo a linha de fronteira entre serviços sexuais prestados com consentimento e prostituição forçada ténue e muito difícil de provar. A prostituição é hoje considerada uma forma de violência contra as mulheres integrada no conceito de violência de género, que atinge de forma desproporcionada as mulheres só pelo facto de o serem (*Lobby Europeu de Mulheres*, Resolução do Parlamento Europeu, de 5 de abril de 2011). Para além destas considerações, a prostituição é uma instituição patriarcal que promove na sociedade a ideia de que o dinheiro permite aos homens o uso do corpo das mulheres como objeto sexual, propriedade dos homens, constituindo uma violação da dignidade humana de todas as mulheres e um obstáculo à construção de uma sociedade baseada na igualdade de género, tarefa fundamental do Estado imposta constitucionalmente no artigo 9.º, alínea h), da CRP.

Como se afirma no Acórdão n.º 178/2018, a norma que tipifica o lenocínio simples, nos termos do artigo 169.º, n.º 1, do Código Penal, punindo «*Quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição*», visa«(...) combater um fenómeno invisível na sociedade e que se traduz na exploração das pessoas prostituídas, que prestam um consentimento meramente formal à atividade da prostituição, mas que não vivem em estruturas económico-sociais que lhes permitam tomar decisões em liberdade, por pobreza, desemprego e percursos de vida marcados pela violência e pelo abandono desde uma idade muito jovem. Por outro lado, o fenómeno da prostituição, nos últimos trinta anos, mudou muito, verificando-se uma estrita ligação entre a prostituição e o tráfico de pessoas, o qual atinge dimensões crescentes, inimagináveis há algumas décadas atrás. Verificou-se também que o sistema não tem instrumentos para distinguir, na prática, a ténue linha que separa o consentimento da pessoa para a prática de atos de prostituição das situações de tráfico e prostituição forçada. As leis que apenas criminalizam o uso do serviço prestado sem o consentimento da vítima enfrentam dificuldades sérias na sua implementação e o sistema não consegue aplicá-las efetivamente<sup>16</sup>.

Neste contexto de política criminal, o desaparecimento do requisito da «exploração de um estado de necessidade ou de abandono» situa-se dentro da margem de liberdade de conformação do legislador democrático e visa, não a tutela de qualquer moral, mas a proteção

<sup>14</sup> Cf. FARLEY, M. et al., « Prostitution and Trafficking in Nine Countries: An Update on Violence and Posttraumatic Stress Disorder», *Journal of Trauma Practice*, Vol. 2, No. 3/4, 2003, pp. 33-74.

<sup>15</sup> Cf. *Sexual exploitation and its impact on gender equality*, European Parliament, 2014, disponível para consulta in

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493040/IPOLFEMM\\_ET\(2014\)493040\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493040/IPOLFEMM_ET(2014)493040_EN.pdf).

<sup>16</sup> Cf. *Sexual exploitation and its impact on gender equality*, European Parliament, 2014, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493040/IPOLFEMM\\_ET\(2014\)493040\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493040/IPOLFEMM_ET(2014)493040_EN.pdf).

de direitos fundamentais das pessoas à autonomia, à integridade pessoal, ao livre desenvolvimento da personalidade e à dignidade (artigos 1.º, 25.º, n.º 1 e 26.º, n.º 1, da CRP).

A prostituição é uma questão que preocupa os Estados, por estar associada ao tráfico de pessoas e implicar uma violação de direitos humanos de um número cada vez mais elevado de pessoas, na sua maioria mulheres e crianças migrantes (traficadas de países subdesenvolvidos para países desenvolvidos), impedindo a estas pessoas o acesso à cidadania, à liberdade, à igualdade de direitos, e à autonomia na condução da sua vida. As pessoas são utilizadas como fonte de lucro para outrem, através de uma atividade que é hoje designada como a escravatura dos tempos modernos, tratando-se a prostituição de um dos negócios mais rentáveis do mundo, movimentando cerca de \$186.00 bilhões por ano e envolvendo cerca de 40-42 milhões de pessoas, 90% das quais dependentes de outrem e 75% das quais têm idades compreendidas entre 13 e 25 anos<sup>17</sup>. Segundo estatísticas dos Estados membros da União Europeia, cerca de 60% a 90% das pessoas prostituídas são vítimas de crimes de tráfico<sup>18</sup>.

A regulação jurídica e penal desta matéria encontra-se em evolução nos países da UE com o objetivo de definir políticas fortes de combate à exploração sexual. Numa primeira fase, através da elaboração de convenções e diretivas visou-se o alargamento da incriminação e o aumento das penas quando a pessoa prostituída é menor de idade (Diretiva 2011/93/UE) ou vítima de tráfico (Convenção do Conselho da Europa contra o tráfico de seres humanos, de 2005, e as Diretivas 2011/36/UE e 2012/29/UE); já numa segunda fase alguns Estados procederam a alterações legislativas que punem o cliente de prostituição, independentemente da idade da pessoa prostituída e do contexto da prostituição.

Os legisladores europeus aderiram a modelos diversos em matéria de prostituição: o modelo liberal da regulação da atividade como trabalho sexual (em vigor na Alemanha e na Holanda, mas ineficaz no combate ao tráfico, tendo provocado o aumento do número de pessoas traficadas, com indivíduos condenados por tráfico a pedirem licenciamento para o negócio da prostituição, sem que se obtivesse uma melhoria das condições de trabalho das pessoas prostituídas nem uma descida dos níveis de violência); o modelo abolicionista, em vigor na Suécia, na Noruega, na Islândia, na França e na Irlanda do Norte, que criminaliza todas as atividades relacionadas com a prostituição, inclusive o comprador de sexo, mas não as pessoas prostituídas (recomendado pelo Parlamento Europeu, na “Resolução de 26 de fevereiro de 2014, sobre a exploração sexual e a prostituição e o seu impacto na igualdade dos géneros”, por ter contribuído para a diminuição do tráfico de pessoas e da prostituição, bem como para uma alteração de mentalidades, normas e valores da população em relação à prostituição), e o modelo em vigor em Portugal, e noutros países europeus, que pune o lenocínio, de uma forma mais ou menos alargada, encontrando-se Portugal entre os países que prescindem, na definição do âmbito da incriminação, do requisito típico da exploração de um estado de necessidade e que pune, no artigo 160.º, n.º 6, do Código Penal, quem, tendo conhecimento do crime de tráfico, utiliza, mediante pagamento ou outra contrapartida, os serviços da vítima.

<sup>17</sup> Cf. *Sexual exploitation and its impact on gender equality*, European Parliament, 2014 – um estudo encomendado pela Comissão do Parlamento Europeu relativa aos Direitos das Mulheres e à Igualdade de Género.

<sup>18</sup> *Ibidem*

O *Conseil Constitutionnel* (Decisão n.º 2018-761, de 1-01-2019) pronunciou-se recentemente sobre a constitucionalidade do modelo que pune o “cliente”, que adquire serviços sexuais, com pena de multa e outras penas complementares. Este acórdão decidiu pela conformidade das normas penais, que punem o comprador de sexo, aos direitos e liberdades garantidos no artigo 9.º *bis* da Constituição. O legislador francês reprimiu assim todo o recurso à prostituição, entendendo, na linha do citado estudo do Parlamento Europeu, que a grande maioria das pessoas prostituídas são vítimas de proxenetismo e de tráfico e que essas infrações são possíveis em virtude da existência de uma procura de relações sexuais pagas, que importa diminuir. Visou-se, assim, combater o tráfico de seres humanos para fins de exploração sexual, tendo o *Conseil Constitutionnel* entendido que estas normas punitivas se encontram dentro da margem de apreciação do Parlamento e não constituem um meio desproporcionado ao objetivo de política pública que visam.

Existe consenso entre os Estados membros da UE de que o tráfico de pessoas e a exploração sexual devem ser erradicados, afirmando-se no estudo «Sexual exploitation and prostitution and its impact on gender equality», de 2014<sup>19</sup>, que «A prostituição e a exploração sexual são assuntos altamente genderizados, com mulheres e meninas, na maioria dos casos, a vender o seu corpo, por coação ou com consentimento, e homens e rapazes a pagar por este serviço»<sup>20</sup>. Está, assim, a ganhar apoio crescente a conceção que entende que o negócio da prostituição não pode ser legitimado, por violar os princípios ínsitos na Carta dos Direitos Fundamentais, entre os quais se encontra o princípio da igualdade de género.

Neste contexto empírico e normativo, o Acórdão n.º 178/2018 e a Decisão Sumária n.º 129/2018 divisaram um novo bem jurídico tutelado pela incriminação do lenocínio – o princípio da igualdade de género – tendo em conta que a prostituição representa uma violação deste princípio, pelo facto de assentar na desigualdade estrutural entre homens e mulheres, sendo quase sempre estas quem “vende” sexo e quase sempre os indivíduos do sexo masculino quem “compra” sexo.

#### **4. Maternidade e paternidade nas decisões de guarda de crianças: estereótipos de género e interesse das crianças**

A propósito da igualdade de género na maternidade e na paternidade, há aspetos factuais a considerar e que indicam que, nesta matéria, os papéis dos homens e das mulheres ainda são muito distintos.

Segundo dados da CIG de 2015<sup>21</sup>, os homens afetam, ao trabalho remunerado, em média, mais 27 minutos por dia do que as mulheres, enquanto estas em média, trabalham em casa, nas

<sup>19</sup> «Sexual exploitation and prostitution and its impact on gender equality», *ob. cit.*, p. 9.

<sup>20</sup> Sobre dados estatísticos, na Holanda, *vide* TAMPEP, 2009, Netherlands Country Report, citado no estudo do Parlamento Europeu, p. 37, segundo os quais, em 2008, 90% das pessoas prostituídas eram mulheres e a maioria das mulheres prostituídas eram migrantes provenientes da Europa de Leste.

<sup>21</sup> *Vide Igualdade de género em Portugal, Indicadores-chave 2017*, p. 9, disponível para consulta in [https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2017/07/AF\\_CIG\\_FactSheet.pdf](https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2017/07/AF_CIG_FactSheet.pdf)

tarefas domésticas e dos cuidados, mais 1 hora e 45 minutos por dia do que os homens. No total do trabalho pago e não pago, as mulheres continuam a trabalhar mais 1 hora e 13 minutos por dia do que os homens.

Nas licenças parentais de 120/150 dias gozadas por mulheres e homens relativamente ao total de crianças nascidas (%), verifica-se que em cada 100 crianças que nasceram em 2015, houve 85,4% de mulheres que gozaram a licença de parentalidade e 27,5% de homens partilharam essa licença (Fonte: CIG)<sup>22</sup>. As estatísticas não indicam em que percentagem foi partilhada a licença, mas a análise das sucessivas alterações legislativas nesta matéria, levam-nos a considerar que foi a partir de 2009 que se deu esta maior participação do pai na partilha da licença, legalmente possível desde 1995, mas só de facto usada a partir de 2009, quando a lei associa o gozo pelo pai de um mês de licença (trinta dias consecutivos ou dois grupos de 15 dias) à atribuição de mais um mês de licença à família sem perda de remuneração.

Segundo dados fornecidos pela CITE, sintetizados no documento *Evolução no uso das licenças de parentalidade (2005-2016)*<sup>23</sup>, a percentagem de homens que receberam subsídio por licença parental obrigatória de uso exclusivo do pai face à percentagem de licença obrigatória gozada por mulheres obteve um aumento bastante significativo entre 2005 (56,5%) e 2016 (75,9%). A mesma tendência ocorreu em relação ao número de homens que receberam subsídio por licença parental facultativa de uso exclusivo do pai, que em 2005 era de 43,3% e em 2016 chegou aos 66,7%. É também de salientar a maior adesão dos pais trabalhadores à partilha de licença parental que passou de 0,5% em 2005 para 34,1% em 2016. Contudo, este aumento das licenças gozadas por homens não apaga a circunstância de estes tempos de licença serem muito mais longos para as mães e gozados quase exclusivamente por mulheres, sendo a partilha desta licença, embora crescente, apenas aplicável numa minoria do total de casos e de qualquer forma bastante inferior a 50% do tempo. Por outro lado, em fases mais adiantadas da vida das crianças, continua a verificar-se uma preponderância materna nas licenças para prestar assistência a filhos menores. Segundo o INE, as mulheres asseguraram maioritariamente as faltas para assistência a filhos, representando 91,3% dos beneficiários deste instrumento, em 2010.

Por força do padrão de divisão de tarefas praticado no seio das famílias, as mulheres constroem com os filhos, em regra, uma relação de maior proximidade, que não deixa de existir pela circunstância de acumularem com as tarefas domésticas e dos cuidados uma atividade profissional remunerada. Em consequência deste padrão, adotado também pela maioria das famílias quando os pais se separam, nos acordos de regulação das responsabilidades parentais que apresentam nas conservatórias do registo civil, a maioria das crianças é confiada à guarda da mãe e a jurisprudência dos tribunais superiores tende a aderir, nos casos litigiosos, embora de forma não unânime, ao critério da pessoa primária de referência, que cuidou, em termos predominantes, da criança na constância do casamento ou da união de facto, recusando a solução da residência alternada para crianças de tenra idade cujos pais estão em conflito (acórdãos TRP 07-05-2019, proc. n.º 1655/18 e TRP 24-10-219,

<sup>22</sup> Vide *Igualdade de género em Portugal, Indicadores-chave 2017*, p. 8, disponível para consulta in [https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2017/07/AF\\_CIG\\_FactSheet.pdf](https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2017/07/AF_CIG_FactSheet.pdf).

<sup>23</sup> Documento disponível para consulta in <http://cite.gov.pt/pt/acite/protectparent006.html>

proc. n.º 3852/18; contra: acórdãos TRL 18-06-2019, proc. n.º 29241/16 e TRL 21-11-2019, proc. n.º 2334/17) ou em famílias com história de violência doméstica (TRE 2-03-2018, proc. n.º 297/1T8PTM-C.E1 e TRE 01-04-2019, proc. n.º 155/18).

Coloca-se, neste contexto, com particular acuidade, uma tensão entre a igualdade de género e o respeito pela diferença dos papéis desempenhados pelos pais dentro da família. Esta tensão resolve-se pela prevalência do interesse da criança, critério legal de resolução de conflitos a que está vinculado o julgador. O princípio da igualdade exigiria que a solução predominante fosse a residência alternada, que permite uma divisão mais igualitária dos cuidados das crianças entre os pais. Contudo, não pode deixar de se reconhecer que em virtude da divisão de tarefas adotada quando os pais vivem juntos, as mulheres, em regra, constroem com as crianças uma relação afetiva de maior proximidade, desde logo porque asseguram, de forma predominante os cuidados básicos aos filhos, sobretudo quando em idades mais baixas, mas com tendência para uma continuidade nesse desempenho, mesmo em relação aos filhos adolescentes ou pré-adolescentes. É a constatação deste dado sociológico – sem afetar a ideia de que para um tribunal cada caso é um caso e deve ser decidido com base nos seus próprios factos – que permite explicar o maior número de crianças confiadas à guarda da mãe, e não qualquer discriminação dos pais-homens. É que, tendo em conta que o critério primordial nas decisões judiciais é o interesse da criança, seria desajustado forçar alterações na vida quotidiana e nos hábitos das crianças, ou até colocá-las em perigo, apenas para respeitar o princípio da igualdade de género. Neste sentido, têm afirmado alguma jurisprudência e doutrina, que o objetivo da lei é a proteção do interesse das crianças e não a igualdade de género<sup>24</sup>. Seria de facto, um contrassenso que, para respeitar o princípio da igualdade de género, o Estado impusesse às famílias uma política de entrega da guarda das crianças ao pai ou de residência alternada, passando por cima do interesse das crianças, que tem irremediavelmente uma dimensão única e casuística, que deve prevalecer sobre qualquer ideologia ou política.

A retirada das crianças da guarda da mãe ou a imposição da residência alternada, contra a sua vontade e dos filhos, quando intercedem entre mães e filhos relações afetivas fortes, nunca seria a solução para a promoção da igualdade de género. Esta constrói-se não contra o interesse das crianças, mas sempre respeitando a primazia dos seus direitos e interesses. Apenas a evolução gradual dos padrões de divisão de tarefas vigentes na constância do casamento ou da união de facto será suscetível de gerar um maior número de acordos de residência alternada ou de entrega da guarda ao pai, não sendo aconselhável o uso da autoridade do Estado nesta matéria, impondo como presunção legal ou regime-regra às famílias a residência alternada. Neste domínio, o valor simbólico da lei na conformação dos papéis de género é diminuto, e o carácter preferencial da residência alternada teria a agravante de desproteger as mulheres nas situações de violência doméstica, sobretudo daquela que é erroneamente classificada como conflito ou que não é sequer denunciada ao sistema. Sabe-se por estudos empíricos feitos nos EUA que cerca de 70% dos litígios judiciais de guarda de crianças envolvem violência doméstica, não se tratando de casos patológicos ou marginais como tendem a pensar muitos juristas (ou outros profissionais).

<sup>24</sup> Cf. MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 304.

A defesa da presunção ou da imposição da residência alternada, para além de sacrificar o interesse das crianças, constitui um autoritarismo sobre os sentimentos e os afetos gerados entre mães e filhos, nos casos em que a mãe é a sua pessoa primária de referência e a criança não deseja o regime de dupla residência. A residência alternada imposta ou presumida como regime regra nunca seria a solução para construir a igualdade de género, até porque o cerne do problema reside na divisão de tarefas praticada durante a constância do casamento e aí, por um lado, a capacidade de intervenção do Estado é muito reduzida, por outro lado, a residência alternada não tem efeitos na alteração desses padrões. A residência alternada apenas pode ser um contributo para uma maior igualdade de género nas tarefas dos cuidados, nos casos em que existia já entre os pais, na constância da vida em comum, um padrão de cooperação, que estes decidem manter depois da separação, ou quando baseada numa decisão judicial fundamentada numa avaliação casuística e cuidadosa do interesse da criança, que reconheça a importância para o seu desenvolvimento de uma relação próxima com um progenitor que está a ser injustamente afastado da vida da criança.

Neste domínio, o princípio da igualdade deve ser assumido, não na sua dimensão estritamente formal, que encara homens e mulheres como sujeitos neutros, sem género e desligados do seu contexto, mas na sua dimensão material, que implica tratar diferentemente o que – no plano dos factos sociológicos, portanto, do género – é diferente.

Em relação ao impacto da imposição da residência alternada nas crianças, a maior parte dos estudos indicam que estas crianças sofrem prejuízos de saúde mental ou psíquica por estarem mais expostas à conflitualidade dos pais<sup>25</sup>. Casos particulares de sucesso conhecidos na vida social ou familiar, impressões de profissionais da psicologia, de advogados ou de juizes, em relação aos casos com os quais lidam nos seus escritórios ou tribunais, não são representativos da totalidade da população, nem qualquer conclusão retirada dessas experiências tem valor científico.

O estudo mais relevante nesta matéria, porque tem uma natureza longitudinal e baseou-se em entrevistas personalizadas aos filhos de pais divorciados durante várias fases da sua vida, incluindo a idade adulta – no momento da separação dos pais, um ano, cinco e dez depois, e, por último, vinte e cinco anos após o divórcio – concluiu que não há fundamento empírico para que o legislador considere a residência alternada uma política pública, ou para que se transforme num modelo preferido ou numa presunção legal<sup>26</sup>. O estudo indica também, como aliás muitos outros, que não é aconselhável que os tribunais imponham a guarda alternada nas famílias em conflito.

Desconsiderar as informações obtidas por estes estudos significa abandonar o nosso conhecimento ao risco das especulações e das crenças de cada profissional ou de cada juiz. As crianças não devem ser objeto de experiências judiciais ou sociais, na falta de base empírica que sustente a sua conformidade aos interesses da generalidade das crianças. Em matéria de guarda alternada após o divórcio, os serviços de mediação familiar e o sistema judicial devem

<sup>25</sup> Sobre estes estudos, *vide* MARIA CLARA SOTTOMAYOR, «Entre idealismo e realidade: a dupla residência das crianças após o divórcio», *Temas de Direito das Crianças*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 57-174.

<sup>26</sup> Cf. WALLERSTEIN/LEWIS/BLAKELEE, *The Unexpected Legacy of Divorce, A 25 Year Landmark Study*, Fusion Press, London, 2002

ter uma grande prudência, pois a criança tem direito a um «princípio de precaução»<sup>27</sup> e todas as soluções que se distanciem das suas necessidades emocionais, em função da sua idade e estágio de desenvolvimento, para realizarem os direitos dos pais ou uma «igualdade parental» forçada, são portadoras de riscos, desnecessários e evitáveis, para o desenvolvimento das crianças.

### Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fcn.pt/vod/clips/297gu36hxf/streaming.html?locale=pt>

<sup>27</sup> Cf. MAURICE BERGER, «Le bébé et la garde alternée, le droit d'hébergement du père concernant un bébé», *Dialogue*, 2002, n.º 155, p. 90.

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## 2. Julgar no feminino: as questões do género deverão fazer-nos espécie?

*Rogério Alves*



CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## 2. JULGAR NO FEMININO: AS QUESTÕES DO GÉNERO DEVERÃO FAZER-NOS ESPÉCIE?

Rogério Alves\*

Vídeo

A questão colocada tem um aroma provocatório.

Nas fronteiras traçadas pelo tema geral, julgar no feminino, pergunta-se se as questões de género nos devem fazer espécie.

Trocadilhos à parte a resposta é simples: não.

Não nos devem fazer qualquer espécie, como não devem causar confusão, infundir receio ou gerar perplexidade.

Porquê? Por tudo, desde logo, e por nada também.

Nasci no século XX, corria o ano de 1961. Nesse tempo as mulheres estavam impedidas de aceder à magistratura judicial. Por isso não julgavam. Esta limitação surge-nos hoje como algo anacrónico, museológico mesmo. Mas era assim quando me estreei neste mundo e no nosso país, porque é dele que vos falo.

Raras mulheres conduziam automóveis. Muito menos pilotavam aviões. O meu itinerário enquanto estudante fez escala na evolução que se foi sentindo em matéria de convivência entre homens e mulheres.

Na escola primária os rapazes estavam segregados das raparigas: alunos numa escola, alunas na escola adjacente.

No então chamado ensino preparatório já coabitávamos na mesma escola, mas, porque o marcelismo era só mesmo uma Primavera, estávamos acantonados em turmas unissexo.

Em 73, ano dealbar do ano letivo do 25 de abril de 1974, fui para um liceu mais arrojado (o Dom Dinis em Chelas). Aí, finalmente, vieram turmas como as tostas, isto é, turmas mistas. Foi uma espécie de profecia, para a revolução que se aproximava.

Passaram muitos anos. Portugal mudou radicalmente e mudou para melhor.

As limitações, as baias e outros ingredientes culturais e comportamentais que moldaram comportamentos pretéritos, foram sendo estilhaçados.

Em seu lugar foi-se erigindo uma cultura de igualdade.

A Constituição de 1976 deu-lhe consagração pleníssima, no trilho dos grandes documentos que consagram direitos humanos.

\* Antigo Bastonário da Ordem dos Advogados.

As leis foram-se afeiçoando aos novos princípios nascidos da revolução, que arejaram as nossas mentes e nos colocaram na sintonia adequada.

Pudemos ler outros livros, ver outros filmes, conhecer outras realidades e, sobretudo, debater em liberdade. E se em muito se divergia, na política, na religião, na economia e em tudo o mais de onde poderia brotar polémica, valores houve que se tornaram mesmo irreversíveis, como se dizia serem as conquistas de abril.

Um desses valores foi e é, precisamente, a afirmação da igualdade entre homens e mulheres.

Reconheço ter sido parcialmente formatado numa cultura patriarcal, que se nos entranhava, de forma subtil e natural, nos nossos hábitos e nas nossas rotinas.

Mas cedo me resgatei de toda essa herança, que hoje estará guardada com desnecessária naftalina nos arrumos dos inertes.

Para mim a igualdade nunca foi discutível. Sempre a vivi com a máxima naturalidade e sem necessitar de qualquer esforço ou apadrinhamento para o efeito. Nem sequer concebo que se entenda em contrário, embora saiba que há ainda quem o faça.

As diferenças entre homens e mulheres, basadas nas características físicas ou psicológicas que se atribuem mais a um ou outro dos tipos, caracterizando-os mais ou menos, são pequenas gotículas que não turvam a visão do essencial, nem bolem com a integridade dos princípios.

Somos essencialmente iguais em capacidades, somos essencialmente iguais em potencial, teremos sempre de ser iguais em direitos, deveres, funções e prerrogativas.

E como se projeta esta metamorfose axiológica no universo judiciário?

Dou-vos o meu ponto de vista.

Completarei 33 anos de atividade como advogado em março de 2020.

É dessa experiência que vos falo.

Não sou estudioso do fenómeno. Apenas o vivo com regularidade e intensidade. Com a revolução de abril rasgou-se o acesso das mulheres à judicatura.

Mais de quarenta anos depois existem juízas em todos os tribunais judiciais (e não só), colocadas desde a primeira instância até ao Supremo Tribunal de Justiça. E é precisamente na primeira instância que, por ora, se verifica uma maior predominância do elemento feminino.

Não recorri a estatísticas para o efeito, mas é visível que, atualmente, é muito mais comum encontrar uma juíza do que um juiz. Sem querer tornar-me um paladino da celebrada igualdade, afirmo, com absoluta verdade e plena convicção, que esta constatação quotidiana não me merece qualquer reação.

Entro na sala de julgamento e encaro, com absolutíssima indiferença, que seja uma mulher ou um homem quem se apresta para julgar.

Trata-se de matéria a meu ver irrelevante.

Não detetei nunca uma idiosincrasia conectada com o masculino ou o feminino.

Não conseguiria gizar um padrão da mulher juíza e do homem juiz.

E creio que esta minha perceção é relativamente comum na advocacia.

Coisa diferente, muito diferente mesmo, consiste na necessidade assumirmos, também no teatro judiciário, a nossa comum condição humana.

Não nos resta outra solução e não vale a pena tentar esconder o inevitável. O ato de julgar tem momentos de marcada subjetividade.

A prova, por mais tarifada que seja, deixa sempre margem para dúvidas. E, às vezes, sobram mesmo no final do julgamento mais dúvidas do que certezas.

O que se pretendia objetivo e convincente, surge, para angústia geral, como desfocado, pouco nítido, duvidosa.

A reconstrução póstuma de realidades pretéritas, coisa em que, de forma geral, o julgamento consiste, apresenta, por vezes (muitas vezes) dificuldades angustiantes.

Quem tem a responsabilidade de julgar vem, finalmente, e decreta o que se passou. Foi assim.

Fá-lo porque tem de o fazer, pois não pode deixar de julgar por não lograr uma conclusão de betão e nem sempre o *in dubio pro reo*, típico do direito penal, salva situações de maior dúvida.

Ao fazê-lo, ao dizer como foi, juízes e juízas convocam e utilizam a sua apreciação subjetiva, fazendo um esforço para serem objetivos. Por isso costumo dizer que, as nossas sentenças, mesmo quando, a meu ver, são erradas, são, em qualquer caso, honradas.

Quem julga tenta acertar, porque quer ser justo e não quer errar.

Mas não esqueçamos que quem julga é um ser humano.

A inteligência artificial está ao virar da esquina, mas ainda não se apropriou da função judicial. Continuamos com uma justiça feita por humanos e para humanos.

Os seres humanos que julgam têm as suas características, os seus preconceitos, as suas convicções políticas, as suas crenças religiosas, as suas paixões clubísticas, como têm os seus conflitos. Conflitos que podem ser com os vizinhos, com um banco, com uma seguradora, com um fornecedor de água ou de energia, ou com qualquer outro agente (player diz-se agora) que opere por aí.

O estatuto afasta-os de outras atividades (exceto a docência), evitando a geração de compromissos ou o risco de contaminação que afete uma independência que se quer imaculada.

Em casos nos quais isso se justifique, pode até pedir-se escusa de motu próprio, o que ocorre como mecanismo de salvaguarda.

Mas os juízes e as juízas vivem neste mundo e são deste mundo.

De uma maneira geral o desafio que lhes é colocado é o de saberem discernir, com objetividade e rigor, a verdade que resulta da prova.

Aqui terão de imperar os conceitos e não os preconceitos.

Terá de imperar o tal rigor, que ultrapasse todas as verdades pré-concebidas, mormente aquelas que são veiculadas pela comunicação social e fornecidas pelas modas vigentes.

A decisão conscienciosa tem, por vezes, a árdua missão de fugir a juízos de popularidade, frustrando as expectativas de quem, nada sabendo dos processos, não tem, todavia, quaisquer dúvidas sobre a melhor solução.

Estes são os desafios da justiça moderna: cultura jurídica; capacidade de análise; profundidade e completude na apreciação e bom senso na decisão.

Começar com o tal espírito de tábua rasa (John Locke), com disponibilidade para que a verdade se inscreva.

Apesar de todas as vicissitudes o mundo tem evoluído na direção certa.

É um arrojo afirmá-lo, mas creio que o confronto com o passado permite dizê-lo.

A igualdade é hoje cada vez mais um bom património da humanidade.

O acesso das mulheres à judicatura é um dado indiscutível, menos de um século depois de ter sido viabilizado.

O desempenho é isento de qualquer crítica de género.

Não sei se alguma vez se estranhou, embora admita que sim.

Mas sei que está absolutamente entranhado e seria impensável sequer pensar em algum retrocesso.

A objetividade, a independência, a lucidez analítica e a arte de aferir não têm género.

Por isso nada nos pode fazer espécie.

### Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/297gu36i89/streaming.html?locale=pt>

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

### 3. Género e racionalidade das leis penais

*Maria João Antunes*



CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

### 3. GÉNERO E RACIONALIDADE DAS LEIS PENAIS

Maria João Antunes\*

1. A Sentença 677/2018 do Supremo Tribunal espanhol de 20 de dezembro de 2018
  2. Da (ir)racionalidade das leis penais em geral
  3. O caso especial do crime de lenocínio simples
  4. Caminhos contra a irracionalidade das leis penais
- Bibliografia  
Vídeo

#### 1. A Sentença 677/2018 do Supremo Tribunal espanhol de 20 de dezembro de 2018

Em 6 de dezembro de 2017, o casal Júlio e Alba estavam junto a uma discoteca e começaram a discutir, por não estarem de acordo quanto ao momento de regressar a casa. No decurso da discussão agrediram-se mutuamente. Alba deu um soco no rosto de Júlio, Júlio deu uma bofetada no rosto de Alba e Alba deu um pontapé no Júlio. Não houve lesões visíveis e nenhum dos dois denunciou o outro. O Juízo de Violência sobre a Mulher n.º 2 de Saragoça absolveu-os da prática do crime de violência de género e como não tinha havido a apresentação de queixa não puderam ser condenados por crime de ofensa à integridade física. Interposto recurso pelo Ministério Público, a decisão absolutória foi confirmada. Interposto de novo recurso pelo Ministério Público, o Supremo Tribunal espanhol condenou ambos pela prática do crime previsto no artigo 153.º do Código Penal, inserindo o comportamento no âmbito da violência de género, perfilhando o entendimento de que neste caso de agressão recíproca entre homem e mulher, membros de um casal, basta uma apreciação objetiva da agressão, não sendo necessário provar que há intenção de dominação ou machismo por parte do homem. Quando há uma agressão mútua entre homem e mulher no âmbito relacional previsto no artigo 153.º do Código Penal os maus tratos não se podem convolar no crime menos grave previsto no artigo 147.º, n.º 3.

Júlio foi condenado, ao abrigo do disposto no artigo 153.º, n.º 1, do Código Penal, em pena de seis meses de prisão. Além de ter ficado com incapacidade eleitoral passiva durante este período de seis meses, de ter sido privado do direito de uso e porte de arma durante um ano e um dia, de ter sido proibido de se aproximar a menos de duzentos metros de Alba e de se comunicar com ela durante um ano e seis meses. Por seu turno, Alba foi condenada, ao abrigo do disposto no artigo 153.º, n.º 2, do Código Penal, em pena de três meses de prisão. Além de ter ficado incapacidade eleitoral passiva durante este período de três meses, de ter sido privada do direito de uso e porte de arma durante um ano e um dia, de ter sido proibida de se aproximar a menos de duzentos metros de Júlio e de se comunicar com ele durante um ano e seis meses.

Júlio foi condenado em pena de seis meses de prisão e Alba apenas em três meses de pena de prisão, porque os n.ºs 1 e 2 do artigo 153.º do Código Penal espanhol punem mais gravemente, no âmbito da violência de género, o agente da prática do crime do sexo

\* Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

masculino, quando a vítima é do sexo feminino, do que o agente do sexo feminino, quando a vítima é do sexo masculino. Note-se, porém, que, por sentença de 14 de maio de 2008 e por outras que se lhe seguiram, o Tribunal Constitucional espanhol rejeitou a questão de inconstitucionalidade, por violação do princípio da igualdade, relativamente a estas normas do Código Penal espanhol, entendendo que não há violação da *proibição do arbítrio*. O Tribunal apreciou a questão tendo como parâmetro a *proibição de discriminação*, o que é decisivamente relevante, por os poderes de apreciação da jurisdição constitucional, na relação inevitável com os poderes do legislador, serem distintos consoante se avalie a violação da proibição do arbítrio ou antes a proibição de discriminação. A previsão constitucional das denominadas “categorias suspeitas” – consagradas entre nós no n.º 2 do artigo 13.º – diminui necessariamente a autocontenção do juiz constitucional, aumentando os poderes de controlo.

## 2. Da (ir)racionalidade das leis penais em geral

Não vamos discutir o caso espanhol nas duas vertentes essenciais que convoca: na que se refere à punição mais grave do homem que exerce violência sobre a mulher em determinado contexto relacional, por comparação com a punição da mulher que exerce violência sobre o homem no mesmo contexto; e na que tem que ver com o preenchimento típico independentemente (ou não) de se fazer prova de um elemento subjetivo demonstrativo de uma relação de poder, de dominação, do homem relativamente à mulher. O caso serve só para introduzir a reflexão que pode ser feita sobre a legislação penal mais recente, reaberta em Espanha por via da sentença do Supremo Tribunal de 20 de dezembro de 2018.

Tem vindo a assinalar-se a severidade e a expansão da legislação penal, nomeadamente por via da antecipação da tutela penal, por obra de um populismo punitivo a partir da notícia da prática de crimes de determinada natureza, que tem conduzido a uma resposta política, muitas vezes acompanhada de uma resposta judiciária, que tem pretendido apaziguar as vítimas e tranquilizar a opinião pública. Quando o compromisso alcançado entre a escola clássica e a escola positivista parecia ter os dias contados até o *direito penal da perigosidade* ressurgiu na Europa a partir de meados dos anos noventa do século passado. A notícia veiculada pela comunicação social de raptos e de abusos sexuais de crianças, seguidos alguns de homicídio, gerou uma demanda subjetiva de segurança por parte da sociedade, muitas vezes devida mais à “pressão mediática” do que propriamente à realidade. Conclui Anabela Rodrigues que “criminalidade e medo da criminalidade marcam a contemporaneidade” e passaram a ter eco numa “política criminal de segurança”.

A legislação penal foi-se tornando mais severa, por obra do populismo punitivo promovido pelos meios de comunicação social e “por corporações e grupos de interesses, que pretendem instrumentalizar o direito penal na promoção das ‘causas’ que (legitimamente) apoiam”, como bem dizem Pedro Caeiro e José Miguel Figueiredo. A ressonância comunitária da prática de crimes de certa natureza e gravidade foi arrastando o direito penal de tutela de bens jurídicos para um direito penal de autores e de proteção das vítimas – o direito penal dos corruptos, dos terroristas, dos agressores sexuais, em geral e das suas vítimas, dos abusadores sexuais de crianças, em especial e das suas vítimas, e dos agressores em contexto doméstico e das suas

vítimas. E agora, mais recentemente, dos agressores de animais de companhia. Num percurso que foi arrastando o direito penal do facto para um certo tipo de “direito penal de autores”, fazendo caminho a substituição do direito penal de tutela de bens jurídicos pelo direito penal de tutela das vítimas. O poder político, do qual são esperadas respostas político-criminais fundadas, passou a oferecer-nos respostas que são apenas politicamente corretas (“político-criminalmente corretas”). Assume até, para o efeito, quantas vezes, o papel de criador da opinião pública, numa confusão entre a política e o direito, importando para o âmbito do direito a discussão política.

Portugal não passou ao lado deste estado de coisas. Ainda recentemente foi publicamente defendido que se agravasse o limite mínimo da moldura de alguns crimes sexuais para, em nome dos interesses das vítimas, não poder ser aplicável nestes casos qualquer pena não privativa da liberdade. Tal ocorreu em reação de indignação incontida relativamente a um acórdão do Tribunal da Relação do Porto que havia aplicado a pena de suspensão da execução da pena de prisão em crime de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência. Certamente por o Tribunal ter concluído, no caso, que uma pena não privativa da liberdade satisfazia de forma adequada e suficiente as finalidades preventivas da punição de tutela de bens jurídicos e de reintegração do agente na sociedade (artigos 40.º, n.º 1, e 70.º do Código Penal) – os critérios que o poder constituinte e o legislador democrático erigiram em matéria de escolha da pena e que o Tribunal terá seguido.

Por seu turno, o ordenamento jurídico-penal português não passou incólume aos “novos tempos” e os exemplos são muitos e diversificados: deixou de haver crime continuado quando os crimes em concurso sejam praticados contra bens jurídicos pessoais, ainda que seja a mesma a vítima do crime. Refiro-me à evolução da letra do artigo 30.º, n.º 3, do Código Penal a partir de 2007, motivada pela realidade dos crimes sexuais contra crianças e que tem agora o efeito perverso de suportar acusações pela prática de 25 000 crimes de pornografia de menores e de abrir caminho à figura estranha dos crimes de trato sucessivo; tipificaram-se comportamentos como, por exemplo, o de *aliciamento de menores para fins sexuais* (artigo 176.º-A, do Código Penal, aditado pela Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto) e alargaram-se os casos em que a tentativa é punível em matéria de crimes sexuais (artigos 171.º, n.º 5, 172.º, n.º 4, 173.º, n.º 3, do Código Penal, na versão da Lei n.º 103/2015); incriminou-se o comportamento de quem *importunar* outra pessoa, formulando *propostas de teor sexual* ou constringendo-a a *contacto de natureza sexual* (artigo 170.º do Código Penal, na redação da Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto); passou a punir-se quem maltratar ou abandonar animais de companhia (artigos 387.º e 388.º do Código Penal, aditados pela Lei n.º 69/2014, de 29 de agosto); passou a ser crime *facilitar a viagem* ou *tentativa de viagem* para um território diferente do seu Estado de residência ou de nacionalidade, com vista à adesão a uma organização terrorista (artigo 4.º, n.º 12, da Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto, na redação da Lei n.º 60/2015); relativamente a certos crimes – por exemplo, crimes de corrupção e crimes da responsabilidade de titulares de cargos políticoS –, o critério de determinação do prazo de prescrição do procedimento criminal passou a ser o da natureza do crime e não o da sua gravidade (artigo 118.º, n.º 1, alínea a), do Código Penal, na sequência da Lei n.º 3272010, de 2 de setembro); em caso de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual de *menor*, o procedimento criminal passou a não se extinguir, por efeito de prescrição, antes de o ofendido

perfarer vinte e três anos (artigo 118.º, n.º 5, do Código Penal, por via de alteração da Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro), sendo de vinte e cinco anos o prazo de cancelamento do registo criminal, quando o prazo geral mais longo é de dez anos (artigos 4.º da Lei n.º 113/2009, de 17 de setembro, e 11.º, n.º 1, alínea *a*), da Lei n.º 37/2015, de 5 de maio). Por exemplo, é dez anos se o crime for o de homicídio qualificado, o que mostra de forma muito particular a irracionalidade da lei.

No âmbito de matérias conexas com as de natureza penal – estando em aberto a questão de saber se, em bom rigor, se trata ainda de matéria de natureza penal –, cumpre destacar também as normas que criaram, entre nós, por força do artigo 4.º da Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto, o *registo de identificação criminal de condenados pela prática de crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menor*. O regime legal deste registo denuncia que está orientado para a censura de certo *tipo de crimes* – crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual – para a estigmatização de certo *tipo de autores* – os abusadores sexuais que se tornarão *visíveis* numa lógica de *reintegração por via da humilhação* – e para a proteção de certo *tipo de vítimas* – crianças e jovens, numa lógica de maximização da segurança que só aparentemente deixa espaço para uma ideia de reinserção social. Não obstante ser apregoado pelo legislador que, além de auxiliar a investigação criminal, o sistema de registo visa o acompanhamento da *reinserção do agente na sociedade*, obedecendo ao *princípio do interesse superior das crianças e jovens*, em ordem à concretização do interesse destes a um desenvolvimento pleno e harmonioso (artigo 3.º). Numa confusão manifesta entre *reinserção do agente na sociedade* e *vigilância do agente em sociedade*, tornando-o *visível*.

### 3. O caso especial do crime de lenocínio simples

Contendo-nos no tema do “género”, na sua ligação à racionalidade das leis penais, detemo-nos, em particular, na evolução legislativa do crime de lenocínio. A Lei n.º 65/98, de 2 de setembro, eliminou o elemento típico “explorando situação de abandono ou de extrema necessidade económica” com o argumento fácil de facilitar a prova do crime, mas também o fez numa perspetiva de género. Por seu lado, o Tribunal Constitucional tem julgado a questão de constitucionalidade que anda associada à nova redação da norma também numa perspetiva de género. É o que se extrai do Acórdão inaugural – o Acórdão n.º 144/2004 – e, mais recentemente, do Acórdão n.º 178/2018. Vale a pena voltar a este tema, por três razões: na jurisprudência constitucional mais recente é detetável uma fundamentação algo distinta da constante do Acórdão de 2004, não obstante as remissões recorrentes para os seus fundamentos; o julgamento de não inconstitucionalidade do denominado “lenocínio simples” continua a não ser unânime; o Tribunal Constitucional tem sido chamado, com alguma frequência, a apreciar a questão de constitucionalidade relativa ao artigo 169.º, n.º 1, do Código Penal, por haver tribunais a recusar a aplicação da norma com fundamento na sua inconstitucionalidade, o que torna o recurso obrigatório para o Ministério Público.

Interrompendo a descrição típica iniciada em 1982 no artigo 215.º, n.º 1, alínea *b*), do Código Penal – comete crime de lenocínio *quem fomentar, favorecer ou facilitar a prática de atos*

*contrários ao pudor ou à moralidade sexual, ou de prostituição relativamente a qualquer pessoa, explorando situação de abandono ou de extrema necessidade económica* –, a Lei n.º 65/98, de 2 de setembro, eliminou este último elemento típico, que o Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março, havia mantido quando deu nova redação ao artigo 170.º, n.º 1, do Código Penal. À eliminação do elemento típico “*explorando situações de abandono ou de necessidade económica*” tem vindo a ser contraposto que significou também a eliminação da ligação do comportamento do agente ao bem jurídico da liberdade e da autodeterminação sexual e que a incriminação deixou, por isso, de se manter fiel ao *princípio jurídico constitucional do direito penal do bem jurídico* – princípio que tem vindo a dar racionalidade à intervenção penal por via dos critérios da *dignidade penal do bem jurídico* e da *necessidade de tutela penal*, que extraem do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição. Tem vindo a assinalar-se que a jurisprudência constitucional se desviou deste princípio, desde sempre usado como parâmetro de apreciação da legitimidade das incriminações, ao fundamentar a incriminação do lenocínio simples na dignidade da pessoa, e que, ao fazê-lo, contrariou o que é legitimamente esperado do princípio da dignidade da pessoa em matéria penal – ser *limite*, e tão-só limite, da intervenção penal e nunca o seu fundamento.

Provavelmente em razão dessas críticas, a jurisprudência constitucional mais recente apela, de forma expressa para *a autonomia, a liberdade, a integridade pessoal e o livre desenvolvimento da personalidade do agente que se prostitui*, é dizer *da mulher que se prostitui*, os bens jurídicos cuja tutela fundamentariam a incriminação, de harmonia com a exigência contida parte final do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição (Acórdãos n.ºs 641/2016, 421/2017, 694/2017, 90/2018 e 178/2018). O entendimento é o de que “a ofensividade que legitima a intervenção penal assenta numa perspetiva fundada de que as situações de prostituição, relativamente às quais existe promoção e aproveitamento económico por terceiros, comportam um risco elevado e não aceitável de exploração de uma situação de carência e desproteção social, interferindo com – colocando em perigo – a autonomia e liberdade do agente que se prostitui”; “a exploração por terceiros da atividade de prostituição exprime uma interferência na esfera individual de quem se prostitui, que comporta riscos intoleráveis na sua autonomia e liberdade que importa prevenir e que, nessa medida, justificam a incriminação”, pelo que “a adoção de um tipo criminal como o previsto no artigo 169.º, n.º 1, do Código Penal não está constitucionalmente proibida. Evidenciado o bem jurídico tutelado, bem como a sua dignidade constitucional, afastada fica a violação pela norma em juízo do princípio da proporcionalidade implicado no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição”; “o desaparecimento do requisito da «exploração de um estado de necessidade ou de abandono» situa-se dentro da margem de liberdade de conformação do legislador democrático e visa, não a tutela de qualquer moral, mas a proteção de direitos fundamentais das pessoas à autonomia, à integridade pessoal, ao livre desenvolvimento da personalidade e à dignidade (artigos 1.º, 25.º, n.º 1 e 26.º, n.º 1, da Constituição)”.

Não se pode, propriamente, concluir que estes incisos apartem a jurisprudência constitucional atual do Acórdão inaugural n.º 144/2004, tanto mais quanto já neste se afirmava que “ainda que se entenda que a prostituição possa ser, num certo sentido, uma expressão da livre disponibilidade da sexualidade individual, o certo é que o aproveitamento económico por terceiros não deixa de poder exprimir já uma interferência, que comporta riscos intoleráveis,

dados os contextos sociais da prostituição, na *autonomia e liberdade do agente que se prostitui* (colocando-o em perigo), na medida em que corresponda à utilização de uma dimensão especificamente íntima do outro não para os fins dele próprio, mas para fins de terceiros”. E que, “na medida em que as situações de prostituição estão associadas a carências sociais elevadas (...) não é tal opção inadequada ou desproporcional ao fim de proteger *bens jurídicos pessoais relacionados com a autonomia e a liberdade*”. O que a jurisprudência mais recente faz é antes destacar que o tipo incriminador de lenocínio simples, construído como crime de perigo abstrato, serve a tutela de bens jurídicos com dignidade penal, estando na margem de conformação do legislador democrático o juízo sobre a inadequação ou insuficiência de meios não penais de controlo social para tutela dos bens jurídicos em proteção (Acórdãos n.ºs 694/2017 e 90/2018). Põe-se em relevo que a apreciação da conformidade constitucional da norma que incrimina o lenocínio simples é feita a partir do princípio jurídico-constitucional do direito penal do bem jurídico e, por conseguinte, à luz dos critérios integrantes da dignidade penal do bem jurídico e da necessidade da intervenção penal (da carência de tutela penal).

Apesar de a jurisprudência constitucional atual explicitar a fundamentação do Acórdão n.º 144/2004 a partir do princípio jurídico-constitucional do direito penal do bem jurídico, não retira as consequências devidas deste parâmetro de controlo da legitimidade da intervenção penal, segundo Figueiredo Dias e Maria João Antunes, concretamente, o que dele se extrai relativamente a tipos incriminadores construídos como crimes de perigo abstrato, crimes em relação aos quais se tem questionado a constitucionalidade das normas que os prevêm, por constituírem uma tutela antecipada do bem jurídico que pretendem proteger. Como há muito salientou o Tribunal Constitucional, “são crimes que não pressupõem nem o dano, nem o perigo de um concreto bem jurídico protegido pela incriminação, mas apenas a perigosidade da acção para uma ou mais espécies de bens jurídicos protegidos, abstraindo de algumas das outras circunstâncias necessárias para causar um perigo para um desses bens jurídicos” (Acórdão n.º 426/91). O Tribunal tem vindo a sublinhar expressamente nuns casos e a pressupor em outros que é ainda à luz do direito penal do bem jurídico que importa aferir da legitimidade constitucional das normas que prevêm crimes de perigo abstrato. Sublinhou-se no Acórdão n.º 426/91 que “a constitucionalidade de uma norma que preveja um crime de perigo — e, sobretudo, um crime de perigo abstracto — (...) deve ser julgada, em primeiro lugar, à luz do princípio da necessidade das penas e das medidas de segurança, implicitamente consagrado no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição. Com efeito, em relação às incriminações de perigo (e, especialmente, às de perigo abstracto), sempre se poderá entender que não é indispensável a imposição dos pesados sacrifícios resultantes da aplicação de penas e de medidas de segurança, visto que não está em causa, tipicamente, a efectiva lesão de qualquer bem jurídico” (e, ainda, Acórdãos n.ºs 246/96, 7/99 e 95/2011). A conformidade constitucional da norma incriminadora dependerá, por isso, da importância do bem jurídico protegido, de uma identificação clara do bem jurídico tutelado e de uma descrição tanto quanto possível precisa e minuciosa da conduta típica. Do que se trata é a descrição de uma conduta proibida ou imposta que é incriminada em nome da sua *perigosidade típica* para um bem jurídico, sem que tal perigosidade tenha de ser comprovada no caso concreto. No crime de condução de veículo em estado de embriaguez, por exemplo, a conduta que se incrimina é a de *quem*, pelo menos por negligência, *conduzir veículo, com ou sem motor, em via pública ou equiparada,*

com uma taxa de álcool no sangue igual ou superior a 1,2 g/l, por se tratar de conduta que constitui um *perigo* potencial para o bem jurídico da segurança rodoviária.

No crime de lenocínio simples, tal como tipificado no artigo 169.º, n.º 1, do Código Penal, a conduta que se incrimina é de *quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição*. Uma conduta que, em si, não constitui, porém, qualquer *perigo* potencial para os bens jurídicos que o Tribunal Constitucional vem identificando para, sem o conseguir, se manter fiel ao princípio jurídico-constitucional da necessidade das penas. É o Tribunal que expressamente reconhece que a conduta típica descrita não constitui *perigo* potencial para os bens jurídicos da *autonomia*, da *liberdade*, da *integridade pessoal* e do *livre desenvolvimento da personalidade* do agente que se prostitui, quando esclarece e explicita que “permanece válido o entendimento de que a ofensividade que legitima a intervenção penal assenta numa perspetiva fundada de que *as situações de prostituição, relativamente às quais existe promoção e aproveitamento económico por terceiros, comportam um risco elevado e não aceitável de exploração de uma situação de carência e desproteção social*, interferindo com – colocando em perigo – a autonomia e liberdade do agente que se prostitui”; e que “não se pressupõe que as situações de prostituição estejam necessariamente associadas a carências sociais elevadas e que qualquer comportamento de fomento, favorecimento ou facilitação da prostituição comporta uma exploração da necessidade económica ou social do agente que se prostitui, mas antes que *tais situações comportam um risco elevado e não aceitável de exploração de uma situação de carência e desproteção social, colocando em perigo a autonomia e liberdade do agente que se prostitui*” (Acórdãos n.ºs 641/2016 e 90/2018. Itálico aditado).

Segundo esta jurisprudência, não é a conduta típica descrita, não é o comportamento de *quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição*, que constitui um *perigo* potencial para os bens jurídicos dignos de pena que o Tribunal identifica. É antes a *exploração de uma situação de carência e desproteção social que coloca em perigo a autonomia e liberdade do agente que se prostitui*. Faltando, porém, uma qualquer descrição típica da conduta que afinal coloca abstratamente em perigo os bens jurídicos da *autonomia, liberdade, integridade pessoal e livre desenvolvimento da personalidade* do agente que se prostitui, tal torna constitucionalmente ilegítimo o crime previsto no artigo 169.º, n.º 1, do Código Penal. As exigências postas pelo princípio jurídico-constitucional do direito penal do bem jurídico, suportadas no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, vão no sentido de a razoabilidade da tutela antecipada do bem jurídico constitucionalmente protegido depender sempre da incriminação de condutas que têm em geral aptidão para pôr em causa o bem jurídico a tutelar, colocando-o em perigo. O que não sucede com o artigo 169.º, n.º 1, do Código Penal, segundo Figueiredo Dias e Maria João Antunes. Por um lado, a conduta que tem aptidão para colocar em perigo bens jurídicos dignos de pena – a conduta de *exploração de uma situação de carência e desproteção social* – não está tipicamente descrita; por outro, a conduta típica descrita não tem aptidão para colocar em perigo tais bens jurídicos. O que a conduta típica descrita potencia é antes e tão só o *risco elevado e não aceitável* daquele tipo de exploração.

Louvando-nos na declaração de voto aposta ao Acórdão n.º 641/2016 pelo Conselheiro Manuel da Costa Andrade, é de concluir que *em vez de uma incriminação preordenada à tutela*

*da autonomia e da liberdade sexual, temos uma infração, concebida como crime de perigo abstrato e apostada em obviar ao perigo de um “modo social de exploração de uma situação de carência e desproteção social”.* Temos, portanto, uma incriminação que não serve imediatamente a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, contrariando, por isso, o princípio jurídico-constitucional da necessidade das penas. O que é tanto é mais ilegítimo quanto o crime de lenocínio simples é um exemplo paradigmático de criminalização que pode restringir outros direitos fundamentais além dos decorrentes da imposição da sanção penal: outros direitos do agente da prática do crime, como o direito fundamental à liberdade de escolha de profissão e o direito à liberdade de iniciativa económica; e direitos de quem o legislador identifica como vítima do crime, por ao comportamento de quem se identifica como vítima ser associável o exercício do seu direito à liberdade sexual. Ou simplesmente o seu direito à reserva da intimidade da vida privada, na hipótese de ser chamada a depor como testemunha em processo penal.

#### 4. Caminhos contra a irracionalidade das leis penais

Ao desalento por as opções do legislador serem, muitas vezes, apenas politicamente corretas, fazendo cair por terra a crença na categoria do bem jurídico digno de pena e necessitado de tutela penal enquanto padrão crítico do legislador, dando racionalidade às leis penais, junta-se a decepção quanto às virtudes da categoria do bem jurídico enquanto parâmetro de controlo da conformidade constitucional das normas incriminadoras e receia-se a falta de racionalidade do controlo de constitucionalidade. Em Portugal e nos países para os quais o Estado constitucional de direito foi sinónimo de proteção dos direitos fundamentais e de uma lei penal fundada na Constituição. Não apenas limitada por ela.

Perante um controlo de constitucionalidade de leis penais que se tem revelado limitado, nomeadamente por conceder demais à margem de liberdade do legislador democrático e de menos à força normativa da Constituição, reclama-se hoje por um procedimento legislativo substancialmente diferente, mais exigente quanto à racionalidade e à fundamentação das escolhas do legislador, nomeadamente por via da mobilização de conhecimentos científicos e de estudos empíricos (diagnosticando e prognosticando). O reverso de uma tal exigência quanto ao procedimento legislativo é depois a possibilidade do controlo de constitucionalidade de tal racionalidade e fundamentação, nomeadamente por recurso àqueles conhecimentos e estudos, quer relativamente a opções iniciais de criminalização quer quanto a decisões que mantenham a tipificação criminal do comportamento.

A crítica que se vai fazendo ao controlo jurisdicional de constitucionalidade tem que ver, precisamente, com a denominada “prerrogativa de avaliação” que é dada ao legislador quanto à formulação das suas suposições empíricas, com a ampla margem de liberdade que é reconhecida ao legislador democrático, sem que se encontre o ponto ótimo de harmonização entre o princípio da maioria e o princípio da constitucionalidade.

## Bibliografia

ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Política criminal – Novos desafios, velhos rumos”, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, p. 207 e ss.

FIGUEIREDO DIAS / MARIA JOÃO ANTUNES, “Da inconstitucionalidade da tipificação do lenocínio como crime de perigo abstrato”, *Estudos em Homenagem ao Senhor Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, Almedina, 2019.

MARIA FERNANDA PALMA, “O argumento criminológico e o princípio da necessidade da pena no juízo de constitucionalidade”, *Julgar*, 2016, p. 105 e ss.

MARIA JOÃO ANTUNES, *Constituição, Lei Penal e Controlo de Constitucionalidade*, Almedina, 2019.

PEDRO CAEIRO / JOSÉ MIGUEL FIGUEIREDO, “Ainda dizem que as leis não andam: reflexões sobre o crime de importunação sexual em Portugal e em Macau”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2016, p. 233 e ss.

## Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/ksozpxnx6/streaming.html?locale=pt>

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## 4. Julgar no feminino ou simplesmente julgar...

*Isabel Marques da Silva*



CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

#### 4. JULGAR NO FEMININO OU SIMPLEMENTE JULGAR...

Isabel Marques da Silva\*

Vídeo

##### 1. Senhores Doutores, boa tarde.

Prometi ao Senhor Coordenador do departamento de Formação do CEJ, Senhor Desembargador Edgar Lopes, um testemunho pessoal do que é “julgar no feminino”.

É isso que vos trago. Isso apenas.

Dirijam, por favor, as vossas reclamações a quem me endereçou o convite, caso venham a concluir que estiveram a desperdiçar o vosso precioso tempo.

De qualquer modo, prometo ser breve:

- Sou juíza há menos de 10 anos;
- Ingressei directamente do Supremo Tribunal Administrativo;
- Nunca tive de julgar matéria de facto – para a qual, dizem, as mulheres estão especialmente habilitadas -,

daí que não vos possa relatar mais do que o que vivi.

Chegam-me, pois, alguns minutos para o prometido testemunho pessoal...

O **Ministério Público de Brasília** condecorou-me há uns anos por ter sido a **mais nova e a primeira mulher** a assumir funções de **Juíza Conselheira na Secção de Contencioso Tributário do Supremo Tribunal Administrativo**, vinda de fora, da Universidade.

Hoje, a Secção de Contencioso Tributário do Supremo Tribunal Administrativo é uma **Secção plenamente paritária!**

Somos **6 juízes em efectividade de funções: 3 homens e 3 mulheres.**

---

\* Juíza Conselheira do Supremo Tribunal Administrativo.

**A Secção tem uma Vice-presidente, que sucedeu a outra Vice-Presidente, que, essa sim, foi a primeira Vice-Presidente do STA.**

**Foi uma óptima Vice-Presidente a Conselheira Dulce Neto.**

Como foi um óptimo Vice-Presidente o Cons. Pimenta do Vale, a quem a Cons. Dulce sucedeu.

**Não foi óptima por ser mulher.**

**Foi óptima porque é óptima:**

- Porque se empenha em tudo o que faz,
- Porque trabalha muito e bem,
- Porque estuda os processos e se propõe decidi-los com equilíbrio e justiça
- E porque está sempre disponível para ajudar qualquer colega que precise de ajuda na procura da melhor solução para a composição do litígio que as partes nos submetem, pois que é ao serviço da justiça que estamos todos nós no STA, homens e mulheres.

## **2. Julgamos matérias fiscais, como sabem.**

Daquelas que pouco gostam.

**Os impostos não discriminam em função do género – quando discriminam, fazem-no em função de outros factores, transversais ao género: residência, categoria de rendimentos ou de bens sujeitos a imposto, localização do imóvel, etc.**

São, pois, **muito poucos os casos em que as matérias que julgamos reclamam especial atenção - de linguagem ou de juízo -, para que eventuais preconceitos, designadamente de género, não influam ou se reflitam na decisão.**

E nesses poucos casos, **estamos todos especialmente atentos.**

**Uns mais atentos que outros, claro está.**

Mas essa atenção maior ou menor **não depende do género, mas da personalidade de cada um.**

E cada um de nós, como pessoa, é único e irrepetível, nascendo da nossa intrínseca diversidade a mais valia do juízo colegial.

**Há na Secção de Contencioso Tributário do STA uma verdadeira cultura de escrutínio da decisão proposta pelo Relator, pois que a decisão do Tribunal é sempre colegial e da responsabilidade de todos e cada um dos Conselheiros que a subscreve.**

Como há, igualmente, bem enraizada, a consciência de que a decisão não é do Relator, mas do Tribunal, constituído por 3 ou por todos, em Pleno, **daí que os Adjuntos tenham plena autonomia para pedir ao Relator que suprima ou reformule projectos, ou parte destes, em que, mesmo concordando com a decisão, não se revejam, seja por questões dogmáticas ou meramente de linguagem.**

E ninguém tem o direito de ficar susceptível por isso.

Há uns meses, nesta mesma casa, ouvi a Senhora Ministra da Justiça lembrar aos Senhores Auditores de Justiça, que iniciavam nesse dia a sua formação no CEJ, que uma sentença **é um documento da República, e não uma página de um diário pessoal.**

E é exactamente assim que compreendemos a função de julgar!

Uma sentença, ou um acórdão, não serve para exprimir **estados de alma**, e não deve exprimi-los.

Deve ser um **juízo isento e honesto sobre questões concretas**, para cuja **solução do caso se convoca a Lei, o Direito e a inteligência do julgador na procura do “suum cuique tribuere”, do “dar a cada um o que é seu”.**

Um acórdão, porque decisão colegial, é muitas vezes um **texto de compromisso, compromisso tanto maior quanto maior for o número de intervenientes na decisão, ou seja, e actualmente na secção de CT do STA, compromisso de pelo menos 2 em 3, no julgamento em Secção, ou de 4 em 6, no julgamento em Pleno.**

A **discordância dos vencidos relativamente aos Acórdãos exprime-se no lugar próprio, o dos votos de vencido lavrados por ocasião da decisão**, e não na praça pública, nem depois, em futuras decisões, pois o acórdão aprovado é acórdão do Tribunal, e não apenas dos que o subscreveram.

É assim que fazemos no STA e fazê-lo é, para cada um de nós, um exercício de humildade imposto pela regra da maioria, com a qual necessariamente nos conformamos: dissemos o que temos a dizer no momento próprio – o da votação – e seguiremos o que foi decidido por maioria no tratamento futuro das questões iguais, pelo menos até haver:

- Novos argumentos;
- Novos dados legislativos ou jurisprudenciais que se nos imponham;
- Ou nova composição do Tribunal.

3. Guardo do tempo em que eu era a única do meu género na Secção de CT do STA a lembrança de que, antes da ordem do dia, se falava um pouco da *actualidade futebolística*.

Não sei se era por serem em maioria homens ou se por serem fervorosos adeptos de leões, águias e dragões...

Nunca me incomodou a conversa, embora não seja grande adepta de futebol.

Nem a do futebol, nem nenhuma outra.

Nunca, no meu Tribunal, me senti incomodada pela conversa de ninguém ou tive de erguer muros em defesa da minha liberdade pessoal contra comportamentos impróprios.

Não é uma sorte.

É um direito que todos temos, mulheres e homens, o de não sermos incomodados por palavras ou comportamentos impróprios daqueles com que trabalhamos.

**4. Tenho consciência de que, infelizmente, não é ainda assim em muitos lugares.**

Mas também acho que todos e cada um de nós tem o dever de contribuir para que esta seja a regra e para que a exceção seja exceção e adequadamente sancionada.

O que não é fácil, mas é o que a JUSTIÇA reclama.

Acho eu.

Muito obrigada.

**Vídeo da apresentação**

→ <https://educast.fcn.pt/vod/clips/11k0ofb4yu/streaming.html?locale=pt>

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## 5. Violência e crimes sexuais: representações e práticas judiciais

*Isabel Ventura*



CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## 5. Violência e crimes sexuais: representações e práticas judiciais

Isabel Ventura\*

Vídeo da apresentação  
Vídeo do debate

### Vídeo da apresentação



**Julgar com perspetiva de género – entre a Constitucionalidade e a Igualdade**  
**Violência e crimes sexuais: representações e práticas judiciais**  
Isabel Ventura, Socióloga e Investigadora do CEMRI - Universidade Aberta

<https://educast.fccn.pt/vod/clips/b1xa9evxk/streaming.html?locale=pt>

\* Socióloga e Investigadora do CEMRI -Centro de Estudos das Migrações e das Relações Interculturais da Universidade Aberta.

### Vídeo do debate



<https://educast.fcn.pt/vod/clips/2dht1ihws6/streaming.html?locale=pt>

Título:  
**Julgar com perspetiva de género**  
**– entre a Constitucionalidade e a Igualdade**

Ano de Publicação: 2020

ISBN: 978-989-8908-99-5

Série: Formação Contínua

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

[cej@mail.cej.mj.pt](mailto:cej@mail.cej.mj.pt)