



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**O CRIME DE VIOLAÇÃO: ANÁLISE CRÍTICA  
DA POSTURA DESCULPABILIZADORA DO  
AGRESSOR PATENTE NAS DECISÕES  
JUDICIAIS PORTUGUESAS**

*A clemência de Poseidon*

**Catarina Alves Pimenta**

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2021/2022



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**O CRIME DE VIOLAÇÃO: ANÁLISE CRÍTICA  
DA POSTURA DESCULPABILIZADORA DO  
AGRESSOR PATENTE NAS DECISÕES  
JUDICIAIS PORTUGUESAS**

*A clemência de Poseidon*

**Catarina Alves Pimenta**

**Orientadora: Paula Ribeiro de Faria**

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2021/2022

*Wrong does not cease to be wrong because  
the majority share in it.*

— Leo Tolstoy

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais e avós, pois tudo o que sou e consegui alcançar, a eles o devo.

Àqueles que tive o prazer de cruzar caminho ao longo desta jornada e que sempre me ajudaram a encontrar o meu propósito.

À minha orientadora, a Professora Doutora Paula Ribeiro de Faria. Obrigada pela disponibilidade, atenção e inspiração.

Aos meus amigos, pois tudo faz mais sentido com vocês.

## RESUMO

A dissertação que ora se apresenta tem como principal desígnio o estudo do crime de violação, com o fito de evidenciar as tendências desculpabilizadoras da conduta do agressor patentes nas decisões judiciais portuguesas.

Principiamos esta exposição traçando o percurso histórico-evolutivo da disposição legal (artigo 164.º do Código Penal), com especial tónica nas questões de género que a envolvem; posteriormente daremos atenção, ainda que breve, ao ilícito propriamente dito, procurando aclarar, não só as condutas que o integram, como também outras problemáticas que têm vindo a cercar o preenchimento do tipo, sem esquecer os fatores legais e extralegais que condicionam a tomada de decisão por parte do julgador.

Esperamos que a presente dissertação funcione como um alerta quanto ao poder que o Direito pode (e deve) ter na erradicação da desigualdade de género, impulsionando a mudança necessária e espoletando a consciencialização de que a tomada de decisão, neste tipo de matérias, com base, exclusivamente, nas aceções pessoais do julgador, espelha um verdadeiro problema de ordem social, política e jurídica, que deverá apelar a todos.

**Palavras-chave:** Violação, Género, Liberdade e Autodeterminação Sexual, Constrangimento, Atenuantes, Decisões Judiciais

## **ABSTRACT**

The fundamental aim of the following dissertation is the study of the crime of rape, with the aim of highlighting the excusing tendencies of the aggressor's conduct in Portuguese judicial decisions.

We will start this exhibition by tracing the historical-evolutionary path of the legal provision (article 164 of the Penal Code), giving a special emphasis on the gender issues involving it; we will analyze, albeit briefly, the illicit itself, seeking to clarify, not only the conducts that typify the crime, but also other problematics that surround the legal type, without forgetting the legal and extralegal factors that condition the decision-making of the courts.

We hope that the present dissertation will serve as a warning as to the power that Law can (and should) have in the eradication of gender inequality, driving the necessary change and triggering the awareness that the decision-making, in this type of matter, based exclusively on the judge's personal beliefs, reflects a real problem of a social, political and legal order, which should appeal to everyone.

**Keywords:** Rape, Gender, Freedom and Sexual Self-Determination, Constraint, Mitigations, Judicial Decisions.

# ÍNDICE

<b>AGRADECIMENTOS</b> .....	<b>5</b>
<b>RESUMO</b> .....	<b>6</b>
<b>ABSTRACT</b> .....	<b>7</b>
<b>LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS</b> .....	<b>9</b>
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO I – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CRIME DE VIOLAÇÃO</b> .....	<b>12</b>
<b>1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA DISPOSIÇÃO LEGAL E A SUA INFLUÊNCIA NAS QUESTÕES DE GÊNERO</b> .....	<b>12</b>
<i>1.1 A RAZÃO DE ORDEM ANTES DE 1852</i> .....	<i>12</i>
<i>1.2 DOS CÓDIGOS PENAIS E DEFESA DO BEM-JURÍDICO</i> .....	<i>16</i>
<i>1.3 IMPACTO DO ARTIGO 36.º DA CONVENÇÃO DE ISTAMBUL</i> .....	<i>18</i>
<b>CAPÍTULO II – O ILÍCITO: CRIME DE VIOLAÇÃO</b> .....	<b>19</b>
1. LIBERDADE VS. AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL.....	19
2. CONDUTAS PUNÍVEIS .....	20
2.1 DA DISTINÇÃO ENTRE O CRIME DE COAÇÃO SEXUAL E CRIME DE VIOLAÇÃO ....	20
2.2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O CRIME DE VIOLAÇÃO .....	22
3. CONSTRANGIMENTO, DISSSENTIMENTO E CONSENTIMENTO .....	29
4. TENTATIVA, AGRAVAÇÃO E ATENUANTES .....	32
<b>CAPÍTULO III – ANÁLISE CRÍTICA DA TENDÊNCIA DESCULPABILIZADORA DO AGRESSOR LATENTE NAS DECISÕES JUDICIAIS PORTUGUESAS</b> .....	<b>33</b>
1. DA DISCRICIONARIEDADE DOS TRIBUNAIS .....	33
2. FATORES QUE AFETAM AS DECISÕES.....	35
3. ANÁLISE CRÍTICA DE DECISÕES JUDICIAIS PORTUGUESAS.....	37
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>46</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	<b>47</b>

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

<b>Ac.</b>	Acórdão
<b>Al.</b>	Alínea
<b>APAV</b>	Associação Portuguesa de Apoio à Vítima
<b>Art(s).</b>	Artigo(s)
<b>C.I</b>	Convenção de Istambul
<b>CP</b>	Código Penal
<b>CRP</b>	Constituição da República Portuguesa
<b>MP</b>	Ministério Público
<b>n.º</b>	Número
<b>p.e.p</b>	Previsto e Punido
<b>STJ</b>	Supremo Tribunal de Justiça
<b>TR</b>	Tribunal da Relação
<b>TRC</b>	Tribunal da Relação de Coimbra
<b>TRG</b>	Tribunal da Relação de Guimarães
<b>TPI</b>	Tribunal Penal Internacional
<b>TRL</b>	Tribunal da Relação de Lisboa
<b>TRP</b>	Tribunal da Relação do Porto

## INTRODUÇÃO

A presente dissertação é fruto de um pesar de consciência sobre as fiúzas culturais relativas às representações de género que presidem às decisões judiciais portuguesas e o papel que as mesmas [representações] têm assumido no processo de tomada de decisão dos nossos tribunais, evidenciado um tratamento desigual de um grupo que ainda hoje é estigmatizado – as vítimas mulheres.

A vontade de estudar este tema resulta de uma profunda reflexão sobre a forma como a justiça penal portuguesa atua no tratamento dos crimes sexuais.

A dissonância que nos propomos a abordar tem já uma longa história, remetendo-nos à mitologia grega. Um dos mais célebres episódios aí descritos é o da violação de Medusa<sup>1</sup>. Cansado das repetidas recusas às suas investidas e propostas sexuais, Poseidon<sup>2</sup>, dominado pela raiva e desejo, captura e viola Medusa, tornando aquela que era uma jovem de beleza rara, numa criatura condenada ao abandono e à solidão. Poseidon é o exemplo perfeito da ilustração, na mitologia grega, da atual cultura de desculpabilização do agressor e desconsideração da vítima.

Regressando à atualidade. As estatísticas e os relatórios disponíveis sobre a violência sexual despoletam nas mais vastas áreas científicas o interesse na resolução deste problema de índole legal e social.

A importância do estudo destes crimes advém, desde logo, da sua frequência. É inegável a presença assídua nos meios de comunicação social de notícias relativas a agressões sexuais: desde os julgamentos estadunidenses de William Kennedy Smith, Mike Tyson e Harvey Weinstein, à condenação de Manuel da Cruz perante os tribunais franceses, sem esquecer o mediático caso de violação coletiva de uma jovem em Nova Deli, todos os dias somos bombardeados com relatos de crimes desta natureza.

Contrariamente ao que acontece na imprensa de outros países, em Portugal, as notícias sobre o tema escasseiam, defraudando a sua incidência e reforçando a ideia de que a violação é uma ocorrência rara.

Realidade distinta revelam os Relatórios Anuais de Segurança Interna (RASI), destacando-se o ano de 2014, onde o número de queixas registadas demonstrava que havia mais do que uma mulher violada por dia.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup>GRIMAL, 1992.

<sup>2</sup>Deus do mar e dono de um violento e instável temperamento, eternizou-se na mitologia grega pela panóplia de eventos que indigitavam a sua raiva. - GRIMAL, 1992.

<sup>3</sup> RASI de 2014, 31/03/2015, [https://www.parlamento.pt/Documents/XIILEG/Abril\\_2015/relatorioseginterna2014.pdf](https://www.parlamento.pt/Documents/XIILEG/Abril_2015/relatorioseginterna2014.pdf), consult. em 16/02/2022.

O mesmo relatório evidencia ainda a nítida conotação de género do crime de violação.<sup>4</sup>



Figura 1 – RASI 2020

O combate à violência de género tem sido uma batalha muito difundida nas últimas décadas, *maxime* por organizações quer nacionais, como a APAV, quer internacionais, como a Amnistia Internacional<sup>5</sup>, tendo adquirido maior visibilidade após a ratificação da Convenção de Istambul (doravante C.I) por Portugal.

Ao longo desta exposição, procuraremos ser breves, mas sem deixar por isso, de mergulhar profundamente nos contornos que as questões de género assumem na tomada de decisão judicial. Desta forma, logramos começar as nossas reflexões lembrando as raízes históricas e os trabalhos efetuados até chegarmos à solução legislativa atualmente plasmada no artigo 164.º do Código Penal (doravante CP).

A relevância deste exercício extravasa a mera descrição legislação anterior, tão pouco pretende fazer valer como única a realidade vigente na sociedade atual. Pretende-se sim registar os diferentes discursos acerca dos crimes sexuais e o seu impacto na sociedade que emergem a partir desta legislação.

Partiremos assim da análise da integração do crime de violação no ordenamento português, visando, fundamentalmente, realçar a necessidade de mudança da representação da mulher e do homem, tanto na legislação como nas decisões judiciais portuguesas sobre a violação, que ao longo de épocas tem assentado em estereótipos acerca da sexualidade feminina e masculina.

<sup>4</sup>RASI de 2020, 31/03/2021. <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3d%3dBQAAAB%2bLCAAAAAAAAAABAAzNDQ1NAUABR26oAUAAA%3d>, consul. em 16/02/2022.

<sup>5</sup>De onde se destaca o relatório da Amnistia Internacional - “Right to be free from rape: overview of legislation and state of play in europe and international human rights standards”, 24/11/2018. <https://www.amnesty.org/download/Documents/EUR0194522018ENGLISH.PDF>, consul. em 16/02/2022.

## CAPÍTULO I – Evolução histórica do crime de violação

O debate em torno do bem jurídico acautelado pelo tipo legal de violação possui uma longa história, a qual tem sido modelada conforme os ditames histórico-sociais do ordenamento jurídico onde se insere.

A evolução desta discussão representa um verdadeiro indicativo da percepção social da gravidade de determinadas ofensas, demonstrando a relevância que em determinado momento histórico e social é conferida a um determinado crime.

### 1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA DISPOSIÇÃO LEGAL E A SUA INFLUÊNCIA NAS QUESTÕES DE GÉNERO

Se é certo que todos os crimes no nosso sistema penal foram alvo de alterações e aditamentos ao longo dos anos, o crime de violação não figura exceção. Isto dito, revela-se de especial interesse perscrutar as transformações sofridas na positivação dos crimes sexuais, bem como a evolução deste crime em especial.

Atualmente, o crime de violação encontra-se plasmado no Capítulo V, mais concretamente no **artigo 164.º do CP**, inserindo-se no catálogo dos crimes sexuais. Todavia, o seu enquadramento não foi sempre este.

Ressalve-se ainda, como ponto prévio, que o Direito e a percepção daquilo que é “justiça” existe mesmo antes da sua positivação, pelo que não podemos deixar de retratar, ainda que de forma sumária, a importância deste crime mesmo antes da existência de um CP *per se*.

#### 1.1 A RAZÃO DE ORDEM ANTES DE 1852

Um dos traços característicos do Direito português no Século XIX, era a sua evidente conexão à religião. Os fundamentos das normas jurídicas vigentes na época são testemunho disso mesmo, pois quando examinados sob um olhar mais atento, mais não são do que puros reflexos de regras e cânones religiosos.

Esta ligação fez notar um evidente esvaecimento da destriça entre o que se apelidava de “*interdições sagradas*”, mas que em boa verdade, configuravam verdadeiros delitos criminais passíveis de serem previstos pela lei penal.

Ora, não imunes à influência do supracitado paradigma, também os crimes sexuais sofreram este impacto.

Exemplificativo do *supra* exposto são as normas relativas às práticas sexuais fortemente influenciadas pelos ditames da época, encontrando-se exclusivamente

associadas à necessidade reprodutiva, sendo apenas toleradas num quadro de conjugalidade.<sup>6</sup>

Ainda nesta sequência, pregava o Cristianismo que a vítima (mulher, sempre se diga), nos casos de violação, era tao culpada quanto o seu agressor<sup>7</sup>, sendo as mulheres violadas consideradas verdadeiras pecadoras. O seu pecado advinha simplesmente da iniquidade intrínseca do sexo feminino, não se permitindo no quadro religioso que operasse a desculpabilização da vítima com base na malícia dos homens.

CÁTIA FERREIRA alerta que neste panorama seria “mais desculpável que um homem abuse de uma rapariga, do que uma rapariga “deixe” que abusem dela”<sup>8</sup>, corrente ideológica predominante na época.

Recuperando o enquadramento histórico destaca-se a consideração do matrimónio como ponto de referência e a sua relevância na distinção entre os crimes de violação e de adultério: se uma mulher casada fosse vítima do que atualmente apelidamos de “violação”, era mais provável que se falasse de “adultério pela força”; já se de uma mulher virgem se tratasse, seria mais provável falar-se de um “pecado de estupro”.

Daqui resulta que é o *status* da vítima que, incompreensivelmente, influi na ponderação de licitude do ato praticado. Mas mais, note-se que falamos sempre em mulheres: mulheres como ativo do património masculino, mulheres cujo único capital que detinham (virgindade e/ou dedicação sexual) era definido por interesses masculinos.

Como escreve BROWNMILLER<sup>9</sup>, o crime de violação, acabava por figurar um “crime perpetrado por um homem contra outro homem”, ou seja, seria um crime entre homens, sendo a exclusividade ou virgindade feminina um objeto da sua posse.

Espelha-se assim o quadro valorativo e legal em que o crime de violação se inseria, no qual a única certeza que detemos é a de que, de certa forma, configurava um crime onde o agressor era um homem, e o ofendido também, tratando-se de um ilícito onde a relevância criminal não residia no ato sexual e na falta de consentimento para tal, mas sim no eventual perigo que o mesmo poderia representar para a estabilidade da vida privada do homem, revelando o diminuto reconhecimento da condição humana feminina que existia nesse período.

---

<sup>6</sup>BROWN, 1989, pp. 285-299; ROUCHE, 1989, pp. 437-465; PATLAGEAN, 1989, pp. 569-591; FLANDRIN, 1991.

<sup>7</sup>Da leitura do quinto livro bíblico, atribuído a Moisés, encontramos orientações normativas neste sentido.

<sup>8</sup>FERREIRA, 2003.

<sup>9</sup>MILLET, 1974; BROWNMILLER, 1975; BELEZA, 1982; BELEZA, 1990; VIGARELLO, 1998; FERREIRA, 2003; DIAS, 1999, pp. 340-598; DIAS, 2012, pp. 550-900.

Este tipo de condutas culturalmente patriarcais e machistas, que persistem em ilustrar as mulheres como seres inferiores, ou mesmo reconduzi-las a meros objetos, não são estranhas à história do nosso país.

Pelo contrário, eternizam-se em forma de fábulas, que por meias palavras retratam uma realidade evidente: a constante clemência fornecida ao agressor, justificada pela característica que a vítima possui – ser mulher.

Foram necessários longos séculos para que as mulheres fossem reconhecidas legitimamente como verdadeiras vítimas da violação na sua parte lesada, não apenas em termos físicos ou morais, mas também à luz dos seus direitos fundamentais<sup>10</sup>, o que é compreensível atento o panorama em questão, dado que seria difícil reconhecer direitos fundamentais às mulheres quando o preço da vida feminina era avaliado em metade do da masculina.<sup>11</sup>

Na verdade, o enquadramento *supra* elucidado revela-se fundamental para uma melhor inteligência do panorama histórico-social português, sendo necessário também reconhecer todo o progresso realizado desde a laicização do Estado.<sup>12</sup>

O exposto não é de verificação universal, visto que existem países cuja legislação está ainda fortemente ligada a preceitos religiosos<sup>13</sup>, e em que perante violações, a mulher violada está ainda sujeita a condenação por relações extramatrimoniais ou ilegais – veja-se o caso da norueguesa MARTE DEBORAH DALELV, acusada pelo Estado do Dubai em 2013, do crime de “sexo fora do casamento” após apresentar queixa por violação.<sup>14</sup>

Não podemos prosseguir com este ensaio sem nos dirigirmos à inegável influência das Ordenações no nosso direito penal, visto que são elas que nos trazem, no reinado de Filipe II de Portugal, a principal fonte de direito penal – *Livro V das Ordenações Filipinas*, que constitui o primeiro CP.

---

<sup>10</sup>FERREIRA, 2003, pp. 450-596.

<sup>11</sup>SECCO, 1871.

<sup>12</sup>Faça-se um parêntesis a casos como o do Acórdão do STJ de 08.04.1981, com relator ORLANDO CARVALHO, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), onde encontramos reflexos destas correntes: “não pode deixar de pesar o facto de, propondo-se o recorrente casar com a ofendida antes do julgamento, ela ter recusado aceitá-lo como marido só por saber que o recorrente estava a viver com outra mulher de quem já tinha um filho (...) nada tem de extraordinário que o réu quisesse casar com a ofendida para assim pagar a sua dívida. O que se pode estranhar-se é a atitude da ofendida (...)”, relativamente a um caso de violação de uma menor de 13 anos que se recusava a casar com o seu agressor. Do exposto torna-se claro que mesmo após a laicização do Estado, a religião continua a deter grande influência na perspetiva do julgador.

<sup>13</sup>Ainda que Portugal não se enquadre especificamente no elenco de países em questão, a verdade é que são ainda possíveis de serem encontradas decisões atuais que refletem a interligação das crenças religiosas do julgador com a aplicação do direito – v.g Acórdão proferido por NETO DE MOURA em 11.10.2017, com processo n.º 355/15.2GAFLG.P1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>14</sup>*Dubai ruler pardons Norwegian woman convicted after she reported rape*. Emissão da CNN de 23.07.2013, apresentação de Nicola Goulding. Jennifer Z. Deaton and Laura Smith-Spark.

*Primo*, na vigência das Ordenações Afonsinas, o crime de violação podia ser considerado não digno de perseguição penal dependendo da “qualidade” da vítima, sendo somente a partir das Ordenações Manuelinas que o espectro do crime passa a abranger todas as mulheres independentemente do seu *status*.

*Secundo*, as Ordenações tiveram uma grande influência no que diz respeito ao papel do consentimento da vítima; repara-se que umas das exigências legais para o preenchimento do ilícito à época era o da necessidade de que a vítima, perante a violação, apresentasse grandes gestos de expressão emocional.

Seria condição imprescindível a existência de gritos e de choros, como forma de manifestar a sua repugnância, devendo manter esse comportamento até à denúncia formal do crime.<sup>15</sup>

A previsão legal obrigava assim a vítima, no caso, a mulher, a apregoar o mal que lhe infligiram. Aquela deveria gritar pelas ruas por onde passasse que tinha sido forçada a deitar-se com determinado sujeito (anunciando o nome do agressor).

Além deste requisito, exigiam-se outras práticas igualmente humilhantes e vis para que a denúncia fosse considerada válida.

Sempre se repara que desde as Ordenações Afonsinas que encontramos um preceito inteiramente dedicado a um comportamento sexual forçado por um homem em relação a uma mulher.<sup>16</sup> Pelo que não deixa de ser curioso notar que todos os títulos relacionados com a esfera da vida sexual<sup>17</sup>, ao longo da história, possuem uma marcada conceptualização de género.

Retomando: nas Ordenações Afonsinas, a mulher é sempre vítima e o homem é sempre autor; ademais, a mulher aparece como um ser desprotegido e como um “bem danificado” pela degeneração da sua honra e pureza aquando da perpetração da ofensa.

Já nas ordenações Manuelinas existia uma diferenciação em função do estatuto da mulher ofendida. Aqui, como nas Ordenações Filipinas, a tendência para a diminuição da mulher a um ser sem vontade própria ou livre-arbítrio é comum, perpetuando-se a consideração do género feminino como eterna vítima do homem de desejos e de ações incontrolláveis.

---

<sup>15</sup>“Globalmente as emoções afectam o julgamento e a atribuição da culpa interferindo com as estratégias de processamento da informação e enviesando os julgamentos no sentido da emoção expressa (adequada ou desadequada à situação de testemunho e ao crime)” - FEIGENSON, 2006, pp. 143-161.

<sup>16</sup>Quinto Livro, Título VI: Da mulher forçada e como se deve provar a força.

<sup>17</sup>Do título VI ao título XVIII.

*Ultimo*, importa referir que atualmente, não há praticamente qualquer semelhança entre este crime e o que estava previsto no Livro V das Ordenações Afonsinas, pelo que nos devemos debruçar agora sobre a evolução legislativa do crime de violação.

## 1.2 DOS CÓDIGOS PENAIS E DEFESA DO BEM-JURÍDICO

Os Códigos Penais de **1852** e **1886**, consagravam os crimes sexuais no âmbito dos “crimes contra as pessoas”. No entanto, contrariamente à solução atual, a sua inserção não tinha como fundamento a proteção de um bem jurídico individual, mas antes um bem jurídico *supra* individual fundado com a moral social sexual<sup>18</sup>, encontrando-se estes crimes no capítulo IV, referente aos crimes contra a honestidade.

Apesar de o CP de 1886 adotar uma tendência mais liberal, este não descurava o seu caráter protecionista da ordem moral da sociedade da altura.

O panorama ético-social indubitavelmente moldou a conceção deste tipo de ilícito, sendo considerada violação “[a] cópula não conjugal forçada numa mulher honesta, isto é, a conjugação carnal obtida por um homem de uma mulher fora das regras de acesso normal à obtenção dessa mercadoria”.<sup>19</sup>

Os ditames sociais estavam de tal forma materializados na perceção de justiça, que neste período o crime de violação visava proteger não a integridade ou liberdade sexual da pessoa, mas sim a honestidade da ofendida.

Testemunho disto era o anterior artigo 400.º dos CP supramencionados que determinava que o procedimento ou a pena pela prática do ilícito cessava caso o criminoso casasse com a mulher ofendida, o que constituía uma violência desmedida, mesmo na altura, contra a mulher e a sua liberdade sexual.

Com o CP de **1982** ocorre uma revolução no direito penal português, iniciando-se a reforma legislativa fundada numa conceção moderna e liberal do direito penal sexual.<sup>20</sup>

Contudo, no que diz respeito ao crime de violação, tal não foi sinónimo de uma rutura absoluta com o paradigma estabelecido nos códigos anteriores, uma vez que o bem jurídico tutelado permaneceu associado a uma conceção comunitária e não individual.

O bem jurídico tutelado manteve-se conxionado com a moral social sexual, mas deixou de ser considerado como crime contra a honestidade. Esta alteração pode parecer, à primeira vista, pouco relevante, porém demonstra uma mudança de mentalidade substancial. Os crimes sexuais passam agora a ser percecionados como crimes contra os

---

<sup>18</sup>PEREIRA, 1996, pp. 41-49.

<sup>19</sup>BELEZA, 1996, pp. 179-189.

<sup>20</sup>DIAS, 2012, p. 708.

valores éticos e sociais, ou seja, como uma questão que ultrapassa a esfera pessoal para incidir sobre a esfera ético-social.

A par desta modificação, teremos de salientar o fim da exceção marital por um lado, e por outro, a atenuação implementada no seu n.º 3: “No caso do n.º 1 deste artigo, se a vítima, através do seu comportamento ou da sua especial ligação com o agente, tiver contribuído de forma sensível para o facto, será a pena especialmente atenuada”<sup>21</sup>, figurando um verdadeiro avanço e um recuo, respetivamente.

Com o CP de **1995** operou-se a maior transformação nesta matéria. O bem jurídico tutelado deixou de ser “[a] honra ou a formação moral da vítima mas sim o seu direito a dispor livremente da sua sexualidade (...)”.<sup>22</sup>

Tal mudança consubstancia o abandono da conceção moralista de bem jurídico que imperavam até então, em favor da liberdade e da autodeterminação sexuais, bens eminentemente pessoais.<sup>23</sup>

Neste conspecto, destaca-se ainda o desaparecimento da contribuição da vítima para o facto como atenuante modificativa especial, bem como o alargamento das condutas puníveis, com a inclusão do constrangimento à prática do coito anal como ato análogo à cópula. Ainda que esta redação tenha sido controvertida, é impossível de deixarmos de aferir a importância que esta alteração teve na evolução da disposição legal.

Esta alteração foi o propulsor da mudança de paradigma relativamente aos crimes sexuais, com a transição da proteção de bens jurídicos ligados à moralidade, honra sexual e valores comunitários, para a efetiva proteção do bem jurídico individual *liberdade e autodeterminação sexual*.

Não obstante, este esforço pecou por insuficiente, já que o n.º 1 do artigo 164.º expressamente se refere à “mulher” como a única vítima possível. Ainda assim, tal não será descabido se considerarmos que até 1995 o conteúdo da ação seria, somente, a cópula vaginal.

Segue-se a reforma de **1998** e com ela a ampliação do alcance da violação através de uma equiparação total entre a cópula, o coito anal e o coito oral.

Sempre se note que é de louvar a alteração imposta com a reforma de 1998 que promoveu a passagem da violação como um crime “eminentemente” feminino, uma vez que a vítima era obrigatoriamente feminina, para o afastamento de qualquer menção ao género, tanto do sujeito ativo, como do sujeito passivo.

---

<sup>21</sup>Destacados nossos.

<sup>22</sup>ALVES, 1995.

<sup>23</sup>Ponto 7 do preâmbulo do CP de 1995.

A revisão de 98 instituiu a neutralidade de género da vítima tipificando o mesmo “de forma unitária, sem aceção de sexo”.<sup>24</sup>

Um pequeno passo, mas que lançou o mote para uma reflexão nas considerações de género nos crimes sexuais até aos dias de hoje.

Retomando as nossas considerações, o crime de violação, presente no artigo 164.º do CP, sofreu novas alterações com a **Lei n.º 59/2007**, de 4 de setembro, das quais resultou uma nova sistematização do artigo.

Mais recentemente, a **Lei n.º 83/2015**, de 5 de agosto, impulsionada pelo artigo 36.º da C.I, promoveu uma postura de proteção sobre a prática de crimes de género há muito necessária.

Com esta alteração, também o n.º 2 do artigo 164.º deixou de tutelar as situações associadas ao assédio sexual, estendendo a sua proteção a todas as situações em que ocorresse o constrangimento de outra pessoa, por meio não compreendido no n.º 1, a sofrer ou praticar alguma das condutas puníveis.

### 1.3 IMPACTO DO ARTIGO 36.º DA CONVENÇÃO DE ISTAMBUL

É indubitável reconhecer-se que uma das convenções internacionais com maior impacto sobre os crimes sexuais foi a **Convenção de Istambul**, ratificada por Portugal a 21 de janeiro de 2013.

A ratificação deste instrumento “reflete um avanço ideológico e simbólico na teorização da violência contra as mulheres, ultrapassando-se a linguagem neutra em relação ao género, que tem sido adotada na legislação nacional (...)”.<sup>25</sup>

A C.I. aclarou no seu preâmbulo o intuito de se debruçar sobre questões de “natureza estrutural da violência exercida contra as mulheres ser baseada no género” e nas “relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens”<sup>26</sup>, desenvolvendo um papel inovador na teorização da violência contra as mulheres.

Após a sua entrada em vigor, esta desencadeou uma série de alterações na ordem jurídica portuguesa para que fosse possível assegurar as suas imposições, nomeadamente quanto à matéria da violência sexual, o que ocorreu com a Lei n.º 83/2015.

No que concerne o crime de violação, o texto do art. 36.º da C.I. parece-nos bastante claro, centrando-se na ideia de *não consensualidade dos atos*, tendo em consideração o contexto envolvente.

---

<sup>24</sup>DIAS, 2012, p. 746.

<sup>25</sup>SOTTOMAYOR, 2015, p. 106.

<sup>26</sup>Preâmbulo da C.I.

Não é possível encontrar, nesta norma, referência a meios típicos de constrangimento, colocando-se a tónica, outrossim, na inobservância do consentimento da outra pessoa, adotando a própria C.I uma noção de consentimento assente no contexto das circunstâncias em que foi concedido.

Face ao antedito, é possível concluir que a C.I trouxe um novo olhar sobre os crimes sexuais, nomeadamente sobre o crime de violação, enfatizando o seu artigo 36.º a indiferença do uso ou não da força do agressor, e da resistência ou não da vítima, para concluir pela existência do consentimento livre, tendo em consideração as circunstâncias envolventes, o que impôs a alteração da redação do artigo 164.º do CP.

Ao exposto, acresce a importância que esta disposição confere à defesa do bem-jurídico liberdade sexual, prescindido de todas as outras condicionantes para a sua caracterização, definindo apenas a ausência de consentimento como limite daquilo que se enquadra como crime.

## **CAPÍTULO II – O Ilícito: Crime de Violação**

### 1. LIBERDADE VS. AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL

O capítulo V, onde encontramos enquadrados os crimes sexuais, encontra-se atualmente dividido em três secções: 1. *Dos Crimes contra a liberdade sexual*; 2. *Crimes contra a autodeterminação sexual*; e 3. *Disposições Comuns*.

Esta divisão que, à primeira vista, teria por base a proteção de bens jurídicos distintos, tem sido alvo de largos debates. Isto porque, em bom rigor, o bem jurídico tutelado na Secção I não corresponde à liberdade sexual, bem como o da secção II não corresponde à autodeterminação sexual.<sup>27</sup> Ora *vide*:

Como nos ensina FIGUEIREDO DIAS<sup>28</sup> “a secção I protege a liberdade (e/ou autodeterminação) sexual de todas as pessoas, sem fazer aceção de idade (...)”.<sup>29</sup> Já a secção II “estende essa proteção a casos que ou não seriam crime se praticados entre adultos, ou o seriam dentro de limites menos amplos, ou assumiriam em todo o caso uma menor gravidade; e estende-a porque a vítima é (...) um menor de certa idade”.<sup>30</sup>

Esta divisão e consecutiva criminalização de comportamentos que, note-se, não seriam crimes se praticados entre adultos, resulta da especial proteção estendida aos menores,

---

<sup>27</sup>Neste sentido, DIAS, 2012, pp. 711 e 712. Em sentido contrário, DUARTE, 1999, p. 80.

<sup>28</sup>DIAS, 2012, p. 711.

<sup>29</sup>Destacado nosso.

<sup>30</sup>DIAS, 2012, p. 711. - Destacados nossos.

dada a sua particular vulnerabilidade<sup>31</sup>, pelo que aqui não se tutela apenas a liberdade e autodeterminação dos mesmos, mas, concomitantemente, o livre desenvolvimento da sua personalidade.

Face ao exposto, parece-nos que a secção II encontra-se intimamente ligada à falta de capacidade para consentir das vítimas menores e, subsequentemente, à impossibilidade de exercerem a sua liberdade sexual na vertente positiva.

Nesta senda, veja-se a posição adotada por CARMO DIAS<sup>32</sup> que atendendo ao *supra* enunciado propõe a alteração da epígrafe para “crimes contra menores”.

Ainda que se reconheça a razoabilidade desta conclusão, tal interpretação não merecerá adesão, desde logo, porque o facto dos sujeitos protegidos na secção II serem menores, não impede que estes também possam ser vítimas de condutas puníveis na secção I, não servindo a sua idade como estaque de alcance da norma. Face ao antedito, uma secção intitulada de “crimes contra menores” poderia criar a convicção, principalmente se adotarmos uma interpretação sistemática, de que nos crimes da secção I não se enquadrariam as condutas praticadas contra menores.

Por tudo o exposto, parece ser entendimento pacífico que o bem jurídico nos crimes sexuais é tutelado em função da vítima e não da sua inserção sistemática no capítulo dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual.<sup>33</sup>

## 2. CONDUTAS PUNÍVEIS

### 2.1 DA DISTINÇÃO ENTRE O CRIME DE COAÇÃO SEXUAL E CRIME DE VIOLAÇÃO

Antes de nos debruçarmos sob o crime de violação, torna-se pertinente analisar a sua ligação com o crime de coação sexual que se encontra p.e.p. no artigo 163.º do CP.

Assim o faz FIGUEIREDO DIAS<sup>34</sup> quando explana o estreito vínculo entre estes dois tipos legais de crime, mencionando que “[s]egundo o seu conteúdo de ilícito próprio e a sua gravidade, os crimes de coação sexual em sentido próprio e de violação constituem o núcleo da proteção da liberdade sexual”.

---

<sup>31</sup>CUNHA, 2002, p. 354.

<sup>32</sup>DIAS, 2006, p. 213.

<sup>33</sup>Em sentido oposto, FRANCISCO CONDE defende que o bem jurídico protegido na secção II do capítulo V não estará relacionado com a liberdade sexual, dado que, no seu entendimento, os menores carecerem dessa liberdade. Contudo, tal afirmação, na nossa opinião, mostra-se controvertida. Sendo certo que os menores ainda se encontram numa fase de desenvolvimento da personalidade, defender-se que ainda não possuem qualquer tipo de liberdade sexual parece-nos excessivo, dado que os mesmos continuam a ter o direito a não suportar de outrem qualquer tipo de intromissão por si dissentida. - CONDE, 2001, p. 196.

<sup>34</sup>DIAS, 2012, p. 716.

O crime de violação pode assim ser considerado como uma *forma agravada do crime de coação sexual*.<sup>35</sup> Dito de outra forma, enquanto o crime de coação sexual se basta com atos sexuais de relevo, no crime de violação são exigidos atos sexuais de relevo *especializados*. Consequentemente, vasta parte da doutrina<sup>36</sup> entende que a haver relação entre os tipos legais, esta assumiria os seguintes contornos: o tipo fundamental seria a coação sexual, sendo o crime de violação, materialmente, *um caso especial de coação sexual* agravado pelas suas características específicas (comissão mediante cópula, coito anal, coito oral, e outras que se lhes equiparam).<sup>37</sup>

A fronteira entre os atos sexuais de relevo que cabem no âmbito do art. 163.º e os que cabem no âmbito do art. 164.º não é muito clara, no entanto, no crime de violação existe sempre uma “penetração/introdução” que não existe no crime de coação sexual, o que facilita o trabalho do intérprete na distinção.

Não sendo objetivo desta exposição proceder à abordagem detalhada da matéria respeitante aos atos sexuais de relevo, por se tratar de uma problemática demasiado abrangente e que extravasa o tema proposto, impõe-se, ainda que sumariamente, a sua análise porquanto os atos sexuais de relevo<sup>38</sup> são parte integrante dos dois normativos legais.

Como indica FIGUEIREDO DIAS<sup>39</sup>, “ato sexual será assim todo aquele comportamento que (...) assume uma natureza, um conteúdo ou um significado diretamente relacionado com a esfera da sexualidade e, por aqui, com a liberdade de determinação sexual de quem o sofre ou pratica”.

Neste sentido, MARIA DO CARMO DIAS<sup>40</sup> elabora a seguinte distinção entre atos sexuais, ordenando-os em três categorias: *primo* (menos graves) estão os “atos de carácter exibicionista” e “o contacto de natureza sexual” (arts. 170.º, 171.º, n.º 3, al. a) e 172.º, n.º 2, do CP.); *secundo*, encontram-se os atos sexuais de relevo, que caracterizam o crime de coação sexual (art. 163.º) e que são descritos como resultado de alguns crimes na forma simplificada (v.g arts. 165.º, n.º 1, 166.º, n.º 1, 167.º, n.º 1, entre outros do CP.); *tertio* (mais graves, ou qualificados), estão atos como a cópula, coito anal, coito oral e introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou de objetos, que caracterizam o crime de violação

---

<sup>35</sup>Neste sentido: DIAS, 2012, p. 716.

<sup>36</sup>GARCIA, 2014, p. 679. No mesmo sentido, DIAS, 2012, p. 716.

<sup>37</sup>GARCIA, 2014, p. 679.

<sup>38</sup>Sobre a definição de ato sexual de relevo ver o Ac. do TRG de 02.02.2009, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>39</sup>DIAS, 2012, pp. 718 e 719.

<sup>40</sup>DIAS, 2013, p. 75.

(art. 164.º) e qualificam os crimes previstos nos artigos 165.º a 167.º e 171.º a 174.º do CP.

Outros autores estreitam mais ou menos esta definição, adicionando a esta conotação objetiva, uma conotação subjetiva, “traduzida na intenção do agente de despertar ou satisfazer, em si ou em outrem, a excitação sexual, dita também intenção libidinosa”.<sup>41</sup>

## 2.2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O CRIME DE VIOLAÇÃO

### 2.2.1 Tipo de Ilícito

No que diz respeito ao tipo *objetivo* de ilícito, o crime de violação figura um crime de *mera atividade e de dano*<sup>42</sup>, dividido em dois números, que se distinguem pela exigência ou não de meios típicos de constrangimento<sup>43</sup>, possuindo por base (no seu n.º 1 e 2) o constrangimento de outra pessoa a sofrer ou a praticar cópula, coito anal ou coito oral com o agente ou com terceiro (al. a), ou a sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos (al. b).

Ora, merece reparo a inexistência de uma inteira coincidência entre os meios de execução previstos nas alíneas a) e b) dos n.ºs 1 e 2 do art. 164.º do CP: no caso da alínea a), o crime consuma-se independentemente de a vítima assumir um papel ativo ou passivo, com o agente do crime ou com um terceiro. No caso da alínea b) considera-se que para que haja o crime de violação é necessário que a vítima assuma o papel passivo, sendo penetrada pelo agente e não por terceiro.<sup>44/45</sup>

Relativamente ao preenchimento do ilícito: principiemos por notar que a delimitação do conceito de *cópula*, tem gerado, ao longo dos tempos, acesa controvérsia na doutrina e na jurisprudência, no entanto, atualmente impera o entendimento de que o exato sentido jurídico-penal da expressão *cópula* é o de introdução completa ou incompleta do órgão sexual masculino na vagina.<sup>46</sup>

---

<sup>41</sup>DIAS, 2012, p. 718.

<sup>42</sup>Já no entendimento de JOSÉ LOPES e TIAGO MILHEIRO, o crime de violação figura um crime de *execução vinculada*, pois os atos de execução terão que ser os que se encontram taxativamente elencados pelo legislador. - LOPES e MILHEIRO, 2015, p. 67. Entendimento este com o qual FIGUEIREDO DIAS abertamente discorda - DIAS, 2007, pp. 306-312.

<sup>43</sup>DIAS, 2007, pp. 306-312.

<sup>44</sup>LOPES e MILHEIRO, 2015, p. 67.

<sup>45</sup>Desta forma, retomando a tese defendida por JOSÉ LOPES e TIAGO MILHEIRO parece-nos que aceção da execução vinculada apenas se aplicaria ao n.º 2 do art. 164.º, não sendo por isso, na nossa opinião, suficiente para configurar a tipicidade do crime como um todo.

<sup>46</sup>Esta alteração teve origem numa visão mais abrangente da tutela jurídico-penal da liberdade sexual e que se desliga da visão social e cultural que associava à violação consequências que ultrapassavam o atentado à liberdade e autodeterminação da mulher. - LOPES e MILHEIRO, 2015, p. 59.

Por seu turno, os conceitos de coito anal e coito oral, relevante para efeitos penais, consistem, respetivamente, na penetração do ânus e da boca pelo pénis.<sup>47</sup>

Quanto à introdução vaginal de partes do corpo considera-se que tal prática consiste na introdução de outras partes do corpo na vagina, como sejam os dedos, a língua, os braços, nariz, pernas, mãos, punhos e, ainda, os pés.<sup>48</sup>

Relativamente à introdução de objetos, encontram-se abrangidos pela norma quer os objetos tipicamente pré destinados à atividade sexual, quer ainda qualquer objeto, no sentido de coisa material, que possa ser percebida pelos sentidos e que “tenha aptidão para entrar nas cavidades vaginal ou anal”.<sup>49</sup>

Aqui chegados, sempre se note que a *introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos*, presente na disposição *supra* elencada, claramente se diferencia da cópula, coito anal e coito oral pelos contornos que o constrangimento aqui assume.

Com efeito, tudo indica que o legislador na redação da norma optou por apenas dar “meio passo” ao limitar-se a integrar neste tipo legal o constrangimento da vítima a sofrer a introdução, não protegendo o constrangimento da vítima à prática de tal conduta, evidenciando assim uma relativização patente ao constrangimento da vítima nestes casos, demonstrando a consideração de um diferente grau de ilicitude relativamente à cópula, coito anal e coito oral.

Com esta diferenciação, o legislador criou uma clara clivagem entre o constrangimento da vítima a *praticar* e a *sofrer*, visto que aparenta criminalizar mais severamente a conduta que implique o constrangimento a sofrer.

Por conseguinte, não pode deixar de questionar-se se tal posição será também seguida pela jurisprudência aquando da determinação da pena concreta relativamente à cópula, coito anal e coito oral, não obstante o art. 164.º do CP não estabelecer essa diferenciação.

## 2.2.2 Constrangimento da Vítima

Importa ainda notar a relevância atribuída ao contacto entre a vítima e o agente para a atribuição de relevância ao ato sexual, isto porque o crime de violação (no seu n.º 1 e n.º 2) estabelece o constrangimento de outra pessoa a “(...) sofrer ou praticar, consigo ou com outrem (...)”, excluindo do seu âmbito de tutela a prática de atos que ocorram perante a vítima e enquadráveis no art. 170.º do CP.

---

<sup>47</sup>DIAS, 1999, p. 472.

<sup>48</sup>LOPES e MILHEIRO, 2015, p. 59.

<sup>49</sup>DIAS, 2007, p. 240.

Na prática, isto significa que não se insere no ilícito em análise o constrangimento da vítima na prática de ato sexual em si própria, independentemente dos contornos do mesmo. Ainda que de tal conduta não seja enquadrável no tipo legal da violação, pensar-se-ia que integraria o crime de coação sexual. Porém, este crime também exige que o ato seja com o agente ou terceiro, preconizando-se uma clara lacuna de punibilidade.

A este respeito, CONCEIÇÃO CUNHA<sup>50</sup> propõe que esta conduta seja sancionada pelo crime de coação, presente no art. 154.º do CP. Contudo, sempre se note que o bem jurídico tutelado neste crime relaciona-se com a liberdade de decisão e de ação e, apesar de esta conduta colocar em risco tal liberdade, evidencia-se a sua especial conotação com a sexualidade da vítima.

Destarte, figuramos razoável sustentar a integração da conduta no âmbito do crime previsto no art. 170.º do CP, dado haver um claro constrangimento da vítima a um contacto de natureza sexual, ainda que este seja consigo mesma.<sup>51</sup>

Apesar da norma legal não ser clara quanto ao alcance do *contacto de natureza sexual*, parece-nos que tais condutas se enquadram neste tipo legal, visto que a norma não exige que ocorra contacto com outrem.

Relembrando o *supra* evidenciado, o sexo da vítima deixou de ser elemento caracterizador do tipo legal. Não obstante, note-se que “a natureza do ato exigido na al. a) [implique] sempre a intervenção de um homem”.<sup>52</sup>

No que respeita os *elementos subjetivos* do ilícito, o mesmo exige uma conduta dolosa, ou seja, uma específica intenção de praticar o ato sexual de relevo contra ou independentemente da expressão da vontade da vítima.

### **2.2.3 Meios Típicos de Constrangimento previstos no n.º 2 do artigo 164.º**

A destrição entre o n.º 1 e o n.º 2 da *supra* enunciada disposição foca-se na necessidade de verificação de determinados meios típicos de constrangimento. Enquanto o n.º 1 do mesmo artigo poderá ser enquadrado como um *crime de execução livre*, uma vez que abrange qualquer outro meio não compreendido no número 2 apto a constranger a vítima, o n.º 2 exige para o seu preenchimento a observância de um dos seguintes meios: *violência, ameaça grave, inconsciencialização da vítima* ou a *sua colocação na impossibilidade de resistir*.

---

<sup>50</sup>CUNHA, 2017, p. 134.

<sup>51</sup>Em sentido oposto: DIAS, 2012, p. 824.

<sup>52</sup>DIAS, 1999, p. 471.

### 2.2.3.1 Violência

É evidente a disparidade de posições no que concerne à interpretação do conceito, deixando identificar-se três correntes principais: as que defendem que o preenchimento deste tipo legal vai para além da necessidade do consentimento e da violência física, havendo assim um ónus de resistência da vítima; as que defendem que basta a falta de consentimento da vítima para haver violação<sup>53</sup>; e as que defendem que é necessário, para o preenchimento do tipo, para além da falta de consentimento, o uso de violência física.<sup>54</sup>

Atente-se primeiramente na tese mais restritiva do conceito de violência: para SIMAS SANTOS e LEAL HENRIQUES<sup>55</sup>,

*a violência constitui uma forma de actuação em que para a realização do acto pretendido se usa da força física sobre a vítima de modo a coagi-la à prática do mesmo” sendo que “[n]ão basta uma platónica ausência de adesão, uma recusa meramente verbal, uma oposição passiva ou inerte. É necessária uma vontade decidida e militantemente contrária, uma oposição que só a violência física ou moral consegue vencer.*

Entre a jurisprudência que seguia esta tese veja-se o acórdão do TRL de 27.03.1968 e o acórdão do STJ de 25.11.1992.<sup>56</sup>

Consequentemente, há quem defenda<sup>57</sup> que a falta de consentimento, *per se*, não é suficiente para estarmos perante uma violação, sendo necessário um ónus acrescido de resistência da vítima.

Relativamente à aludida tese, pensamos que a mesma se alicerça em fundamentos que não possuem qualquer base legal, pois a lei, em momento algum, refere a necessidade/obrigatoriedade de a vítima reagir para preenchimento do tipo legal, impondo, outrossim, a necessidade de haver violência por parte do agente.

Em total concordância com MARIA DA CONCEIÇÃO CUNHA<sup>58</sup>, consideramos que não faria qualquer sentido que este tipo legal de crime fizesse tal exigência [“ónus” de resistência].

Tal seria impor um “ónus” sobre a vítima, desproporcional e irrazoável, violador da sua dignidade e que não se verifica em qualquer um dos outros tipos legais de crime, pelo que não faz sentido ser-se “mais exigente com a vítima de um crime sexual, o qual vulnera

---

<sup>53</sup>Esta tese entende-se ser mais adequada à realização da *ratio legis* e à finalidade do legislador: a proteção dos direitos fundamentais à liberdade e autodeterminação sexual; porém contraria a letra da lei e viola princípios basilares como o da tipicidade - SOTTOMAYOR, 2011, p. 298.

<sup>54</sup>Perante tais divergências, impunha-se uma alteração legal para explicitar a criminalização de atos sexuais não livremente consentidos pela vítima, como imposto pelo artigo 36.º da C.I.

<sup>55</sup>SANTOS e HENRIQUES, 2016, p. 61.

<sup>56</sup>Ambos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>57</sup>Entendimento de RODRIGUEZ DEVESA passível de ser encontrado no Ac. do TRP de 13.04.2011, com processo n.º 476/09.OPBBGCP1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>58</sup>CUNHA, 2011, pp. 475 e 476.

de modo mais intenso a dignidade da pessoa, relativamente a um crime que, embora também tutele bens pessoais (como a integridade física) não contende de modo tão intenso com tal dignidade”.<sup>59</sup>

A supramencionada exigência também não colhe à luz dos conhecimentos da psicologia, pois bem sabemos que,

*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.*<sup>60</sup>

Encontrando-se o direito em constante evolução, é do nosso entendimento que também os tribunais deverão acompanhar as constantes alterações socioculturais, não se podendo estagnar numa fase temporal onde as raízes culturais se baseiam nos ideais patriarcais de que uma mulher deve lutar pela sua honra para ser considerada honesta, pois caso contrário “*merece ou quis violação*”, como refere MARIA CLARA SOTTOMAYOR.<sup>61</sup>

Há de facto uma tendência corrente de os tribunais fundamentarem a sua posição num princípio que se demonstra oriundo de um preconceito cultural de onde se parece censurar a mulher que não se opõe ou não resiste à violação, como alguém que consentiu e colabora na mesma, preconceito este sem fundamento algum ancorado na discriminação histórica das mulheres.<sup>62</sup>

Tais interpretações e decisões, além de demasiado restritivas, podem mesmo ser consideradas violadoras das normas constitucionais onde se prevê os direitos à integridade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade (artigos 25.º e 26.º da CRP), as quais incluem o direito à liberdade e autodeterminação sexual.

Atenda-se, neste sentido, aos acórdãos do STJ de 07.10.1964, de 05.05.1965 e de 05.07.1967 de onde resulta que “deve entender-se que existe o elemento violência sempre que o ato é praticado contra ou sem a vontade da vítima”<sup>63</sup>, equiparando-se assim a violência à ausência de vontade da vítima ou à oposição por parte desta.

Já num ponto de vista intermédio e com maior harmonização com a *ratio* da C.I, veja-se a posição de FIGUEIREDO DIAS, que defende que o conceito de violência implica algo mais do que o “não consentimento”, sendo necessário ainda um *plus* de violência física, não esquecendo, as igualmente relevantes, circunstâncias inerentes.

---

<sup>59</sup>CUNHA, 2011, pp. 475 e 476.

<sup>60</sup>Tendo em consideração ensinamentos da psicologia, cfr. BROWNMILLER, 1993.

<sup>61</sup>SOTTOMAYOR, 2011, p. 308.

<sup>62</sup>SOTTOMAYOR, 2011, p. 308.

<sup>63</sup>Todos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

FIGUEIREDO DIAS reforça que “não é necessário que a força usada deva qualificar-se de pesada ou grave, mas será em todo o caso indispensável que ela se considere idónea, segundo as circunstâncias do caso nos termos conhecidos da doutrina da adequação (...)”.<sup>64</sup>

Exemplificativa desta posição é a opção legislativa implementada com a Lei n.º 101/2019 onde se altera o artigo 164.º e acaba por aplicar-se uma inversão na redação dos números da disposição, reforçando-se no fundo a ideia de que com o alargamento da coação sexual e da violação a outros meios, faz realmente sentido que o conceito de violência do n.º 2 se reconduza ao conceito de *violência física*.<sup>65</sup>

É importante ressaltar que a perspetiva da vítima é aqui decisiva para o caso concreto, isto porque as circunstâncias em que a vítima eventualmente se encontra, como por exemplo, debilidade física ou psíquica, irão afetar a interpretação deste conceito.<sup>66</sup>

Resultam da nossa jurisprudência inúmeras decisões que revelam o desconhecimento por parte dos tribunais de situações nas quais as vítimas possam ficar paralisadas pelo medo e pelo pânico, sendo incapazes de ter uma ação física que repulse a agressão, desvalorizando-se o valor do seu consentimento em todo o seu alcance, assim como as circunstâncias inerentes que afetam as suas formas de reagir.

Ademais, revela-se comum a invocação do tribunal de hipóteses de reação, como por exemplo, abanar a cabeça, impedir pela força que a boca se abra, fechar as pernas<sup>67</sup>, entre outras igualmente imerecidas.

Tais hipóteses são cabalmente irrealistas, pois além de demonstrativas de uma falta de sensibilidade sobre regras de experiência comum, demonstram ainda o desconhecimento do tribunal de situações onde “é frequente não haver reação ativa, de combate, mas de pânico, de medo e de repugnância”.<sup>68</sup>

Atenda-se neste sentido ao acórdão do TRL de 12.06.2019<sup>69</sup>, do qual consta que a não reação pode operar como uma estratégia de preservação da vítima.

A acrescentar ao antedito, escreve MAIA GONÇALVES<sup>70</sup> relativamente ao acórdão do STJ de 17.03.2004<sup>71</sup> que,

*[o] juízo de violência capta-se e apoia-se em função das condições pessoais e concretas em que a vítima é colocada, não se exigindo uma resistência pertinaz, uma oposição*

---

<sup>64</sup>DIAS, 1999 – neste sentido, note-se o Ac. TRG de 16.03.2009, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>65</sup>Pois os meios menos graves estão previstos noutros números.

<sup>66</sup>DIAS, 1999.

<sup>67</sup>Como exemplo veja-se o Acórdão do TRP de 13.04.2011, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>68</sup>CUNHA, 2020 (Artigo disponibilizado em aula).

<sup>69</sup>Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>70</sup>GONÇALVES, 2007, pp. 634 e 635.

<sup>71</sup>Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

*ilimitada, até às últimas consequências (...) o simples convencimento da vítima da inutilidade de oferecer ou não prolongar por mais tempo a resistência é suficiente para integrar o conceito de violência, e está é tanto física como a psíquica.*

Por último, note-se que o tipo legal previsto no artigo 164.º, n.º 2 não qualifica necessariamente a violência, isto é, não exige que esta apresente um “especial grau de gravidade”, basta-se (e bem, na nossa opinião) com esse uso de força física ou uma “qualquer corporalidade do meio de coação”.<sup>72</sup>

Certo é que, como refere MARIA DA CONCEIÇÃO CUNHA e bem, “não podemos olvidar que, a bússola que nos deverá guiar na interpretação deste conceito, é a *ratio legis*, iluminada pelo bem jurídico que se pretende atualmente tutelar com este tipo legal de crime”.<sup>73</sup>

### **2.2.3.2 Ameaça grave**

Quanto ao meio típico *ameaça grave*, como o próprio adjetivo o indica, não se pode tratar de uma “simples” ameaça, esta deve revestir-se de uma certa gravidade.

AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO<sup>74</sup> aponta três características essenciais do conceito de ameaça: *mal, futuro*<sup>75</sup>, *cuja ocorrência dependa da vontade do agente*. Acrescenta ainda que o mal tanto pode ser de natureza pessoal, como patrimonial.

Neste específico contexto, a ameaça aparece como um meio de coação que se destina a conseguir vencer a resistência da vítima, para que se efetive ato sexual de relevo especializado.

Assim, este meio de constrangimento deve ser entendido como “a manifestação do propósito de causar um mal ou um perigo se a pessoa ameaçada não consentir no ato sexual”.<sup>76</sup>

Atendendo à necessidade de a ameaça ser grave, uma vez mais, revela-se imperativo que seja o julgador da causa a averiguar se o conteúdo, a medida e a intensidade da ameaça, levam a que esta seja considerada grave<sup>77/78</sup>, podendo ser direta, quando o mal é

---

<sup>72</sup>CUNHA, 2011, pp. 471 e 472.

<sup>73</sup>CUNHA, 2011, p. 467.

<sup>74</sup>CARVALHO, 2012, p. 553.

<sup>75</sup>Considerando a característica temporal o principal critério de distinção entre esta, a coação e a violência.

<sup>76</sup>DIAS, 2012, p. 727.

<sup>77</sup>Diversamente, afirma o Ac. do TRC de 25.06.2014 (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)) que “[n]o crime de violação a ameaça ou é tida como tal e é levada a sério e é ameaça grave, ou não é levada a sério e deixa de ser ameaça”. Assim que a ameaça é levada a sério pela vítima é sempre ameaça grave. (...). Ora, do trecho transcrito, conclui-se que é pelo padrão da vítima, da pessoa a quem é dirigida a ameaça, que se aferirá a sua gravidade.

<sup>78</sup>No entendimento de SIMAS SANTOS e LEAL-HENRIQUES<sup>78</sup>, há grave ameaça quando o agente ameaça a vítima de determinado dano material ou moral considerável (ameaça de morte, de perda de meios de subsistência, entre outros) tendo em vista a obtenção de relacionamento sexual. - LEAL-HENRIQUES e Simas SANTOS, 1982, p. 62.

dirigido à própria vítima, ou indireta, quando visa um terceiro a quem a vítima esteja ligada por laços de grande ou especial afeto.<sup>79</sup>

### **2.2.3.3 Colocação da vítima em estado de inconsciência ou impossibilidade de resistir**

Verificam-se ainda situações em que existe uma quebra ou subtração da capacidade da vítima para compreender o alcance do ato sexual ou para se autodeterminar, existindo desse modo uma coação exercida pelo agressor, com a intenção de obter a conjunção carnal.

Inserem-se aqui as situações capazes de originar a quebra dos sentidos ou a falta de percepção dos atos em que a vítima se vê envolvida (mediante recurso, v.g. à administração de substâncias psicotrópicas ou estupefacientes ou de bebidas alcoólicas).<sup>80</sup>

Esta situação distingue-se claramente da prevista no artigo 165.º referente aos casos em que a vítima já se encontra inconsciente ou na impossibilidade de resistir, encontrando-se, por exemplo, em estado de coma e o agente aproveita-se desse estado para com ela praticar atos sexuais. Assim, não há um aproveitamento da situação, mas um colocar da vítima em situação de incapacidade de modo a ser possível ao agente praticar algum destes atos sexuais de relevo especificados.

Deste modo, verifica-se o crime de violação quando “(...) haja uma relação meio/fim (...)”<sup>81</sup> entre o meio típico de constrangimento e o ato sexual de relevo, provocada pelo agente, com vista a atingir os fins pretendidos.<sup>82</sup>

Sempre se relembre, que o n.º 1 do artigo 164.º comporta todos os outros atos que, embora não alcançados com recurso aos meios suprarreferidos, sejam aptos a constranger a vítima a sofrer ou a praticar ato sexual de relevo, demonstrando-se um alargamento do âmbito incriminatório, e, portanto, sendo fortalecida a tutela da vítima.<sup>83</sup>

## **3. CONSTRANGIMENTO, DISSENTIMENTO E CONSENTIMENTO**

Antes de avançarmos para o cerne da presente exposição, importa, ainda que sumariamente, fazermos uma especial nota aos conceitos de *constrangimento*, de

---

<sup>79</sup>“Assim sucede, por exemplo, quando o agente, surpreendendo uma mulher casada a manter relações sexuais com um homem que não é o seu marido, a ameaça de revelar a este o segredo se a mesma não consentir a manter consigo trato carnal” - SANTOS e HENRIQUES, 2016, p. 62.

<sup>80</sup>Neste sentido, note-se no disposto no Acórdão do STJ de 06.04.1994: “Para a verificação do crime de violação não é necessário que a ofendida tenha perdido completamente o uso da razão ou dos sentidos, bastando que ela esteja impossibilitada de avaliar o significado e as consequências da cópula ou que esteja numa situação em que lhe não seja possível resistir fisicamente.” – Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>81</sup>CUNHA, 2003, p. 200.

<sup>82</sup>ALVES, 1995.

<sup>83</sup>LOPES e MILHEIRO, 2015.

*dissentimento* e de *ausência de consentimento*, uma vez que apesar de, até ao momento, terem sido abordados sem dissemelhança, em bom rigor, não se concebem como conceitos análogos.

Do exposto resulta patente, que as noções de constrangimento e de dissentimento se encontram intrinsecamente conectadas, isto porque, para afirmarmos que há constrangimento tem de haver um dissentimento (ou seja, vontade contrária da vítima), ou, pelo menos, um consentimento que não seja livre e esclarecido.

O ato de consentir ou de dissentir é, nas palavras de PEDRO CAEIRO, uma “disposição interior conectada à vontade”<sup>84</sup>, isto é, um sentimento intrínseco que não carece, *per si*, de ser demonstrado para existir. É neste sentido que se poderá afirmar que dissentir é “ter uma oposição” e não “demonstrar uma oposição”.

Não obstante, ser necessária a sua exteriorização/demonstração para que estejamos perante a prática do crime de violação é uma questão diferente.

Posto isto, facilmente percebemos que a nossa legislação, no que aos crimes sexuais respeita, recorre a ambos os conceitos, o que, por conseguinte, implica, ora a adoção do modelo do constrangimento (modelo adotado entre nós), ora a adoção do modelo do dissentimento (*No means no*).

No que diz respeito ao modelo do constrangimento, realce-se que este é um modelo cujo núcleo se localiza na conduta do agente (sendo que o desvalor do crime reside no ato de coagir a vítima); já quanto ao modelo do dissentimento, é pacífico afirmar que o seu núcleo se estabelece na disposição interior, ainda que exteriorizada, da vítima (repousando o desvalor na contrariedade à vontade da vítima).<sup>85</sup>

Pelo contrário, quanto ao termo de *ausência de consentimento*, é seguro concluir que estamos perante um outro modelo distinto dos *supra* elencados: *Only yes means yes*.

De acordo com esta conceção, apenas não existirá um crime de violação quando se verifique a comunicação/exteriorização do consentimento, devendo “o consentimento para um ato sexual (...) ser voluntário e livremente expresso, específico para cada ato e livremente revogável, em qualquer momento”.<sup>86</sup>

Assim, o que desta explanação se retira é que o modelo de constrangimento é realmente idêntico ao modelo de dissentimento, até porque, por ordem de razão, ninguém pode ser, verdadeiramente, constrangido a fazer algo que deseje.

---

<sup>84</sup>CAEIRO, 2019.

<sup>85</sup>CAEIRO, 2019.

<sup>86</sup>SOTTOMAYOR, 2015, p. 110.

Quanto ao modelo do consentimento, a realidade seria por demais simples: “sempre que não haja um consentimento livre há crime”, o que a nosso ver acabaria por criar muitas zonas cinzentas.

Sem embargo dos riscos associados à adoção do modelo do consentimento, consideramos ainda que não se poderá olvidar que, mesmo perante um modelo em que se exija o “sim” expresso, a verdade é que para tal conduta ser considerada uma atitude livre, este consentimento poderia ser expresso de diversas formas, não se limitando a sua demonstração à exteriorização verbal como o seu corolário parece expor.

Ainda que recusemos a adoção integral do modelo do consentimento, reconhecendo o risco elevado da sua implementação no âmbito dos crimes sexuais, podendo por vezes a punição revelar-se desproporcional e injusta, a verdade é que facilmente esses riscos seriam amenizados através, por exemplo, da adoção de uma solução legal que passasse por trocar a palavra “constranger” por outra que traduzisse a “necessidade de haver o consentimento livre”, desde que se proceda, *a posteriori*, ao esclarecimento do que é abarcado por consentimento livre, nomeadamente, a sua exigibilidade de ser avaliado com o contexto envolvente.

Esta solução acabaria por coadunar as pretensões de ambos os modelos: por um lado, ficaria mais claro o que estaria abrangido pela disposição legal e, por outro lado, revelaria-se evidente a sua consonância com o disposto na C.I, demonstrando a sua potencialidade de ser um modelo benéfico e capaz de proporcionar respostas legislativas adequadas e abrangentes a situações enquadradas em zonas cinzentas que possivelmente não teriam resposta com outro modelo.

Apesar do exposto, ponderados os elementos inerentes à adoção do modelo do constrangimento, nomeadamente, as suas vantagens (onde o perigo máximo para o bem jurídico seria uma eventual transgressão da vontade contrária da vítima) e desvantagens (eventualmente a necessidade de exteriorização da sua oposição íntima séria por parte da vítima, o que consubstanciaria um ónus para a mesma<sup>87</sup>), este continua a revelar-se o modelo mais adequado ao panorama vigente<sup>88</sup>, reforçando o sentido da expressão “não consensuais” empregue na C.I.

Este modelo parte da premissa de que para que se consiga proceder à proteção da liberdade sexual, em parte, teríamos de atribuir aos intervenientes das práticas sexuais “a prerrogativa de em qualquer momento recusar ou fazer cessar aquela interação”<sup>89</sup>, pelo

---

<sup>87</sup>DIAS, 2012, p. 724.

<sup>88</sup>Em sentido idêntico, cfr. CAEIRO, 2019.

<sup>89</sup>CAEIRO, 2019.

que apontamos como lhes sendo exigível que façam – ou, pelo menos, tentem fazer – uso dessa prerrogativa.<sup>90</sup>

Ora, em bom rigor, a todos incumbe um certo dever de autoproteção dos seus interesses, sendo que nestes casos, tal se reconduz à exigência de manifestar o seu dissentimento<sup>91</sup>, incumbência esta que se revela diminuta quando comparada com a possibilidade de o modelo do consentimento conceber as relações sexuais sem aludir à sua dinâmica própria, tornando puníveis atos que em nada atentam contra o bem jurídico.

#### 4. TENTATIVA, AGRAVAÇÃO E ATENUANTES

No que à *tentativa* diz respeito, com o aumento dos limites da moldura penal aplicável ao n.º 2, a tentativa passa a ser punível, tantos nos moldes a que se refere o n.º 1, como nos moldes a que se refere o n.º 2, nos termos dos arts. 22.º e 23.º do CP

No que concerna à *agravação* e em virtude da Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto, o artigo 177.º do CP foi alvo de uma ampliação das circunstâncias de agravação nele inscritas, pondendo as penas previstas no artigo 164.º ser agravadas, em um terço, ou em metade dos seus limites mínimo e máximo, nos termos dos n.ºs 1, 3, 4, 5, 6 e 7 do referido artigo.

Em respeito aos *fatores atenuantes*, a sua consideração remete à consideração das circunstâncias específicas que conferem diferentes níveis de gravidade ao crime como um todo.

Após a análise de alguns casos jurisprudenciais, quer internacionais, quer nacionais, é possível afirmar que os fatores atenuantes considerados mais frequentemente são: a **inexistência de antecedentes criminais** (“(...) com realce para o facto de [o arguido] não ter antecedentes criminais.” – Decisão n.º 244, TPI); a **inserção social e familiar do condenado** (“(...) Em seu abono há que considerar (...) as suas condições pessoais apuradas, de ocupação laboral e (...) integração familiar e social.” – Decisão n.º 146, TR); são considerados em cerca de um quinto das decisões, as **considerações favoráveis relativas à prevenção especial** (“A favor do arguido abonam as seguintes circunstâncias: As necessidades de prevenção especial, que se revelam mediana, em face da ausência de antecedentes criminais, sendo possível efectuar um juízo de prognose positivo no sentido de se concluir que o arguido não voltará a cometer ilícito idêntico” – Decisão n.º 56, TPI); e por último as **condições pessoais do agente** (“ (...) surgem igualmente como fatores de

---

<sup>90</sup>Neste sentido: HÖRNLE, Tatjana, 2017.

<sup>91</sup>CAEIRO, 2019.

ponderação a situação de saúde do arguido (padece de problemas [de saúde]), a sua situação económica e social (desempregado, vivendo em casa de [familiar]), vetores estes que não surgem imediatamente sopesados na decisão em exame. Estes dados revelam alguma debilidade e dificuldades o que poderá ser entendido como fator atenuante a atender.” – Decisão n.º 124.º, TR).

Outros fatores atenuantes atualmente invocados nas decisões, embora com menor frequência, sendo ainda assim de destacar pela sua expressão quantitativa, são: a *menor gravidade das consequências*, a *preparação do condenado/a para manter uma conduta ilícita*, a *intimidação que se espera ter resultado do contacto com o sistema de justiça* e a *conduta anterior e posterior ao facto e as expectativas positivas de ressocialização*.<sup>92</sup>

Sempre se salguarde que a sua consideração dependerá do caso em concreto, não havendo uma medida única e abstrata de aplicabilidade.

Isto dito, é certo que as atenuantes aplicáveis no nosso ordenamento jurídico não se esgotam às previamente elencadas, sendo por isso de especial relevo procedermos a uma análise crítica das atenuantes utilizadas pelos tribunais portugueses ao longo dos tempos e os seus respetivos fundamentos.

### **CAPÍTULO III – ANÁLISE CRÍTICA DA TENDÊNCIA DESCULPABILIZADORA DO AGRESSOR LATENTE NAS DECISÕES JUDICIAIS PORTUGUESAS**

#### **1. DA DISCRICIONARIEDADE DOS TRIBUNAIS**

A tomada de decisão judicial, ainda que legalmente enformada, é, forçosamente, influenciada pelas convicções pessoais do julgador; isto porque, o julgador, como qualquer cidadão, é o resultado das suas próprias experiências pessoais, coadunadas com fatores externos, tais como a cultura, política, religião, entre outros.

Assim, é razoável assumirmos que quando o julgador emite a sua decisão, esta não é isenta de subjetividade, uma vez que no momento de análise e interpretação dos factos, dentro do âmbito da discricionariedade permitida, este não se exime da sua componente humana, sopesando a mesma na ponderação do caso.

---

<sup>92</sup>QUINTAS, 2021.

O problema surge quando, e nas palavras de HENRIQUES GASPAR<sup>93</sup>, as suas “crenças pessoais” ou “estados de alma” se sobrepõe à aplicação do direito, pois argumentos que se alicerçam exclusivamente nos mesmos [estados de alma] não contribuem para a qualidade da decisão em causa.<sup>94</sup>

No que à tomada de decisão concerne e aos olhos da psicologia<sup>95</sup>, num sistema judicial utópico, o julgador revelar-se-ia a entidade conhecedora de todas as alternativas possíveis, pelo que adotaria sempre aquela que se mostrasse mais adequada à boa resolução da causa. Todavia, e atendendo à intangibilidade de tal panorama, é certo que o julgador apenas dispõe de trechos enviesados da realidade descrita pelas partes, gerando-se assim, inevitavelmente, um sentimento de incerteza no mesmo aquando da tomada de decisão.

Para superar este obstáculo, o julgador socorre-se de modelos de organização assentes na utilização de procedimentos padrão que mitigam a incerteza.<sup>96</sup>

Neste conspecto, trazemos à colação a intitulada *Perspetiva das Preocupações Focais*, introduzida por D. J. STEFFENSMEIER.<sup>97</sup>

Esta teoria diz-nos, fundamentalmente, que na ponderação das decisões judiciais, no seu largo espectro, são três as principais preocupações a considerar: o **grau de culpa do ofensor**, a **proteção da comunidade** e as **consequências práticas da aplicabilidade da decisão**.

No que diz respeito ao grau de culpa do ofensor, e lembrando FIGUEIREDO DIAS<sup>98</sup>, a pena concreta é limitada, no seu máximo inultrapassável, pela medida da culpa.

Deste modo, o grau de culpa, assume aqui uma vertente indispensável na determinação da pena, sendo ponderados elementos como o seu envolvimento no cometimento do crime<sup>99</sup>, bem como a existência de registo criminal prévio.<sup>100</sup>

---

<sup>93</sup>Relativamente ao acórdão proferido por NETO DE MOURA em 11.10.2017, com processo n.º 355/15.2GAFLG.P1 – disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>94</sup>Exemplo disso mesmo será o afamado acórdão de NETO DE MOURA, de 2017, quando este entende que, perante um caso de violência doméstica, que “uma mulher que comete adultério é uma pessoa falsa, hipócrita, desonesta, desleal, fútil, imoral. Enfim, carece de probidade moral”, invocando a Bíblia, o Código Penal de 1886 e até civilizações que punem o adultério com pena de morte, para justificar a violência cometida contra a mulher, num claro parcial julgamento, toldado pelas suas próprias crenças pessoais. – Ac. do TRP de 11.10.2017, com processo n.º 355/15.2GAFLG.P1 – disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>95</sup>Note-se que as referências que se seguem são expostas com a ciência das limitações de conhecimento no que à área diz respeito e fornecidas para uma melhor compreensão do tema da presente exposição.

<sup>96</sup>MARCH e SIMON, 1958, *cit. in* ALBONETTI, 1986, *cit. por* RIBEIRO, 2018.

<sup>97</sup>RIBEIRO, 2018.

<sup>98</sup>DIAS, 1996, p. 121.

<sup>99</sup>Por exemplo, se assume a qualidade de autor material ou instigador.

<sup>100</sup>O que sempre intensificaria a percepção de risco do ofensor.

Ainda na esteira do que nos ensina FIGUEIREDO DIAS<sup>101</sup>, a culpa e a necessidade de prevenção são, portanto, os critérios gerais a atender na fixação da medida concreta da pena, constituindo a primeira, dirigida ao agente do crime, o limite às exigências de prevenção e, portanto, o limite máximo da pena e refletindo a segunda a necessidade comunitária da punição do caso concreto.

Nesta sequência, e em relação à proteção da comunidade, convém lembrar que esta preocupação encontra-se voltada para a necessidade de dissuadir e incapacitar potenciais ofensores, assegurando, concomitantemente, uma sensação de proteção jurídica pública e prevenção de reincidência.<sup>102</sup>

Ao nível da aplicabilidade da decisão judicial e as suas consequências práticas, estas referem-se tanto a consequências organizacionais, ou seja, o impacto que as decisões provocam no funcionamento do sistema de justiça, como individuais, isto é, circunstâncias envolventes do próprio ofensor, da sua família e da comunidade onde se insere.

Dado que o julgador de direito nem sempre tem na sua posse toda a informação que lhes permita determinar, de forma precisa, a culpabilidade ou perigosidade do ofensor, retomando a tese *supra* afluada, não pode adotar aquela que se designa como uma decisão verdadeiramente racional, adotando, outrossim, uma percepção abreviada, baseada em estereótipos e atribuições relacionadas com as características do ofensor (como idade, género e raça).<sup>103</sup>

Esta é uma realidade por demais conhecida. Não obstante, o julgamento não pode ser condicionado, exclusivamente, por estes fatores – como *infra* nos propomos a expor.

## 2. FATORES QUE AFETAM AS DECISÕES

Como é sabido, a medida da pena resultará da medida da necessidade de tutela dos bens jurídicos no caso concreto, ou seja, da tutela das expectativas da comunidade na manutenção e reforço da norma violada, temperada pela necessidade de prevenção especial de socialização, constituindo a culpa o limite inultrapassável da pena.

Não obstante, revela-se indiscutível a influência que os fatores externos (“extralegais”) assumem, não só ao nível da prevenção geral e especial, como também na tomada de decisões judiciais atualmente.

---

<sup>101</sup>DIAS, 1996, p. 121.

<sup>102</sup>São ainda frequentemente ponderados elementos como a inserção social do indivíduo, as condições pessoais do agente, a conduta anterior e posterior ao cometimento dos factos, entre outros elementos.

<sup>103</sup>D. STEFFENSMEIER *et al.*, 1998 *cit. por* RIBEIRO, 2018.

Apelidamos de extralegais aqueles fatores que a lei expressamente não prevê (ou por não se revestirem de grande relevância, ou porque a sua eventual expressão vai contra a própria lei)<sup>104</sup>, incluindo-se aqui as decisões assentes, preponderantemente, nas aceções pessoais do julgador em relação à idade, raça e género, quer da vítima quer do agressor.

No que aos fatores legais diz respeito, cremos que terão vindo a ficar evidenciados os termos da sua aplicabilidade, pelo que iremos dar prevalência agora aos fatores extralegais.

Em respeito dos fatores extralegais, a questão poderá ser perspetivada sob duas vertentes: a *vertente relativa ao ofensor* e a *vertente relativa à vítima*.

No que diz respeito às características relacionadas com o ofensor, vemos que características como a idade<sup>105</sup>, a raça<sup>106</sup>, a situação profissional<sup>107</sup> e o abuso de substâncias<sup>108</sup> assumem relevância na tomada de decisão.

Quanto às características diretamente relacionadas com a vítima, também aqui se destacam a idade e a raça<sup>109</sup>, a credibilidade da vítima<sup>110</sup>, a situação profissional e o abuso de substâncias<sup>111</sup>.

À ponderação dos *supra* elencados fatores não figura o crime de violação execução. Todavia, o que aqui queremos deixar evidenciado é que o pesar de fatores como os explanados na tomada de decisão judicial reveste-se da devida legitimidade, assim já não é quando o tribunal vai além do razoável (e legalmente idóneo) para atenuar a medida de

---

<sup>104</sup>RIBEIRO, 2018.

<sup>105</sup>“Na generalidade, os magistrados judiciais concedem aos ofensores mais velhos um tratamento mais indulgente do que aquele que é tido para com os mais jovens (...)” (CHAMPION, 1987) *cit. por* RIBEIRO, 2018.

<sup>106</sup>“(...) vários são os estudos que demonstram que a raça do ofensor ou a composição racial do par vítima-ofensor interagem com outras variáveis e influenciam o desfecho judicial apenas em tipos de casos específicos (BARNETT, 1984; SPOHN e CEDERBLOM, 1991) *cit. por* RIBEIRO, 2018.

<sup>107</sup>“Enquanto indicador do nível de envolvimento do arguido na vida social, a situação profissional parece ser uma variável tida em conta pelo decisor. Logo, quando o arguido se encontra profissionalmente ativo, considera-se que o mesmo, está, de igual modo, também ele mais integrado na sociedade (DAWSON, 2003)” *cit. por* RIBEIRO, 2018.

<sup>108</sup>A doutrina não é consensual a este respeito. Não obstante, “há quem considere que o consumo de substâncias por parte do réu aquando do cometimento do crime revelou influir positivamente a decisão do procurador em acusar, já que tal adição é tida como um indicador de potencial reincidência” (KINGSNORTH, MACINTOSH, BERDAHL, BLADES, e ROSSI, 2001), *cit. por* RIBEIRO, 2018.

<sup>109</sup>“Embora os resultados apresentados por vários estudos não sejam consistentes, KINGSNORTH *et al.* (1999) revela que a idade da vítima não afeta a decisão de um juiz sentenciar um agressor a pena de prisão. SPOHN, BEICHNER, & DAVIS-FRENZEL (2001), por sua vez, concluíram que quanto mais jovem a vítima fosse, maior era a probabilidade do caso chegar a julgamento” *cit. por* RIBEIRO, 2018.

<sup>110</sup>Na sua consideração é adotado um conjunto de critérios como: “o comportamento da vítima nos momentos que antecederam o crime (por exemplo o consumo de álcool/drogas, estar sozinha num bar à noite, andar à boleia), a reação por parte da mesma aquando do incidente (a resistência oferecida), os comportamentos subsequentes à ofensa (demora na apresentação de queixa) ou histórico criminal prévio (ALDERDEN, 2008)” *cit. por* RIBEIRO, 2018.

<sup>111</sup>“(...) Nos casos em que foi considerado que a vítima se encontrava sob a influência de álcool/drogas no momento do incidente, verificava-se que a probabilidade de o magistrado deduzir acusação, diminuía” (HIRSCHEL e HUTCHISON, 2001) *cit. por* RIBEIRO, 2018.

pena aplicável ao agressor, com base em operações lógicas parcas, parciais e reveladoras de um desconhecimento da natureza humana cavado.

### 3. ANÁLISE CRÍTICA DE DECISÕES JUDICIAS PORTUGUESAS

A preocupação do CP em garantir o direito à autodeterminação sexual esbate-se quando em confronto com as atenuantes aplicáveis no nosso ordenamento.

Exemplo disso mesmo é o acórdão de 16.01.1991 do STJ<sup>112</sup>, onde o mesmo apela à “intimidade entre o arguido e a ofendida” como “circunstancialismo mitigador do grau de culpa”.

Ora, lembrando o capítulo anterior, demonstra-se clarividente a não previsão de consideração de “especiais ligações” como medida atenuante da culpa, porém outra foi a solução adotada pelo tribunal no acórdão *supra* enunciado.

Entende o coletivo que a convivência “íntima” entre o agressor e a vítima facilitou a prática do crime e, como tal, outra solução não teria senão considerar que a culpa, *in casu*, não é tao acentuada quanto o tribunal *a quo* teria decidido.

Poderíamos estar a falar da prática de ilícito sob vítima de qualquer idade, raça e género, mas neste caso reportamo-nos a um homem de 55 anos que praticou cópula vulvar com uma criança de 6 anos, consubstanciando-se a relação de “intimidade” sob a qual o STJ alicerça o seu fundamento, na relação de vizinhança entre a vítima e o agressor.

Ademais, quando achamos que a decisão terá alcançado o seu auge na referência à convivência estreita entre o agente e a vítima como fator mitigador, ela não deixa de surpreender, afirmando ainda que o facto de a menor ter ido buscar água ao local onde o agressor trabalhava, terá promovido a prática do crime.

Esta “atenuante” não esgota a listagem de elementos que, desde há muito, os tribunais têm vindo a lançar mão nas suas decisões. Entre outras, destaquemos agora a comumente invocada “provocação da vítima”.

Ainda que não exista qualquer disposição que nos explique em que consiste esta “contribuição” da vítima para a prática do ilícito pelo agressor, o MP de Lisboa, em diversos momentos, esforça-se para reconhecer que só a prática jurisprudencial virá, caso a caso, precisar tal conceito.

Já VICTOR PEREIRA<sup>113</sup> não se coíbe de pronunciar sobre a questão, anunciando que as mulheres (e mais uma vez, ênfase na automática ligação de género) “podem contribuir para o facto de “várias maneiras””. Este autor não é o único a partilhar tal entendimento,

---

<sup>112</sup>Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>113</sup>SANTOS e HENRIQUES, 1986.

também SIMAS SANTOS e LEAL HENRIQUES<sup>114</sup> asseguram que há uma panóplia de formas da mulher (e mais uma vez, atente-se, só a mulher) “concorrer para a deflagração do delito”, apontando como exemplos as situações onde a mulher “dá facilidades” ou “age de modo a que este [o agressor] se sinta atraído para o facto e o ajuíze aceite sem resistência”.

De facto, este tipo de explicação não nos é estranha, pois em semelhança a *Poseidon*, também ele, seduzido por Medusa, outra solução não tinha que não a violar, sendo-lhe fornecida clemência pela sua “compreensível” natureza.

Da mitologia grega à realidade de século XXI, os tribunais portugueses, em algumas das suas decisões, parecem pretender eternizar esta imagem da

*mulher que facilita o crime, provocando o homem, que ingenuamente se confunde e acredita que ela “o aceitará sem resistência”; (...) se ele se convence que ela anuirá ao trato carnal, não será por egocentrismo ou narcisismo dele, mas apesar por malícia dela, que parece fácil, para depois se revelar difícil.*<sup>115</sup>

Só isto justificaria o entendimento do STJ, em decisão de 24.04.1991<sup>116</sup>, que “dar a entender ao arguido que consentiria a cópula” é um exemplo de “contribuição sensível” passível de atenuação especial da pena – pois claro, outra não poderia ser a conclusão lógica de eventos.

Ora, se não há bem que sempre dure, também não há mal que nunca acabe, não sendo, por variadas ocasiões, reconhecida a “contribuição da vítima” como fundamento para a atenuação da culpa do agressor e, conseqüentemente, não tendo sido proferidas muitas decisões com base neste fundamento (embora ainda haja quem o defenda<sup>117</sup>).

No entanto, ainda nos dias de hoje somos confrontados com decisões judiciais onde são usados argumentos como “[a] culpa dos arguidos [embora nesta sede a culpa já não seja chamada ao caso] 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”<sup>118</sup> e situações onde os relatores entenderam que a vítima não teria resistido suficientemente, pois, “o simples desrespeito pela vontade da vítima” não podia

---

<sup>114</sup>SANTOS e HENRIQUES, 1986.

<sup>115</sup>VENTURA, 2018.

<sup>116</sup>Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>117</sup>A 09.11.1983, o STJ considera que o facto da vítima aceitar pernoitar no mesmo hotel que o agressor, não integra a “contribuição sensível” para o facto; em 06.05.1993, o STJ, esclarece que acreditar que “uma mulher que bebe uns copos e conversa com um homem está por esse facto a dar-lhe esperança de se lhe entregar sexualmente” – disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>118</sup>A situação em crise é espelhada no Acórdão do TRP, datado a 27.06.2018, com processo n.º 3897/16.9JAPRT.P1; relator Maria Dolores da Silva e Sousa – disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) – que apesar de enquadrar o ilícito na disposição 165.º do CP, faz uso do mesmo tipo de argumentos que aqui vimos a depreciar.

ser “qualificado de violência”<sup>119</sup>, continuando a haver um total desrespeito pela condição humana da vítima.

Aqui chegados, e recuperando a salvaguarda *supra*, sempre se alerte que a presente exposição se ocupa de evidenciar predominantemente as decisões judiciais que se destacam pela negativa no que toca os crimes sexuais, não se pretendendo em momento algum perpetuar uma generalização transversal destas condutas a todas as decisões judiciais. Aliás, tal postura seria contraproducente, pois estaríamos a inibir qualquer tipo de pensamento crítico relativamente à matéria, na medida em que acreditamos que a generalização consubstancia-se como uma espécie de terrorismo informativo, acabado por inibir a potencial mudança de paradigma a que aqui apelamos.

Retomando a nossa exposição, no que diz respeito à especial ligação ou contribuição da vítima como atenuantes de culpa, a verdade é que hoje em dia são cada vez mais raras as correntes doutrinárias a aceitarem estes argumentos como atenuantes, o que não significa que a vítima se encontre sempre mais salvaguardada. Em bom rigor, “o escrutínio à vida da vítima pode atingir limites tais que, a 20.02.1985, o TRC adverte que “a instrução realizada em audiência” não admite a concentração na avaliação “do comportamento passado da ofendida, transformando-a de vítima em objeto de averiguações inquisitoriais”. Este aviso do tribunal demonstra como não é necessário que a lei preveja a contribuição da vítima, através de “facilidades” que ela conceda ao agressor, para que haja tentativas de transferência da responsabilidade moral – e material – do crime para a vítima”.<sup>120</sup>

Sem prejuízo do exposto, esta exposição não teria qualquer propósito se este tipo de decisões se prefigurassem como um evento único e isolado, caso em que estaríamos perante a proverbial “*agulha no palheiro*”. A verdade é que a realidade não assume tais contornos, como agora nos propomos a ilustrar.

Um dos mais conhecidos acórdãos que lança o mote para a presente discussão<sup>121</sup> ficou eternizado como o acórdão da “*coutada do macho ibérico*”<sup>122</sup>, onde os comentários realizados na sua ponderação “são reveladores não somente das representações acerca da sexualidade feminina e masculina, mas também da sexualidade das estrangeiras por oposição à das nativas”.<sup>123</sup>

---

<sup>119</sup>Referimo-nos ao famoso acórdão do TRP de 13.04.2011, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), onde um psiquiatra terá violado uma paciente grávida de 34 semanas.

<sup>120</sup>VENTURA, 2018.

<sup>121</sup>Cujo circunstancialismo nos absteremos de invocar, por limitação de espaço.

<sup>122</sup>Ac. do STJ de 18.10.1989, com processo n.º 040268, relator Vasco Tinoco – disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>123</sup>VENTURA, 2018.

Nesta decisão, o tribunal começa por condenar a atuação do agressor, mas desculpabiliza-a de seguida afirmando que “possivelmente, outras formas haveria” de este “manter relações com uma ou até com as duas ofendidas”, já que ambas se demonstram ser “raparigas de comportamento sexual experiente e desinibido”, não sendo assim concebível que estas não imaginassem o perigo a que se propunham ao aceitar aquela boleia.

O STJ, no caso, considera que a disponibilidade sexual das ofendidas era de tal forma ampla que as relações sexuais em análise poderiam ter ocorrido sem necessidade de recurso à força, sendo por isso de considerar que as vítimas “muito contribuíram para a sua realização”.

Para chegar a esta conclusão, o tribunal considerou o facto de as vítimas não terem hesitado em pedir boleia, estando assim conscientes do perigo que corriam, pois, “a atração pelo sexo oposto é um dado indesmentível e, por vezes, não fácil dominá-la”<sup>124</sup>.

Ora, poder-se-ia ponderar a relevância de analisar um acórdão de 1988, uma vez que os tempos, a doutrina e a jurisprudência mudaram desde então. Contudo, a verdade é que este tipo de entendimento possui reflexos nas decisões judiciais até aos dias de hoje.

Prova disto mesmo é o acórdão do TRP de 22.11.2000<sup>125</sup> do qual resulta que a vítima de sete anos terá “facilitado” a sua violação.

Na decisão, o relator refere que a violação foi “facilitada pela menor”, por ter pedido boleia ao agressor, acrescentando ainda que não passou “de um ato isolado facilitado pelas circunstâncias”. (Des)atentas as circunstâncias, o Tribunal considerou que a pena não poderia ultrapassar os dois anos e seis meses.

Neste aspeto, não poderia deixar de mencionar-se MANUEL COSTA DE ANDRADE, defensor da integração da “teoria da precipitação do crime pela vítima” quando comenta as conclusões de AMIR MENACHEM: às formas de contribuição da vítima através de “uma expressão positiva”<sup>126</sup> e de “expressão negativa”, acresce ainda a possibilidade de o agressor acreditar que a vítima concordaria com a interação sexual devido à leitura que faz do comportamento anterior.

Aqui chegados impõe-se a pergunta: que interpretação é que, possivelmente e justificadamente, terão os agressores feito à simples passagem de uma criança de seis anos pelo local de trabalho ou pedido de boleia por uma criança de sete? Atrevendo-nos

---

<sup>124</sup>Parecendo a única censura *in casu* se concentrar no facto de “apesar de haver alternativa, o arguido optou pela violência”.

<sup>125</sup>Processo n.º 0011002, relator Manuel Braz - disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>126</sup>V.g. aceitar uma boleia.

a contrariar MANUEL DE ANDRADE<sup>127</sup>, consideramos que só poderá ser uma: nenhuma, pois em momento algum as tónicas de tais decisões deveriam ter sido colocadas no plano de responsabilidade da vítima.

Aceitar este tipo de argumentos, no nosso ordenamento jurídico, é como abrir as comportas de uma barragem sobrecarregada, é colocar a legitimidade do comportamento do agressor sobre a interpretação do que achamos que o outro deseja, em vez daquilo que efetivamente se verbaliza.

Mais importante ainda será questionar o foco que correntes como a *supra* exposta colocam na comunicação verbal que, ao longo da história, se tem vindo a demonstrar tudo menos bondosa para as vítimas, nomeadamente, mulheres.

Como se não bastasse, há decisões em que o foco é colocado, veja-se só, nas circunstâncias da residência da vítima, acabando estas por funcionar como atenuante para o agressor. No acórdão do STJ de 07.06.1989<sup>128</sup>, terá o tribunal entendido que o arguido “beneficia (...) da ofendida viver em França longe do meio onde foi atingida”.

É, no mínimo, invulgar que o tribunal considere aqui uma circunstância – para a qual o arguido em nada contribui – como uma atenuante a seu favor. Ainda que se conceba o papel central que a vítima assume no processo, cremos que decisões do género já pecam por excesso.

Ao exposto acrescem ainda as situações onde se coloca em causa a gravidade que a violação possa ter para a vítima.

Note-se o acórdão do TRP de 07.11.2007<sup>129</sup>, onde se considera não provado que a violação em causa, que envolveu um ato de cópula, outro de coito anal e ameaça, causou um “sofrimento físico ou psicológico agudo” à vítima, isto porque esta, abandonada num local ermo após o sucedido, foi capaz de decorar a matrícula do carro do seu agressor quando este se afastava.

Tendo em conta o exposto, o TRP assinalou que a “presença de espírito” que esta ação revela, “é pouco compatível com um grande abalo psicológico”.

No acórdão lê-se ainda que,

*provou-se apenas que o arguido, ao introduzir o seu pénis no ânus da ofendida, provocou a esta dores que a levaram a gritar”, no entanto, estas dores, “mesmo que*

---

<sup>127</sup>Que considera que neste tipo de situações se verificam, por vezes, por parte do menor “uma procura de um sucedâneo do pai e amigo na pessoa do adulto, como motivação primeira, aparecendo a participação sexual como um custo pago sem grande resistência”.

<sup>128</sup>Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>129</sup>Acórdão do TRP de 07.11.2007, com processo n.º 0714613, relator Manuel Braz - Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

*tenham sido intensas”, o que “nem está provado”, “foram pouco mais que instantâneas e não queridas pelo arguido.”<sup>130</sup>*

Este acórdão é um exemplo notável da tendencial desconsideração por parte dos tribunais do impacto de uma agressão sexual.

É consabido que o crime de violação, para além de agredir o direito de liberdade sexual da vítima, a sua honra e a sua dignidade, possui também repercussões a nível psicológico, criando nas vítimas sentimentos de vergonha e de humilhação<sup>131</sup>. Amiúde, são estes sentimentos que, por vezes, demovem a vítima de prosseguir o processo<sup>132</sup>.

Refira-se que, “um evento traumático é um evento no qual uma pessoa se sente profundamente impotente perante a força dum rombo ou duma fratura que funcionou como uma ameaça à sua vida”<sup>133</sup> e é notório que ilícitos como a agressão sexual comportam esta fratura da personalidade da vítima.

Não obstante, são várias as decisões<sup>134</sup> onde o julgador se apresenta cético relativamente a tal aceitação. Neste sentido, reconhece-se que “[o]s tribunais raramente falam do sofrimento emocional da vítima. Quando o fazem, além de particularmente sintéticos, não ultrapassam os lugares-comuns associados às “verdadeiras” vítimas”.<sup>135</sup>

Se durante um crime de violação tivessem sido praticadas agressões físicas que deixassem marcas visíveis, parece que a lógica dos tribunais aponta para a aceitação de um eventual abalo físico e psicológico. Isto demonstra que “[n]ão se pode dizer que haja uma depuração do estado emocional e das consequências do ataque na vida da vítima como há relativamente ao seu corpo, que é dissecado ao detalhe”.<sup>136</sup>

Para além disto, no que diz respeito aos relatos da vítima, é notória uma utilização de linguagem condescendente por parte do tribunal: ora é a resistência oferecida que é apenas uma “*pequena resistência*” e a violência não é “*particularmente grave*”, ora a vítima terá “*facilitado*”, ora é a utilização de aspas para enunciar a força exercida pelo arguido contra a vítima.

---

<sup>130</sup>Acórdão do TRP, de 07.11.2007, com processo n.º 0714613, relator Manuel Braz - Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>131</sup>VENTURA, 2018.

<sup>132</sup>Pondere-se o Acórdão do TRP de 07.11.2007, que levanta a seguinte questão: será razoável admitir que a vítima, ainda que não prossiga com o crime de violação, tenha de reviver todas as circunstâncias a ele inerentes pelo prosseguimento do crime de sequestro, pelo simples motivo de este possuir natureza pública? É uma questão pertinente e que toca na natureza do próprio tipo de ilícito, tema esse que tem sido alvo de debate, mas que não será aqui abordado por limitação de espaço.

<sup>133</sup>LOPES e MILHEIRO, 2015.

<sup>134</sup>V.g. Acórdão do TRP de 22.11.2000, Acórdão do TRP de 07.11.2007, Acórdão do STJ de 03.05.2007 e Acórdão do STJ de 20.11.2008, entre outros disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>135</sup>VENTURA, 2018.

<sup>136</sup>VENTURA, 2018.

Torna-se, assim, patente um escrutínio desnecessário ao comportamento da vítima, tirando o foco do comportamento do agressor, o que leva à desvalorização da perspectiva da vítima – o machismo e o moralismo patentes neste tipo de considerações vêm apenas juntar-se ao rol de tantas outras usadas pelos tribunais portugueses para desculpar o comportamento do agressor.

Ao mesmo tempo que o tribunal desconsidera a vítima, mostra-se bastante empenhado em promover o indulto do agressor, desde logo porque é notória (v.g. nas decisões *supra* afluídas) a realização de juízos de valor sobre aquilo que a vítima poderá ou não ter sentido.

Estes juízos são, evidentemente, tendenciosos, mais que não seja pelas expressões comumente utilizadas: “*o arguido limitou-se a intimidar a ofendida*”, “*ir vencendo as pequenas resistências*” - argumentos de fazer corar qualquer magistrado.<sup>137</sup>

Desta feita, tendemos a concordar com TERESA BELEZA<sup>138</sup> quando afirma que “[p]ensava eu que o cerne da violação era forçar alguém a ter relações contra a sua vontade, forçando-a ou constringendo-a, por violência ou ameaça, ou aproveitando a sua vulnerabilidade”.

Todavia, parecem as instâncias portuguesas em debate ter uma ideia diferente: a violação verdadeira implica sangue, tiros, gritos lancinantes e uma luta corpo a corpo, como nas séries de televisão.<sup>139</sup> Relembrem-se as decisões que consideram que “a verdadeira violação era a conseguida por meio de violência ou ameaça, sendo que, se outra forma de conseguimento tivesse lugar, tratar-se-ia de um caso atenuado”.<sup>140/141</sup>

Nos acórdãos suprarreferidos, que mais não são do que uma pequena amostra do processo decisório português, são patentes as sucessivas desvalorizações do impacto da agressão em si, evidenciando o preconceito de que “às vítimas é exigido o descontrolo total, a incapacidade, a loucura, sob pena de descrédito”.<sup>142</sup>

O que não deixa de ser curioso, pois “sabe-se que muitas pessoas após um choque (...), frequentemente conseguem assegurar as tarefas básicas necessárias, e só depois iniciam o caminho rumo ao luto (...)”.<sup>143</sup> Poderíamos assim, afirmar que também “[e]stas pessoas

---

<sup>137</sup>V.g. Ac. do STJ de 20.11.2008, quando menciona “(...) o recorrente usou preservativo, fez apenas penetração vaginal e não foi o primeiro (...)”, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>138</sup>BELEZA, 1990.

<sup>139</sup>BELEZA, 1990.

<sup>140</sup>BELEZA, 1990.

<sup>141</sup>V.g. Ac. do TRP de 13.04.2011, disponível em: [http://www.dgsi.pt/](http://www.dgsi.pt)

<sup>142</sup>VENTURA, 2018.

<sup>143</sup>VENTURA, 2018.

agem com “presença de espírito” similar à que este coletivo considera prova de fraco abalo emocional na vítima”.<sup>144</sup>

Ora, se a vítima não reage peca por defeito (podendo se considerar que terá consentido), mas se reage também o faz de forma deficitária (porque não demonstra “um abalo emocional” suficiente).

Daqui só pode concluir-se que é o próprio estatuto de vítima, e principalmente de “mulher”, e as aceções pré-concebidas do julgador que vincam a condenação desde início, pois qualquer reação da vítima está pré-julgada mesmo antes de o processo chegar às devidas instâncias.

Retomando a operação de atenuação da pena: esta comporta diversas fases, sendo a sua finalidade a determinação da medida de pena concreta dentro da moldura legal estabelecida pela disposição.

Consequentemente, “a sua fixação estabelece-se entre o mínimo imprescindível à estabilização das expectativas comunitárias na validade da norma violada, e o máximo que a culpa do agente consente: entre estes limites satisfazem-se as necessidades da prevenção especial positiva ou de socialização”.<sup>145</sup>

Assim, primeiramente são ponderados os circunstancialismos do ilícito e os seus impactos na comunidade: verificando-se ou não se o arguido revelou, por exemplo, uma vontade muito determinada em levar a cabo o seu projeto criminoso e se se trata de um ilícito que causa uma forte impressão na comunidade, sendo adequado a gerar sentimentos de insegurança. Caso a resposta seja afirmativa dever-se-á concluir por um elevado grau de necessidades preventivas gerais.<sup>146</sup>

Este trâmite é tendencialmente respeitado pelos tribunais, contudo, o mesmo não se pode dizer no que diz respeito à análise das necessidades de prevenção especiais.

Não obstante, em casos como os dos acórdãos do TRP de 22.11.2000<sup>147</sup> e de 07.11.2007<sup>148</sup>, dos acórdãos do STJ de 03.05.2007<sup>149</sup> e de 20.11.2008<sup>150</sup>, a lógica processual seguida em momentos anteriores parece dissipar-se; isto porque é contraditório que o tribunal que *a priori* faz questão de descrever uma conduta repulsiva

---

<sup>144</sup>VENTURA, 2018.

<sup>145</sup>Ac. do TRC de 05.04.2017, disponível em <http://www.dgsi.pt/>

<sup>146</sup>Uma vez que a prevenção geral implica que “a pena deve ser medida de acordo com a necessidade de tutela de bens jurídicos que se exprime no caso concreto (...) alcançando-se mediante a estabilização das expectativas comunitárias na validade da norma jurídica violada” - RODRIGUES, 1994.

<sup>147</sup>Processo n.º 0011002, com relator Manuel Braz - disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>148</sup>Processo n.º 0714613, com relator Manuel Braz - disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>149</sup>Processo n.º 07P341, com relator Rodrigues da Costa - disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>150</sup>Processo n.º 08P0581, com relator Souto de Moura - disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

do arguido num crime de violação, consiga abstrair-se desse facto e passar a entender, na maior parte das vezes, que as exigências de prevenção especial são pouco significativas.

A verdade é a que a lei dispõe que, na determinação concreta da pena, se tenha em conta todas as circunstâncias, sejam elas a favor ou contra o arguido (artigo 71.º, n.º 2 do CP). Porém, ao longo do estudo destas decisões deparamo-nos constantemente com redações hesitantes na atribuição de comportamentos que prejudiquem o arguido, tornando-se patente uma completa desconsideração da personalidade do mesmo e consequente tentativa de desculpabilização.

Nos casos escolhidos, todo o circunstancialismo das condutas é revelador de uma postura grotesca com berrantes níveis de exigências preventivas especiais, e tanto o é, que maior parte das vezes, na consideração das necessidades de prevenção geral, o próprio tribunal as reconhece<sup>151</sup>, tornando-se incompreensível como é que o julgador considera, simultaneamente, que estas [exigências preventivas especiais] são não significativas.

Ainda que consideradas as potenciais atenuantes, nomeadamente, as necessidades de integração social e inexistência de registo criminal, a verdade é que os requisitos não são apenas esses, devendo ainda haver ponderação sobre o peso que decisões do tipo irão ter no sentimento de segurança da comunidade.

Assim, demonstra-se, no mínimo, singular a lógica processual seguida pelo julgador: por um lado reconhece que a vontade determinada do arguido leva a que o grau da ilicitude se encontre acima da média, tendo, num primeiro momento, atribuído uma maior censurabilidade à conduta do mesmo; todavia, entende que lhe é passível ser atribuída uma medida de pena mais ténue pois esta “não ofende o sentimento de justiça da comunidade”.<sup>152</sup>

É, no mínimo, antagónico que o tribunal, num momento reconheça a necessidade de proteção da sociedade perante este indivíduo devido à sua conduta e, num outro opte por uma medida de pena que reflete o oposto.

Decisões como estas, parecem presentear o ofensor, revelando-se uma espécie de gratificação pela prática do crime.

---

<sup>151</sup>“(…) com o uso de alguma violência e após perlongada perseguição de automóvel, circunstâncias que necessariamente provocaram grande medo à ofendida, que acabou por ficar completamente à mercê do arguido, sem possibilidade de socorro.” - Relatado no acórdão Ac. do TRP de 07.11.2007, disponível em: <http://www.dgsi.pt/>

<sup>152</sup>Ac. do TRP de 07.11.2007, disponível em: <http://www.dgsi.pt/>

## CONCLUSÃO

Resulta firme a nossa convicção de que apesar das várias alterações legislativas a que o artigo 164.º do CP foi sujeito, a sua conotação de género continua presente nos dias de hoje.

Apesar dos claros avanços promovidos pela legislação penal nacional e internacional no que a esta matéria diz respeito, os mesmos demonstram-se limitados quando confrontados com a aplicação da norma pelo julgador.

É evidente a recorrente a desculpabilização e a benevolência perante a figura do agressor e a tendência de desvalorização da perspectiva da vítima e das consequências psicológicas do facto, patentes nas decisões judiciais portuguesas supra estudadas.

Por estarmos perante um “*jogo viciado*”, onde as vítimas, nestes casos, predominantemente mulheres, parecem nunca ganhar – ou porque “provocam”, ou porque não reagem – continua a ser de extrema importância alertar para a existência deste tipo de decisões e para a necessidade de mudança de mentalidades.

Esta tendência decisória deriva, não só, mas predominantemente, de fatores culturais profundamente enraizados nas aceções dos tribunais, que permitem que o agressor continue a beneficiar dum estatuto que lhe permite passar quase-impune (enfatize-se o “quase”) neste tipo de ilícitos, eternizando-se por um certo mimetismo das decisões.

Estamos, assim, perante uma narrativa desconexa que tenta minorizar os efeitos das ações praticadas pelo ofensor em relação à vítima, demonstrando que, tal como no caso de *Poseidon*, em defesa da masculinidade de um homem torna tudo é compreensível, e até os crimes vêm o seu pesar diminuído, passando-se a tónica para o “exagero” ou passividade da vítima.

Concluimos que os tribunais atualmente ainda revelam algum desconhecimento da natureza humana em sede decisória, deixando em vários momentos fazer prevalecer as crenças pessoais do coletivo sobre um ideal equitativo de justiça.

Significa isto que embora se acredite que esteja a ser trilhado o caminho para uma mudança de paradigma no seio da sociedade portuguesa, não podemos descartar a importância que teria a adoção de políticas igualitárias, ou o que representaria a criação de uma Lei verdadeiramente justa para com as vítimas dos crimes sexuais, por oposição à que hoje existe.

Longe de uma visão uniformizadora, pretende a presente exposição lançar o presente tema a discussão, podendo-se assim zelar por um futuro onde nos orgulhemos da aplicação de uma sã e costumeira Justiça.

## BIBLIOGRAFIA

- ALVES, Sénio Manuel dos Reis (1995), *Crimes Sexuais: Notas e Comentários aos artigos 163.º a 179.º do Código Penal*, Coimbra: Almedina.
- ANDRADE, Manuel da Costa (1991), *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, Limitada.
- BELEZA, José Manuel Merêa Pizarro (1982), “O Princípio da Igualdade e a Lei Penal: O crime de estupro voluntário simples e a discriminação em razão do sexo”, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro.
- BELEZA, Teresa Pizarro (1990), *Mulheres, Direito, Crime ou a Perplexidade de Cassandra*, Lisboa: AAFDL.
- BELEZA, Teresa Pizarro (1996), “Desigualdade e diferença no direito português”, in *A Mulher e a Sociedade, Actas do 3.º Curso Internacional de Verão de Cascais*, Cascais: Câmara Municipal de Cascais.
- BELEZA, Teresa Pizarro (1996), “Sem Sombra de Pecado: o repensar dos crimes sexuais na revisão do Código Penal”, in *Jornadas de Direito Criminal*, Vol. I.
- BROWN, Peter (1989), “Oriente e Ocidente: a cerne”, in ARIÈS, Philippe e DUBY, Georges (1989), *História da Vida Privada*, Vol. I, Porto: Edições Afrontamento.
- BROWNMILLER, Susan (1975), *Against our will: men, women and rape*, Nova Iorque: Simon and Schuster.
- CAEIRO, Pedro (2019), “Observações sobre a projectada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 29, n.º 3.
- CARVALHO, Américo Taipa (2012), “Comentário ao artigo 153.º do Código Penal”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, tomo I*, artigos 131.º a 201.º, 2.º ed., Coimbra: Coimbra Editora.

- CONDE, Francisco Muñoz (2001), *Derecho Penal, Parte Especial*, 13ª ed., Valencia: Tirant lo blanch libros.
- CUNHA, Maria da Conceição (2002), “Breve reflexão acerca do tratamento jurídico-penal do incesto”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra: Coimbra Editora, ano 12, n.º 3, Jul.-Set.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira (2003), “Crimes sexuais contra crianças e jovens”, in *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens: A Função dos Juízes Sociais: Actas do Encontro*, Coimbra: Almedina.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira (2011), “Conceito de violência no crime de violação”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 21, n.º 3, Jul.-Set.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira (2017), *Os Crimes contra as Pessoas: Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino da disciplina*, Porto: Universidade Católica Editora.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira (2020), “Violação sem resistência da vítima” – artigo disponibilizado em aula.
- DIAS, Jorge de Figueiredo (1996), *Direito Penal – Questões fundamentais – A doutrina geral do crime* - Universidade de Coimbra – Faculdade de Direito.
- DIAS, Jorge de Figueiredo (1999), *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial, tomo I: art.º 131.º a 201.º*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.
- DIAS, Jorge de Figueiredo (2007), *Direito Penal, Parte Geral, tomo I: questões fundamentais, a doutrina geral do crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2.ª ed.
- DIAS, Jorge de Figueiredo (2012), *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial, tomo I: art.º 131.º a 201.º*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.
- DUARTE, Jorge Manuel Vaz Monteiro Dias (1999), “Homossexualidade com menores. Artigo 175.º do Código Penal”, in *Revista do Ministério Público, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público*, Lisboa, ano 20, n.º 78, Abr.-Jun.

- FEIGENSON, N., & Park, J. (2006), “Emotions and attributions of legal responsibility and blame: a research review.” *Law and Human Behavior*, 30(2).
- FERREIRA, Cátia (2003), *O Discurso dos Juízes Sobre a Violação*, dissertação de candidatura ao grau de mestre, IEP, Universidade do Minho.
- FLANDRIN, Jean-Louis (1991), *Famílias: Parentesco, casas e sexualidade na sociedade antiga*, Lisboa: Editorial Estampa, [orig. 1976].
- GARCIA, M. Miguez e J. M. Castela RIO (2014), *Código Penal – Parte Geral e Especial: com notas e comentários*, Almedina.
- GONÇALVES, Manuel Lopes Maia (2007), *Código Penal Português: anotado e comentado – legislação complementar*, 18.<sup>a</sup> ed., Almedina.
- GRIMAL, Pierre (1992), *Dicionário da mitologia grega e romana*, 2<sup>a</sup> ed., Linda-a-Velha: Difel, D.L.
- HÖRNLE, Tatjana (2017), “The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment, in *German Law Journal*, Vol. 18, n<sup>o</sup> 6, Novembro.
- LOPES, José Mouraz e Tiago Caiado MILHEIRO (2015), *Crimes Sexuais: análise substantiva e processual*, Coimbra: Coimbra Editora, 1.<sup>a</sup> ed., Dezembro.
- MILLET, Kate (1974), *Política Sexual*, Lisboa: Publicações D. Quixote.
- PATLAGEAN, Evelyn (1989), “O eu e os outros”, in ARIÈS, Philippe e DUBY, Georges (1989), *História da Vida Privada: Do Império Romano ao ano mil*, Vol. I, Porto: Edições Afrontamento.
- PEREIRA, Rui Carlos (1996), “Liberdade sexual: a sua tutela na reforma do Código Penal”, in *Sub Júdice/ideias: Código Penal: os anos da Reforma*, n.º 11, jan.-jun., Lisboa: DocJuris – Centro de Documentação e Informação Jurídica, CRL.
- QUINTAS, Jorge, Pedro Sousa, Carolina Girão (2021) *As respostas judiciais na criminalidade de género*, Coimbra: Almedina.

- RIBEIRO, ANA ISABEL ALENTEJO (2018), Fatores Associados à Tomada de Decisão Judicial no Crime de Violação - artigo 164º do código penal, dissertação de candidatura ao grau de mestre, Faculdade de Direito da Universidade do Porto.
- RODRIGUES, Anabela Miranda (1994), *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*, Coimbra Editora.
- ROUCHE, Michel (1989), “O corpo e o coração”, in ARIÈS, Philippe e DUBY, Georges (1989), *História da Vida Privada*, Vol. I, Porto: Edições Afrontamento.
- SANTOS, Manuel José Carrilho de Simas e Manuel de Oliveira LEAL- HENRIQUES (1986), *O Código Penal de 1982: Referências doutrinárias, indicações legislativas e resenha jurisprudencial*, Vol. 3, Lisboa: Rei dos Livros.
- SANTOS, Manuel José Carrilho de Simas e Manuel de Oliveira LEAL- HENRIQUES (2016), *Código Penal Anotado*, Vol. III, (Art.º 131.º ao 235.º), Rei dos Livros, 4.ª ed.
- SECCO, Antonio Luiz (1871), “Direito Criminal: da história do direito criminal português desde os mais remotos tempos”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra: Coimbra Editora, ano 4.
- SOTTOMAYOR, Maria Clara (2011), “O conceito legal de violação: um contributo para a doutrina penalista. A propósito do acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de abril de 2011”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 128, Out.-Dez.
- SOTTOMAYOR, Maria Clara (2015), “A Convenção de Istambul e o novo paradigma da violência de género”, Centro de Estudos e Investigação em Direito da Universidade Católica Portuguesa, in *Ex aequo*, Lisboa, n.º 31, Junho.
- VENTURA, Isabel (2018), *Medusa no Palácio da justiça ou Uma História da Violação Sexual*, 1.ª ed., Lisboa: Edições Tinta-da-China, Lda.
- VIGARELLO, Georges (1998), *História da Violação: Séculos XVI-XX*, Lisboa: Editorial Estampa.